



Dipartimento di Economia Aziendale

Corso di Dottorato
in
Mercati, Impresa e Consumatori
XXXI Ciclo

L'abuso del diritto nel concordato con riserva

Tutor:

Chiar.mo Prof. Giustino Di Cecco

Chiar.mo Prof. Paolo Valensise

Dottorando:

Dott. Antonio Affinito

Sommario

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I.....	8
IL C.D. CONCORDATO CON RISERVA.....	8
1. Il concordato con riserva e l'emersione tempestiva della crisi: evoluzione normativa.	8
2. Natura del concordato con riserva e questioni definitorie.....	18
<i>Segue.</i> Il rapporto tra concordato preventivo e la fattispecie di cui all'art. 161 comma 6 L.F.: il problema della natura del concordato con riserva.....	19
3. La <i>ratio</i> e la collocazione sistematica.....	27
4. La struttura: fase essenziale e fase eventuale.....	32
5. I soggetti coinvolti: il debitore richiedente.....	36
<i>Segue.</i> L'autorità giudiziaria ed il relativo potere di sindacato della domanda.....	44
<i>Segue.</i> Gli altri soggetti: il commissario giudiziale.....	52
6. La procedura.....	62
7. Gli effetti "propri" della domanda con riserva.....	73
<i>Segue.</i> Gli effetti conseguenti al deposito della domanda.....	73
<i>Segue.</i> Gli effetti conseguenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.....	88
<i>Segue.</i> Gli effetti conseguenti al decreto di fissazione del termine di cui all'art. 161 comma 6 L.F.....	90
CAPITOLO II.....	93
L'ABUSO DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....	93
1. Evoluzione storica dell'abuso del diritto.....	93
2. La tesi negazionista e gli interventi della giurisprudenza.....	100
3. La <i>ratio</i> del divieto di abuso del diritto.....	105
4. Gli elementi costitutivi dell'abuso.....	108
<i>Segue.</i> La titolarità di una posizione di vantaggio con modalità di esercizio non rigidamente predeterminate.....	112
<i>Segue.</i> La censurabilità dell'esercizio del diritto.....	124
<i>Segue.</i> La sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio della controparte.....	131
5. Differenze con figure affini: la condotta illecita.....	134
<i>Segue.</i> La violazione della buona fede.....	135
<i>Segue.</i> L'eccesso di diritto.....	140
6. Gli effetti della violazione del divieto di abuso del diritto: i rimedi.....	141
<i>Segue.</i> I rimedi previsti per l'abuso del processo.....	146
CAPITOLO III.....	152

L'ABUSO DEL CONCORDATO CON RISERVA.....	152
1. L'abuso nelle procedure concorsuali, in particolare in quelle di natura concordataria: le ipotesi individuate in giurisprudenza.....	152
<i>Segue.</i> L'abuso delle procedure concorsuali <i>ex latere creditoris</i> : l'istanza di fallimento strumentale.....	157
<i>Segue.</i> L'abuso di concordato da parte del terzo : il concordato in pregiudizio del fallito.....	160
<i>Segue.</i> L'abuso <i>ex latere debitoris</i> : la reiterazione della domanda a scopi dilatori.....	162
<i>Segue.</i> L'abuso del concordato per violazione della buona fede.....	173
2. Le possibili ragioni per cui la domanda ex art. 161 comma 6 si presta ad abusi.....	181
3. Individuazione del diritto oggetto di possibile abuso nel concordato con riserva.....	187
4. La censurabilità della condotta e l'ingiustificata sproporzione tra le posizioni del debitore e del creditore: problemi applicativi.....	192
<i>Segue.</i> La posizione dei creditori e il suo sacrificio: la questione della sproporzione ingiustificata.....	196
4. Gli effetti dell'abuso della domanda ex comma 6 art 161 L. F.: l'inammissibilità della domanda.....	204
5. La riforma della disciplina della crisi d'impresa: spunti di riflessione.....	210
CONCLUSIONI.....	226
BIBLIOGRAFIA	234

INTRODUZIONE

Nell'anno 2016, in Italia, 13.500 imprese sono state sottoposte a fallimento, con una lieve flessione dell'8% rispetto alle 14.700 del 2015. Nello stesso periodo, 1.640 imprenditori, ben il 35% in meno del 2015, hanno avviato una procedura concorsuale non fallimentare.

Tale ultimo dato è stato causato, *in primis*, dal rovinoso crollo dei concordati preventivi, passati, dagli 1.400 del 2015 agli 817 del 2016, con una diminuzione del 42%.

Rispetto al 2013 il numero dei concordati preventivi avviati in Italia nel 2016 si è ridotto del 75%.

Il ricorso al concordato preventivo, quindi, dopo l'impennata degli anni tra il 2011 e il 2013, causata sì dalla crisi, ma soprattutto dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della domanda di concordato in bianco¹, è andato via via perdendo terreno, trascinato proprio dall'andamento dell'istituto di cui all'art. 161 comma 6 della legge fallimentare: nel triennio 2013-2016, infatti, le domande di concordato con riserva di presentazione del piano sono passate dalle c.a. 4.500 del 2013 a 1.600 del 2016².

In particolare, nel 2013 si è registrato un vero e proprio boom di domande di pre-concordato, con 4.629 istanze presentate, di cui circa un terzo hanno consentito l'avvio di una procedura concordataria vera e propria³.

Il fenomeno trova riscontro anche con riguardo a livello locale: nel solo Tribunale di Milano, il numero di concordati preventivi è passato da circa 30 all'anno del triennio 2005-2007, alle 340 domande del 2013, per poi diminuire a 252 nel 2014 e a 191 nel 2015⁴.

Vale anche la pena di ricordare che, nel 2012, su 146 domande presentate da settembre, 134 erano con riserva (92% del totale di periodo); nel 2013 invece le domande con riserva erano pari a 328 (96%); nel 2014 sono state 227 (90%); nel 2015, infine, sono 178 (94%)⁵.

Delle procedure di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. presentate presso il Tribunale di Milano, solo meno della metà si è trasformata in un piano definitivo, confermando i dati nazionali sopra esposti.

In particolare nel 2012 hanno depositato il piano entro la scadenza, 55 imprese, il 46% dei richiedenti. Nel 2013, invece, il piano è stato presentato dal

¹ *In primis* ad opera del D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. "Decreto sviluppo")

² Tutti i dati sono disponibili nell'"Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese-4q- 2016" reperibile su <https://know.cerved.com/it/studi-e-analisi/osservatorio-su-fallimenti-procedure-e-chiusure-di-imprese-4q-2016>

³ I dati sono tratti da DELL'OSTE, MAGLIONE, NARIELLO, *Fallimenti e sfratti da record in tribunale*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 gennaio 2015.

⁴ Si segnala che nel solo trimestre Ottobre-Dicembre 2012, presso il tribunale di Milano risultano presentate 146 richieste in poco più di tre mesi, di queste, 120 con riserva

⁵ A. DANOVI, P. RIVA, M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2016, pag. 837.

44% delle imprese che si erano riservate tale possibilità, mentre nell'anno 2014, il 47% degli imprenditori che avevano presentato un ricorso ai sensi del 6 comma dell'art. 161 L.F. hanno depositato un piano.

Nello stesso periodo, dopo che nel 2012 solo il 3% degli imprenditori ha usufruito della possibilità di depositare, in alternativa, un accordo di ristrutturazione, nessuna impresa ha concluso la procedura con il deposito di un accordo ex art. 182-bis L.F.

Interessante pare essere il dato del numero di procedure iniziate con il ricorso ex comma 6 art. 161 L.F. e concluse con un provvedimento di revoca del Tribunale.

Nel 2012 il 2% delle procedure di cui si discorre, infatti, si è conclusa con l'intervento del Tribunale. Tale dato aumenta nel 2013, raggiungendo il 13%, per poi scendere al 5% del 2014.

Dai dati appena forniti, emerge una realtà difficilmente contestabile: a) tra l'inizio del 2013 e la fine del 2016 sempre più imprenditori hanno scelto di non usufruire dell'*automatic stay* concesso dal ricorso ex art 161 comma 6; b) solo una minima parte delle procedure "in bianco" generalmente si conclude con il deposito del piano e della proposta concordataria; c) una percentuale ancor minore, quasi irrilevante, si conclude con un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F.⁶.

L'interprete, quindi, non può non chiedersi che cosa, nel triennio considerato, sia cambiato e cosa, eventualmente, non abbia funzionato, anche rispetto alle intenzioni del legislatore del 2012 manifestate nella fase riformatrice della disciplina della crisi d'impresa.

Nella relazione al disegno di legge di conversione del decreto Sviluppo, infatti, il governo precisava che l'intervento era finalizzato ad incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, cercando così, tramite l'utilizzo di strumenti alternativi al fallimento, di garantire la conservazione dei valori aziendali e di agevolare il superamento dello stato di crisi.

Questo, quindi, era l'intento del legislatore italiano nel momento in cui introduceva nell'ordinamento giuridico il c.d. concordato con riserva.

Immediatamente, tuttavia, si sono levate le voci di chi segnalava il rischio di strumentalizzazioni dell'istituto, fatto oggetto, peraltro, di un poderoso "assalto" da parte d'imprenditori, almeno in apparenza, in difficoltà.

Proprio l'ampia diffusione del concordato in bianco, caratterizzato dalla semplice modalità di presentazione della domanda, infatti, ha dato adito ai timori di un suo uso opportunistico.

Si è temuto, cioè, che l'imprenditore potesse ricorrere al concordato in bianco pur nei casi in cui non avesse l'intenzione o la concreta possibilità di presentare un piano di risanamento nei termini previsti, al solo fine di godere di una dilazione forzata del pagamento dei propri creditori.

A seguito di tali segnalazioni, il legislatore, dopo meno di un anno, ha modificando l'istituto con il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con

⁶ La quota di piani non presentati entro il termine massimo è rimasta molto elevata, ma stabile, intorno al 77 per cento. Questo dato è reperibile in "*Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*" Occasional paper della Banca d'Italia- Marzo 2016

modificazioni in L. 9 agosto 2013, n. 98, realizzando nei fatti, un rallentamento del fenomeno⁷.

A seguito del c.c. “decreto del fare”, quindi, l’impresa non può limitarsi a presentare una semplice domanda, ma deve depositare una documentazione idonea a consentire la verifica del numero e dell’identità dei propri creditori e dei relativi debiti. A fronte di tali nuovi adempimenti il tribunale può nominare un commissario giudiziale, con il compito di controllare la condotta dell’impresa, che deve nei termini attivarsi per predisporre una proposta ai creditori.

In questo frangente, inoltre, incombono sull’impresa precisi obblighi informativi e il divieto, se non in casi urgenti e comunque previa autorizzazione del Tribunale, di compiere atti di straordinaria amministrazione.

Dal 2013, quindi, si è passati da “un *automatic stay* sulla parola”, a una procedura più controllata e, in qualche modo, più invasiva.

E, in effetti, il controllo esercitato dall’autorità giudiziaria sembra aver svolto un ruolo deterrente rispetto al fenomeno dell’abuso con una netta riduzione del ricorso all’istituto di cui all’art. 161 comma 6.

A distanza di pochi anni dalle riforme, pare opportuno chiedersi se l’intervento del legislatore non abbia in realtà, più che ridotto l’utilizzo distorto del concordato con riserva, allontanato gli imprenditori dalle procedure concorsuali anche nei casi in cui questi, pur versando in stato di crisi, necessitano solo di un periodo sufficiente a preparare un piano di risanamento senza incorrere in azioni esecutive.

Ciò che si rischia, infatti, è un “eccesso di difesa”: allo scopo di evitare pochi casi di abuso, eventualmente contrastabili con gli ordinari strumenti già predisposti dall’ordinamento, si potrebbe finire per svilire le finalità stesse del concordato con riserva, creando disincentivi alla tempestiva emersione della crisi.

Si segnala che il tema, da un punto di vista microeconomico, interessa prettamente l’impresa e i suoi creditori, ma sul piano macroeconomico assume una rilevanza particolare, posto che un mercato della crisi d’impresa che funziona, accresce la concorrenza e la competitività delle imprese nazionali, chiamate sempre più a misurarsi su scenari europei e internazionali.

Un mercato della crisi d’impresa organizzato ed efficiente, inoltre, rende più competitivo il sistema paese Italia, incentivando imprenditori esteri a investire nel nostro paese.

Per procedere in quest’analisi, tuttavia, occorre meglio comprendere le ragioni delle perplessità degli operatori che hanno ravvisato nell’originaria formulazione del concordato di cui all’art. 161 comma 6 L.F. il rischio di un uso distorto.

La prima motivazione, a parere di chi scrive, deve essere essenzialmente ricercata nella scarna formulazione del dato normativo.

Il legislatore, infatti, nel disciplinare la domanda ex art. 161, 6° comma, L.F., si è limitato a descriverne il contenuto, rimettendo a interpreti e giurisprudenza la definizione di diversi aspetti fondamentali.

⁷ Cfr. SALVATO L., “Nuove regole”, cit., 1214, al riguardo l’autore non manca di sottolineare come “l’evidente successo della nuova figura è apparso, almeno in parte, sospetto, al punto di giustificare dopo poco meno di un anno aggiustamenti ed integrazioni, valutati come necessari ed urgenti, tenuto conto dello strumento normativo utilizzato per apportarli”.

La stessa natura giuridica dell'istituto, come si vedrà in seguito, è, ancora oggi, oggetto di dubbi e discussioni.

A fronte di siffatta incompleta formulazione, gli operatori si scontrano, inoltre, con un concetto da sempre presente nell'ordinamento italiano, ma che tuttora è d'incerta collocazione e ricostruzione: il c.d. abuso del diritto e del processo.

Tale ultimo tema, inoltre, si connette a principi quali quelli della buona fede e correttezza che, pur essendo entrati a pieno titolo nel nostro ordinamento giuridico quali espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, sono ancora oggetto d'indagini sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza.

Analizzare se l'attuale assetto normativo del concordato con riserva sia idoneo a contemperare tutti gli interessi delle parti, significa, quindi, ricostruirne in maniera compiuta la struttura e la natura⁸.

Solo in questo modo, infatti, sarà possibile tracciarne gli esatti confini, allo scopo poi di valutarne il possibile abuso, prospettando quest'ultimo, la necessità di una mancata correlazione tra il concreto esercizio del diritto e lo scopo per il quale lo stesso è riconosciuto.

E' naturale, infine, che poiché ridotte sono le fonti del diritto positivo che si occupano dell'abuso⁹ e poiché tale nozione è di difficile traduzione in termini precettivi, occorrerà delineare lo stesso concetto quale principio generale del nostro ordinamento.

⁸ Sul tema V. DONATIVI *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)* in Rivista delle Società, fasc.6, 2013, pag. 1162 esplicitamente afferma che *“l'interprete è oggi posto dinanzi alla necessità di trovare un difficile equilibrio tra soluzioni ermeneutiche e applicative volte ad arginare gli abusi, da un lato, e letture improntate ad ingiustificati formalismi, dal lato opposto. E tale equilibrio va ricercato e perseguito anche, e in prima battuta, in sede di ricostruzione dei requisiti (in punto di forma, contenuto ed allegati) della domanda di concordato con riserva. Ché, anzi, la ricostruzione merita di essere svolta avendo costantemente quale guida ermeneutica e criterio di lettura proprio la ricerca di soluzioni interpretative che, nel contribuire ad arginare possibili abusi, nel contempo preservi l'istituto e consenta allo stesso di svolgere appieno, e senza ingiustificati appesantimenti, la propria (benefica) funzione nel sistema degli strumenti di soluzione (preventiva e negoziata) della crisi d'impresa”*.

⁹ Sul tema S. ROMANO, *Abuso del diritto, c) diritto attuale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 166.

CAPITOLO I

IL C.D. CONCORDATO CON RISERVA

1. Il concordato con riserva e l'emersione tempestiva della crisi: evoluzione normativa - 2. Natura del concordato con riserva e questioni definitive: concordato in bianco, concordato prenotativo, concordato con riserva - 3. La *ratio* e la collocazione sistematica - 4. La struttura: fase essenziale e fase eventuale - 5. I soggetti coinvolti: il debitore richiedente - 6. La procedura - 7. Gli effetti "propri" della domanda con riserva

1. Il concordato con riserva e l'emersione tempestiva della crisi: evoluzione normativa

La disciplina italiana della crisi d'impresa, fino al 2005, era connotata da eccessiva durata e da bassi tassi di recupero dei crediti, essendo essenzialmente affidata all'istituto del fallimento, procedura di liquidazione concorsuale strutturata in modo che l'impresa dichiarata fallita fosse espulsa dal mercato e i suoi beni liquidati in favore dei creditori.

Nulla era previsto per incentivare gli imprenditori a denunciare per tempo il proprio stato di crisi quand'anche reversibile.

Il legislatore prima del 2005 aveva comunque disciplinato l'istituto del concordato preventivo, ma lo stesso era stato pensato come un beneficio di cui poteva godere l'imprenditore insolvente meritevole, da individuarsi in chi, svolgendo attività d'impresa, aveva tenuto una condotta irreprensibile e corretta.

A fronte di tale condotta, degna di fiducia ma sfortunata, il legislatore concedeva il premio dell'accesso alla procedura concordataria, consentendo così al debitore di evitare il fallimento.

La procedura concorsuale di cui si discorre, tuttavia, risultava eccessivamente rigida e caratterizzata da una finalità liquidatoria più che di risanamento.

Da un punto di vista strutturale, infatti, il concordato preventivo ante 2005, si caratterizzava per particolari requisiti soggettivi e oggettivi.

Iniziando dai primi, si prevedeva che legittimato alla proposizione della domanda fosse esclusivamente l'imprenditore commerciale non piccolo¹⁰.

Il possesso di tale ultima qualità, inoltre, non era considerato sufficiente, posto che la disciplina del 1942, all'art. 160 L.F. richiedeva ulteriori requisiti personali, definiti di meritevolezza.

L'imprenditore, infatti, doveva essere iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio, non doveva aver riportato condanne per reati contro il patrimonio nei cinque anni precedenti, doveva aver tenuto regolarmente le scritture contabili obbligatorie ed, infine, non doveva aver presentato domande di ammissione ad altre procedure concorsuali nel cinque anni precedenti il ricorso, pena l'inammissibilità alla procedura.

Con riferimento al requisito oggettivo, invece, si richiedeva lo stato d'insolvenza dell'imprenditore, inteso come condizione di difficoltà ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Accertato il possesso di tali requisiti, il legislatore consentiva al debitore di formulare una proposta vincolante che consentisse comunque la soddisfazione di tutti i creditori privilegiati e di almeno il 40% dei creditori chirografari.

A tal fine, l'imprenditore poteva offrire sia la cessione integrale dei propri beni ai creditori, sia di pagare una certa percentuale dei propri debiti, fornendo idonee garanzie reali e personali.

Mancava, nel nostro ordinamento, qualsiasi strumento se non di prevenzione della crisi, almeno di pronta emersione della stessa.

Un primo tentativo di aggiornamento delle procedure concorsuali fu tentato dalla Commissione, nota come "Trevisanato *bis*", istituita con D.M. 27 febbraio 2004 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia che, nel proprio disegno di legge, introduceva al Titolo secondo gli "istituti di allerta e prevenzione".

Tale disegno di legge, prevedeva, così, all'art. 8, un obbligo di comunicazione posto a carico dei pubblici ufficiali abilitati a levare protesti cambiari ovvero dei procuratori del Registro, a favore della Camera di Commercio, in ordine ai protesti per mancato pagamento e ai rifiuti di pagamento.

Analogo obbligo di comunicazione era previsto dall'art. 9 a carico delle Pubbliche Amministrazioni e delle società di somministrazione di energia per i crediti iscritti a ruolo.

Inoltre, all'art. 10, precisi obblighi di segnalazione al tribunale erano posti a carico del collegio sindacale e del revisore contabile, in relazione a tutte le situazioni di difficoltà, segnalate all'organo amministrativo e non risolte da quest'ultimo.

Il disegno di legge non fu mai approvato, ma il legislatore, consapevole che l'intera disciplina concorsuale non si dimostrava al passo con i tempi, tentò una prima riforma con il d.l. 14 maggio 2005, n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 8031, modificando in modo sostanziale il concordato preventivo e

¹⁰ Esclusi, quindi, i piccoli imprenditori, gli imprenditori agrari, le società semplici, gli enti pubblici,

prevedendo ulteriori strumenti per addivenire ad una soluzione concordata della crisi d'impresa¹¹.

Scopo di tale intervento era l'incremento della competitività delle imprese italiane tramite il rafforzamento della concorrenza¹².

Per raggiungere tali scopi, tuttavia, si tentavano di contemperare esigenze in teoria conflittuali: celerità dell'intervento sulla crisi, difesa del principio di autonomia economica del debitore, tutela del credito, conservazione degli organismi produttivi ancora *viables*, conciliazione tra determinazione autonoma delle parti private e tutela del bene collettivo affidata al potere decisorio dell'autorità giudiziaria, delimitazione dell'intervento del giudice nell'economia¹³.

A seguito di tale riordino, così, con riferimento al concordato preventivo, si eliminano le condizioni di meritevolezza previste dalla precedente disciplina e si modifica anche il requisito oggettivo, prevedendo che per accedere alla procedura di concordato, l'imprenditore non debba più versare in stato di insolvenza, ma in una condizione di crisi (invero non meglio definita)¹⁴.

In relazione al contenuto della proposta di concordato, la riforma, inoltre, abrogando il vincolo di una percentuale minima di pagamento in favore dei debitori chirografari e specificando che il piano di concordato può prevedere anche la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma¹⁵, rende lo stesso meno rigido e riconosce maggiore libertà al debitore in crisi, in relazione alla proposizione del piano con cui risanare l'impresa¹⁶.

Oggetto di riforma, inoltre, è anche la posizione dei creditori. Dal 2005, infatti, è riconosciuta la possibilità per il debitore, in deroga al principio della *par condicio creditorum*, di dividere, in base ad interessi economici omogenei, il ceto creditorio in classi.

Con la novella del 2005 s'inaugura, così, un nuovo approccio alla crisi d'impresa, caratterizzato dal superamento della concezione meramente liquidatoria e dall'approdo alla finalità di conservazione del valore aziendale, più utile sul piano sociale¹⁷.

Sul terreno ideologico, inoltre, punto fondamentale della riforma era la previsione di strumenti di protezione e di ricerca dell'accordo con i creditori anche da parte dell'imprenditore non ancora insolvente ma già in crisi, da raggiungere anche tramite gli strumenti di cui all'art. 182-bis L.F..

Occorre evidenziare, tuttavia, che pur essendo lodevole l'intenzione di favorire l'accesso a soluzioni concordate prima del verificarsi dell'irreparabile

¹¹ Con tale decreto, infatti, sono stati introdotti i piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione.

¹² V.C. BUONAURA, Enciclopedia del diritto, voce Concordato preventivo, Annali II, Tomo II, 2008 Milano, Giuffrè p. 252

¹³ A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme* in Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2016, pag. 15

¹⁴ G. BOZZA, *Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato preventivo*, in Fall. 2005, pag. 953, in cui si legge che "è venuto meno l'uniformità del presupposto oggettivo tra concordato e fallimento"

¹⁵ Art. 160 comma 1 lett. a L.F.

¹⁶ G. BERSANI, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in Fallimento, 2005, pag. 1208

¹⁷ Corte Cost. 22.7.2010, n. 270, in Foro It., 2010,I, 2901

dissesto, quest'ambizione, nei fatti, risultava di difficile realizzabilità, stante la perdurante mancanza di strumenti di prevenzione e di allerta.

Dopo gli interventi di cui si è accennato sopra, tuttavia, il legislatore, non ritenendoli del tutto sufficienti per rendere la procedura di concordato preventivo più celere e snella, è nuovamente intervenuto sull'istituto, con il d.lgs. 19 settembre 2007 n. 169.

Con questo decreto il legislatore ha apportato modifiche relative sia ai requisiti per essere ammessi al concordato, sia al procedimento vero e proprio, allo scopo di eliminare evidenti difetti di coordinamento normativo e cercando di risolvere alcuni problemi interpretativi sorti nella prima fase di applicazione dei precetti¹⁸.

Mancava ancora, nell'ordinamento italiano, tuttavia, una fattispecie sovrapponibile, quanto a finalità ed effetti, all'*automatic stay* del diritto fallimentare statunitense.

Quest'ultimo può essere definito come un istituto, tipico della procedura del *Chapter XI* del *BanKruptcy Code*, in virtù del quale al debitore è consentito di beneficiare di una temporanea protezione da eventuali azioni dei creditori, con il deposito di un atto in cui manifesta l'intenzione di voler ristrutturare il proprio indebitamento.

L'ordinamento di cui sopra, in altri termini, fornisce al debitore una tutela anticipata, ma temporanea, rispetto alle azioni dei creditori, tale da fornire al tutelato un periodo di "tranquillità" utile alla miglior predisposizione di un piano di risanamento dell'impresa.

Tramite tale fattispecie, il legislatore nord americano garantisce la continuità dell'attività d'impresa e la conservazione dei valori aziendali.

Gli effetti e le finalità dell'*automatic stay*, sono stati oggetto di valutazione da parte del legislatore italiano in più di un'occasione.

Nel 2010, infatti, sulla scia anche di altri legislatori europei, tra cui quello francese¹⁹, si assiste al primo tentativo d'introduzione nell'ordinamento italiano di una forma, sebbene attenuata, di *automatic stay* ad opera del D.l. 31 maggio 2010, n. 78²⁰.

Tale novella, infatti, introducendo l'art 182-bis, commi 6 e 7 L.F., ha disposto per la prima volta nel nostro ordinamento, una protezione a favore del

¹⁸ Una delle innovazioni più importanti apportate dal d. lgs 19 settembre 2007 n. 169 è contenuta secondo comma dell'art. 160 " *la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicata nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) della L. F.*". Per una più compiuta analisi delle norme, si rinvia alla lettura del d.lgs 19 settembre 2007 n. 169

¹⁹ La Francia già nel 2005, allo scopo di favorire le soluzioni delle crisi di impresa nell'ottica di una ristrutturazione, ha introdotto nel proprio ordinamento la *procédure de sauvegarde*, che consente al debitore di predisporre un *plan de sauvegarde*, con il temporaneo beneficio delle protezioni da eventuali azioni esecutive e cautelari dei propri creditori.

²⁰ Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica. Il decreto legge è stato poi convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122

debitore impegnato a trattare un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui al comma 1 dello stesso articolo²¹.

Pur apprezzando il tentativo embrionale del legislatore di concedere una siffatta protezione all'imprenditore in crisi, occorre evidenziare che tale iniziativa, essendo di limitata applicazione²², e di non semplice accessibilità²³, era comunque ben lontana dall'istituto di matrice statunitense e, per alcuni, inidonea a consentire un'efficace protezione anticipata dell'imprenditore in crisi²⁴.

A tale situazione il legislatore italiano ha cercato di porre rimedio con l'introduzione, ad opera del D.L. 22 giugno 2012 n. 83²⁵, convertito con

²¹ Gli accordi di ristrutturazione dei debiti erano stati introdotti già, come detto, con l'art. 2, comma 1 lett. 1 del D.l 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80

²² L'art. 182-bis comma 6 precisa che *"Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma puo' essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative"* ma richiede che la proposta di accordo sia *"corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti"*. L'effetto di cui al comma 6, quindi, è conseguibile solo nell'ipotesi in cui le trattative per il raggiungimento dell'accordo siano ad uno stato avanzato e riguardino almeno il 60% dei crediti vantati verso il debitore.

²³ Il comma 6 dell'art. 182-bis dispone, infatti, che il debitore deve depositare la documentazione di cui all'art.161, comma 1, L.F. .Tale formalità, pare di difficile adattamento alle esigenze di celerità tipiche dell'automatic stay.

²⁴ Sull'inidoneità della fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 182-bis L.F, M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013 pag. 19.; M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013 pp. 1052-1053

²⁵ Per un approfondimento di questa riforma legislativa si segnalano: L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, 321; U. APICE E S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, 431; F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 27 giugno 2012; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 26 novembre 2012; S. AMBROSINI, *Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 293/2012; S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 306/2012; G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo "con continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, 482; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 303/2012; G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 891; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012; L.A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, 924; G. NARDECCHIA, *L'art. 179 L. F. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in www.ilcaso.it, sez. II, documento n. 315/2012; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, 673; P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, cit.; G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013.

modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134, della fattispecie di cui all'art. 161 comma 6 L.F..

Tale norma dispone che *“L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato (...) riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice (...). Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma”*.

L'innovazione è consistita nello stabilire che il beneficio della protezione di cui all'art. 168 L.F. è riconosciuto all'imprenditore a semplice richiesta, non dovendo lo stesso assolvere all'onere della completa prospettazione delle modalità e dei termini della soluzione con la quale si proponga di superare il proprio stato di crisi²⁶.

Con la novella del 2012, quindi, si assiste a un mutamento di prospettiva.

La disciplina della crisi e dell'insolvenza d'impresa, infatti, smette di concentrarsi staticamente sul debitore e sui suoi rapporti (debiti e garanzie patrimoniale), per abbracciare una visione dinamica fondata sull'attività imprenditoriale, di cui si tenta il ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari²⁷.

A fronte di tali novità, tuttavia, la dottrina ha subito evidenziato alcuni dubbi circa la reale utilità sociale della fattispecie, troppo orientata *ex latere debitoris* e poco indirizzata alla tutela del ceto creditorio.

Le prime esperienze applicative, inoltre, hanno mostrato una scarsa comprensione da parte degli operatori dell'importanza di una precoce attivazione della procedura di cui all'art. 161 comma 6 L.F..

Nonostante l'incentivo fornito dal legislatore, infatti, molti imprenditori hanno continuato a rivolgersi all'autorità giudiziaria quando, più che in stato di crisi, l'impresa era caduta nel vero e proprio stato d'insolvenza²⁸.

In queste ipotesi, come è ovvio, il ricorso all'istituto del concordato con riserva, privo di utilità in relazione alla tempestiva emersione dello stato di crisi, è stato vittima di uno sviamento dei fini, finendo per essere utilizzato esclusivamente per dilatare i tempi dell'avvio della procedura fallimentare.

A fronte delle perplessità della dottrina, devono essere segnalate anche le perplessità dello stesso mondo imprenditoriale, preoccupato delle distorsioni che il nuovo istituto poteva creare alla concorrenza e al principio di parità di trattamento degli imprenditori.

Il ceto produttivo, infatti, condannava la disponibilità, in favore dell'imprenditore insolvente, di strumenti troppo “comodi”, capaci di far restare sul mercato imprese non sane, se non dannose.

Per evitare strumentalizzazioni, il D.l. 21 giugno 2013, n. 69²⁹, convertito nella L.9 agosto 2013, n. 98, ha apportato, così, le seguenti innovazioni:

²⁶ AIELLO, *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, in Giur. It., 2014, 12

²⁷ Così G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, cit., 7; il quale richiama S. PACCHI, *Dalla meritevolezza del debitore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Siena, 1988.

²⁸ A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme* in Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2016, pag. 15 e ss.

- a) nel tentativo di rafforzare il corredo documentale richiesto per la presentazione della domanda, ha inserito l'obbligo del deposito dell'elenco dei creditori;
- b) nel tentativo di rafforzare il controllo da parte dell'autorità giudiziaria, ha reso più cogenti gli obblighi informativi periodici e ha attribuito al tribunale la facoltà, fin dal momento dell'assegnazione del termine per il deposito del piano³⁰, di disporre la nomina del commissario, dotato anche del potere di stimolare l'eventuale dichiarazione d'inammissibilità della domanda per il caso di emersione di condotte rilevanti ai sensi dell'*art. 173 L.F.*;
- c) allo scopo, poi, di scongiurare i pericoli di ricorso seriale alla protezione dalle azioni dei creditori, ha posto un chiaro limite alla ripresentazione della domanda di concordato con riserva, prescrivendo l'ammissibilità solo laddove non sia stata preceduta, nei due anni antecedenti, da analogha iniziativa che non abbia sortito alcun esito positivo (e cioè alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti).

Si tratta, comunque, di ulteriori interventi settoriali, incapaci di modificare l'impianto complessivo della disciplina concorsuale e della composizione della crisi d'impresa.

Nello stesso periodo, anche a livello comunitario, il tema della necessaria regolamentazione della crisi d'impresa, ha assunto enorme rilevanza.

In data 12 marzo 2014, infatti, la Commissione ha adottato la Raccomandazione 2014/135/UE, che, pur non essendo vincolante per gli stati membri³¹, detta i principi cui i membri sono invitati ad attenersi nell'opera di riforma delle proprie leggi disciplinanti la crisi d'impresa.

Come affermato nello stesso testo della raccomandazione, gli stati membri dovrebbero garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria la possibilità di ristrutturarsi in una fase precoce, in modo da evitare l'insolvenza.

In questo modo si persegue la conservazione dei valori aziendali a tutela, oltre che dei creditori, anche dei dipendenti dell'impresa in crisi, nonché dello stesso debitore e dell'economia in generale.

Ciò che interessa, ai fini della presente trattazione, in particolare, è la raccomandazione di predisporre la sospensione delle azioni esecutive individuali nel corso di una procedura preventiva quando una parte significativa di creditori sia interessata al piano di risanamento ed emerga con probabilità la possibilità di evitare l'insolvenza dell'impresa.

Con riferimento al piano, la Commissione suggerisce agli stati membri di esigere che l'impresa indichi in modo completo i creditori interessati, precisando quali siano gli effetti previsti della ristrutturazione dei crediti e le condizioni di nuovi finanziamenti.

²⁹ Per un'ampia panoramica sul testo della riforma F. LAMANNA, *Il decreto del "fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it del 18/06/2013

³⁰ o, in alternativa, dell'istanza di omologazione dell'accordo

³¹ Si fa presente che la Commissione intendeva emanare una direttiva, ad effetti vincolanti, ma a seguito di incontri, la stessa verificò l'impossibilità di ottenere un consenso dagli stati membri. Sul tema U. MACRI *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella raccomandazione ue 2014/135 e nel regolamento 2015/343* in *Fallimento*, 2015, 10, 1049

Il piano da presentare, infine, deve assicurare la realizzabilità del programma, evitando l'insolvenza e garantendo la redditività³².

Sempre ai fini di una corretta pianificazione, la Raccomandazione suggerisce agli stati membri di prevedere la possibilità, per il giudice nazionale, di nominare un mediatore, con il compito di assistere il debitore nello svolgimento di eventuali negoziati, o un supervisore, che ha un ruolo di tutela degli interessi dei creditori.

Emanata la Raccomandazione, con Decreto 28 gennaio 2015 del Ministro della Giustizia, nel febbraio 2015 in Italia è stata istituita una commissione ministeriale, presieduta dal consigliere Rordorf, incaricata di scrivere la legge delega di riforma della legge fallimentare, con l'espressa indicazione, tra l'altro, di recepire quando raccomandato dall'UE.

La commissione ha concluso la propria attività con uno schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in cui "*si prospetta la futura emanazione di un testo normativo che abroghi la vigente legge fallimentare e le leggi successive in tema di crisi d'impresa per disciplinare in modo coerente ed unitario il fenomeno dell'insolvenza*³³".

Con tale schema di disegno di legge, quindi, si mutava approccio: non più interventi riformatori episodici, dettati dall'emergenza, ma una risistemazione organica dell'intero sistema concorsuale, divenuto nel tempo troppo farraginoso.

A tale scopo, la commissione definiva alcuni concetti fondamentali nella materia in esame, a cominciare, per gli aspetti che più interessano la presente trattazione, dalla nozione di "crisi", che implica un pericolo di futura insolvenza (e che, dunque, non coincide con il concetto d'insolvenza).

Lo schema di disegno di legge di cui si discorre, inoltre, mirava a semplificare le procedure concorsuali, tramite una *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti, con la creazione di un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza.

Si trattava, quindi, di prevedere un unico contenitore processuale di tutte le iniziative di carattere giudiziale che regolano la crisi o l'insolvenza dell'impresa, essendo irrilevante la finalità³⁴, la natura³⁵, le dimensioni³⁶ o la struttura³⁷.

In tale contenitore, secondo l'intenzione della commissione, confluiranno tutte le domande ed istanze dei creditori, del pubblico ministero e dello stesso debitore, finalizzate all'adozione della giusta soluzione della crisi o dell'insolvenza.

³² Sul tema G. LO CASCIO, *Società in crisi: una disciplina normativa europea in fieri in Società*, 2015, 11, 1259.

³³ Cfr. la relazione relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali così come predisposta dalla Commissione.

³⁴ Conservativa o liquidatoria del patrimonio dell'impresa debitrice.

³⁵ Civile, professionale, agricola, commerciale.

³⁶ Piccola, media, grande.

³⁷ Persone fisiche, persone giuridiche, gruppi di imprese, cooperative, associazioni, fondazioni, onlus, enti ecclesiastici, società a partecipazione pubblica e società in house con la sola esclusione degli enti pubblici.

Tale soluzione, per quanto ai fini della trattazione interessa, ha il merito di risolvere i problemi di coordinamento emersi tra le attuali procedure concorsuali e in particolare la sovrapposizione tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento.

Il disegno di legge delega, inoltre, aveva come obiettivo dichiarato quello di dare prevalenza agli strumenti negoziali di risoluzione della crisi, allo scopo di favorire la ristrutturazione dell'impresa in crisi.

Tale obiettivo, secondo quanto emerge dalla relazione accompagnatoria, doveva essere raggiunto però, tramite un attento controllo della procedura, mirante a scoraggiare comportamenti strumentali.

Muovendo da tali premesse, il disegno di legge circoscriveva l'istituto del concordato preventivo alla sola ipotesi del c.d. concordato in continuità, da intendersi come il concordato in cui l'impresa in crisi³⁸ proponga di superare tale stato tramite la prosecuzione della propria attività, in forza di un piano che preveda il soddisfacimento, per quanto possibile, dei creditori.

A tutela di quest'ultimi, inoltre, secondo la commissione, il governo doveva essere delegato a non escludere la possibilità di pervenire ad un concordato preventivo liquidatorio, nell'ipotesi in cui tramite l'apporto di terzi si pervenga ad un maggiore soddisfacimento dei creditori.

Con riferimento al concordato con riserva, infine, la relazione del Presidente Rodorf segnalava che, nonostante la previsione di meccanismi di allerta e composizione assistita della crisi, che potrebbero in molti casi *"far venire meno le condizioni che oggi giustificano la proposizione di domande di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano"*, non si riteneva di dover eliminare tale ultimo istituto dal sistema.

A consigliare tale soluzione, infatti, la valutazione che pur essendo gli strumenti di allerta e prevenzione finalizzati all'emersione del rischio di crisi dell'impresa, alcun rapporto di propedeuticità sussisteva tra tali strumenti e la fattispecie di cui all'attuale art. 161, comma 6, L.F..

A parere della commissione ministeriale, quindi, sarebbe stato eccessivo precludere la possibilità di depositare un ricorso con riserva di presentazione del piano all'imprenditore che, per svariati motivi, non ha potuto avvalersi degli strumenti di allerta e prevenzione.

A fronte di tale conclusione, tuttavia, si segnala che il testo licenziato dalla commissione Rordorf nulla dice su eventuali modifiche all'istituto del ricorso con riserva.

Durante i lavori, comunque, il Governo, non tenendo evidentemente in conto l'opera della commissione ministeriale, ha varato nuove norme con il decreto n. 83/2015.

Obiettivo di tale intervento è di riequilibrare il rapporto tra debitore e creditori³⁹ attraverso lo strumento della contendibilità dell'impresa in crisi⁴⁰.

³⁸ La commissione nella propria relazione, in realtà fa riferimento alle imprese in stato di crisi o di insolvenza ma reversibile.

³⁹ ritenuto, nella versione delle riforme precedenti, eccessivamente sbilanciato a favore del primo

⁴⁰ S. AMBROSINI *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015* in Dir. Fall., 2015, 5, 10359

Il legislatore, quindi, con l'obiettivo di “*favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione*”⁴¹ ha aperto il mercato del concordato, eliminando il precedente monopolio del debitore sulla presentazione della proposta.

Ai sensi del riformato art. 163 L.F., così, il creditore dell'impresa in crisi⁴² può presentare proposte di concordato alternative a quella del debitore⁴³.

Con tale previsione, il legislatore, inoltre, intende sviluppare “*un mercato dei distressed debt, già da tempo sviluppatosi in altri Paesi (...) in modo da consentirne un significativo smobilizzo*”⁴⁴.

A tale scopo si prevede che, oltre a coloro che sono già creditori, anche eventuali investitori interessati potranno acquistare e risanare un'impresa in crisi, a patto che, prima di presentare una proposta alternativa, acquistino i crediti⁴⁵ nei confronti dell'impresa in concordato.

Ai fini della presente trattazione, ciò che rileva è che il legislatore, ha escluso che il creditore possa dare avvio al procedimento, potendo solo proporre una soluzione alternativa a quella autonomamente presentata dal debitore.

Tale circostanza, quindi, esclude che i concorrenti possano depositare una domanda rivale con riserva di presentare solo in un secondo momento la proposta e la documentazione a corredo.

L'art. 161, 6° comma, L.F. , quindi, continua a concedere solo al debitore la possibilità di riservarsi di presentare, successivamente al ricorso, il piano e l'altra documentazione⁴⁶.

Altro aspetto della riforma del 2015 di interesse, infine, è senza dubbio quanto disposto in merito finanziamenti interinali nel pre-concordato.

Il legislatore, così, ha disposto che il debitore che ha presentato un ricorso ex art. 161, comma 6, L.F. può richiedere l'autorizzazione a contrarre in via d'urgenza finanziamenti funzionali a urgenti necessari per l'esercizio dell'attività aziendale, prededucibili per i creditori che li hanno concessi.

Tale modifica tiene conto delle esigenze dell'impresa che, dopo aver fatto emergere la crisi e fino al momento in cui detto stato trovi una soluzione giuridica, rischia la sopravvivenza per carenza di liquidità.

⁴¹ Questo è quanto è possibile leggere nel preambolo del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

⁴² Che abbia raggiunto la soglia determinata nel 10% dei crediti vantati nei confronti dell'impresa in concordato

⁴³ L'art. 163 comma 5 L.F. prevede tuttavia che le proposte concorrenti non sono ammissibili se quella del debitore assicura il pagamento di una percentuale minima, pari ad almeno il 40% ovvero – se si tratta di concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis L. F. – ad almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari

⁴⁴ Così si esprime la relazione governativa, Atto Camera dei Deputati n. 3201, consultabile su www.camera.it

⁴⁵ Raggiungendo la soglia limite di almeno il 10% dei crediti vantati nei confronti dell'impresa in concordato

⁴⁶ D. GRIFFINI *Fallimento E Concordato Preventivo (I Parte) - Le Proposte Concorrenti Di Concordato Preventivo* in Giur. It., 2017, 1, 230 il quale nota che “*diversamente, dopo che il debitore ha formulato domanda di concordato con riserva e depositato l'elenco nominativo dei creditori, nulla pare vietare ai potenziali concorrenti di presentare le loro proposte*”.

Ad ottobre del 2017, infine, il legislatore, riprendendo quanto stilato dalla commissione Rordorf, ha emanato la legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza⁴⁷.

In virtù della delega, il Governo, dovrà entro 12 mesi adottare uno o più decreti legislativi che andranno a riscrivere integralmente la legge fallimentare.

In attuazione, è stato predisposto il codice della crisi e dell'insolvenza di prossima adozione.

Ciò che in questo momento rileva è che, nonostante che la legge delega nulla dica sul concordato con riserva, il Governo, nello schema del codice predisposto, ha sostanzialmente conservato il procedimento di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F..

L'art. 44 dell'emanando codice, infatti, prevede che il debitore possa richiedere la concessione di un termine, compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile di non oltre sessanta giorni in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, entro il quale depositare la proposta di concordato con il piano, oppure un accordo di ristrutturazione dei debiti.

2. Natura del concordato con riserva e questioni definitorie

Il D.l. 22 giugno 2012, n. 83, così come convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, non fornisce una definizione dell'istituto previsto dall'art. 161, comma 6, L.F..

Lo stesso può essere definito come la fattispecie in cui, un imprenditore commerciale⁴⁸, versando in stato di crisi, chiede al tribunale la fissazione di un termine⁴⁹, entro cui poter presentare alternativamente o il piano e la proposta di concordato preventivo⁵⁰ o la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, ottenendo⁵¹, la protezione del proprio patrimonio da eventuali azioni dei creditori, nei limiti di quanto previsto dall'art. 168 L.F..

⁴⁷ Legge, 19 ottobre 2017 n. 155, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 30 ottobre 2017

⁴⁸ che superi almeno uno delle soglie di cui al comma 2 dell'art. 1 L.F.

⁴⁹ compreso tra 60 e 120 giorni eventualmente prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni

⁵⁰ nonché la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 L.F.

⁵¹ dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese

Le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto hanno prodotto anche una proliferazione di possibili denominazioni della fattispecie, alternativamente identificata come concordato in bianco, concordato con riserva, concordato prenotativo o pre-concordato⁵².

Un dato che accomuna tutte le citate descrizioni, infatti, pare essere il riferimento al concordato preventivo, finendo per individuare nell'istituto di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. un ricorso che ha effetti analoghi alla domanda di concordato vera e propria, risolvendosi in un semplice strumento per semplificare la proposizione del ricorso di quest'ultimo.

Pare opportuno analizzare, quindi, il tema del rapporto tra concordato preventivo e fattispecie di cui all'art. 161 comma 6 L.F..

Segue. Il rapporto tra concordato preventivo e la fattispecie di cui all'art. 161 comma 6 L.F.: il problema della natura del concordato con riserva

Un compiuto esame della questione, non può non partire dalla collocazione della disciplina.

La fattispecie, infatti, è collocata dal legislatore, come detto, al comma 6 dell'art. 161 L.F., rubricato “*Domanda di concordato*”, articolo che disciplina, quindi, le modalità di presentazione della richiesta di accesso alla procedura concorsuale del concordato preventivo.

Gli stessi termini utilizzati dal legislatore al comma 6 paiono propendere per un rapporto inscindibile tra le due fattispecie, limitandosi lo stesso a disporre che “*l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato*”.

⁵² L'espressione “domanda di concordato con riserva”, insieme a “domanda di concordato in bianco” o “al buio”, è tra quelle più diffuse: per tutti, P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *Fallimento*, 2013, p. 82. Accanto a queste espressioni si rinvencono anche locuzioni come “domanda di preconcordato” in Consiglio Nazionale del Notariato, *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 1002013/ I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 febbraio 2013; “domanda di concordato con prenotazione” in E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 316; “domanda prenotativa di concordato” in M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; Id., *La domanda “prenotativa” di concordato preventivo: spunti operativi*, in www.osservatoriooci.org; F. LAMANNA, *È corretto parlare di concordato in bianco o con riserva per una domanda proposta “al buio”? Non sarebbe meglio parlare di procedura meramente prenotativa?*, in www.ilfallimentarista.it; “domanda di concordato senza piano” in Consiglio Nazionale del Notariato, op. loc. cit.; “domanda di concordato incompleta” in Assonime, *Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Circolare n. 4/2013 del 7 febbraio 2013, in *Rivista delle Società*, 2013, 541 ss.; “domanda di concordato anticipata” in F. DIMUNDO, *Art. 161*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013, 1902; F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, Milano, 2012, 41; l'espressione è adottata anche dalla Relazione illustrativa al d.l. 83/2012, sub art. 33.

Altro elemento a sostegno della tesi che si espone⁵³, pare essere il riconoscimento operato dal Decreto del fare, del potere del tribunale di nominare già nella procedura di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., il commissario giudiziale.

Da tali risultati sembrerebbe possibile ritenere che il concordato con riserva sia una vera e propria procedura concordataria, risolvendosi in una modalità semplificata per il debitore di richiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo⁵⁴.

Tali argomentazioni, in altre parole, indurrebbero a sostenere che con la domanda con riserva ex comma 6 dell'art. 161 L.F., connotata da una natura concordataria, s'innesci un procedimento articolato in due fasi endoprocedimentali, interne al medesimo e unico procedimento ordinario⁵⁵.

La domanda di concordato in bianco, quindi, non rappresenterebbe un *genus* diverso⁵⁶, sebbene avvicicabile al concordato preventivo, ma costituirebbe solo una diversa configurazione alternativa alla domanda concordataria, finalizzato ad accelerare l'avvio della procedura per favorire la soluzione della crisi d'impresa⁵⁷.

⁵³ LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, op. cit; VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico-sistematiche della miniriforma*, op. cit; V.DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo, op. cit., p. 5*, che afferma espressamente che “Una serie di argomentazioni, peraltro, inducono a sostenere che la domanda di concordato con riserva condivide la medesima natura giuridica della domanda di concordato ordinaria; e che, pertanto, il procedimento innescato dalla domanda con riserva non sia un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si aprirebbe solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione; ma costituisca piuttosto un unico procedimento, semplicemente articolato in due fasi (fasi, dunque, endoprocedimentali, ovvero sia “interne” al medesimo e unico procedimento)”

⁵⁴ Così sembrano esprimersi alcune pronunce giurisprudenziali, che, subito dopo l'emanazione del decreto Sviluppo, hanno evidenziato che mediante il ricorso previsto dal comma 6 dell'art. 161 L.F. il debitore chiede già l'ammissione alla procedura di concordato. Sul tema cfr. Tribunale di Pistoia, con decreto del 30 ottobre 2012, “La norma non definisce il nuovo istituto, ma si limita alla sua descrizione, lasciando aperta la via al suo inquadramento tassonomico: concordato con riserva, concordato in bianco, concordato al buio, concordato con prenotazione ecc. La questione non è meramente classificatoria, ma di sostanza visto che ciò che sembra non mutare nella varietà delle formule adottate, è l'appartenenza dell'istituto al genere “concordato” e la sua qualificazione in siffatti termini. E poiché nomina sunt substantia rerum se ne deduce una identità quanto ai presupposti e alla possibilità di estensione ed applicazione di meccanismi concordatari”. Stessa conclusione anche in Trib. Mantova, 14 marzo 2013, reperibile su www.ilcaso.it; Trib. Cassino, 31 luglio 2014

⁵⁵ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista della società*, 2013, p. 1178

⁵⁶ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, considera quindi l'istituto di carattere eccezionale e prosegue affermando “il rapporto logico regola eccezione impone infatti un'interpretazione ed un'applicazione tendenzialmente restrittive dell'istituto”.

⁵⁷ M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 163, nt. 3; S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2015, pag. 955, in cui precisa che “Il concordato con riserva è ad ogni effetto parte integrante della procedura di concordato

La tesi opposta⁵⁸, che riconosce alla procedura di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. un carattere autonomo, non qualificabile come un vero e proprio concordato preventivo, si fonda, invece, su argomenti di natura teleologica⁵⁹.

Con l'istituto di cui si discorre, infatti, il legislatore intende favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa, concedendo agli imprenditori in crisi il beneficio di un apposito periodo in cui possono delineare il miglior percorso di risanamento della propria attività d'impresa, senza avere il timore di possibili azioni dei creditori.

Occorre segnalare, tuttavia, che a conferma della bontà della tesi dell'autonomia, alcuni interpreti hanno indicato quanto espressamente previsto dallo stesso art. 161 L.F., nella parte in cui consente al debitore ricorrente, nello stesso termine e in alternativa alla presentazione del piano, di presentare domanda ai sensi dell'art. 182-bis, primo comma.

Con tale disposizione, quindi, il legislatore ha concesso la facoltà, per l'imprenditore che ha presentato ricorso ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L.F., di *switch* verso la richiesta di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis comma 1 medesima legge.

Se ciò è vero, se ne ricava l'autonomia della fattispecie⁶⁰, essendo la presentazione del piano concordatario, solo uno dei possibili esiti⁶¹ della procedura di cui all'art. 161 comma 6 legge fallimentare⁶².

preventivo, e non già un cd. concordato in bianco o preconcordato — come spesso si è teso a definirlo con intento svalutativo dell'istituto —. Il tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.f. non autorizza in alcun modo a una diversa interpretazione, poiché l'imprenditore propone sin dall'inizio un "ricorso contenente la domanda di concordato", sì che sarebbe una vera contraddizione in termini se egli contestualmente esprimesse l'intento di presentare un mero accordo di ristrutturazione".

⁵⁸ Si segnala che tra i due opposti, tra la tesi dell'autonomia e quella concordataria, vi è anche una teoria di compromesso come S. POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto, con premesse sulla sua qualificazione e disciplina applicabile*, in www.ilfallimentarista.it. L'Autore ritiene che: *"Pur con i limiti connessi alla tipologia di intervento, si segnala come sia possibile e preferibile una terza opzione interpretativa, che eviti di dare una qualificazione astratta a priori della domanda di preconcordato e distingue, in concreto, tra le ipotesi in cui essa si traduca nella mera domanda di un termine di protezione (fattispecie "deboli") e quelle, invece, in cui siano presenti alcuni elementi della proposta e/o del piano (fattispecie "forti")"*.

⁵⁹ ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, 2013, Torino pag. 30; CP D'AIELLO, *IL concordato con riserva: una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE), n. 1346/2000* relazione in V Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, *Orizzonti del diritto commerciale*, Roma, 21-22 febbraio 2014;

⁶⁰ Conclude in tal modo, M. Arato, *Il concordato con riserva*, op.cit., pag. 29

⁶¹ M. VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico-sistematiche della mini-riforma*, in www.ilfallimentarista.it, ritiene invece, la facoltà di switch sia «una legittima "variabile di uscita" da una procedura concordataria da considerarsi già pienamente in essere, non certo la dimostrazione che il concordato non possa considerarsi aperto sino all'emissione del decreto di cui all'art. 163 l. fall».

⁶² Salvo che la facoltà di switch non venga ricostruita come una sorta di diritto di conversione all'americana della procedura concordataria in Adr come in A. ANGELONI, *La disciplina del nuovo concordato preventivo in a nutshell*, in www.jdsupra.com. L'ipotesi è categoricamente esclusa da A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 145, secondo cui lo switch tra procedure non è

Si evidenzia, comunque, che una siffatta conclusione, implica una determinata valutazione della natura degli accordi di cui all'art. 182 bis L.F..

La tesi che da ultima si è esposta si fonda, infatti, sulla previsione della possibilità di traslazione, che presuppone a sua volta una differenza ontologica tra il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione⁶³.

In realtà la natura di tali accordi⁶⁴ è ancora discussa, e i maggiori dubbi ricadono proprio sui rapporti con il concordato preventivo.

«né riconducibile alla nozione (extraformale ed extratestuale) di consecuzione, riflettente una successione di procedure concorsuali giuridicamente contrappuntata da soluzione di continuità; né alla nozione (formale e testuale) di conversione, riflettente -all'opposto- una sostituzione, senza soluzione di continuità, di una procedura concorsuale ad altra di identica natura, sì che la vicenda processuale si compendia in un'unica procedura concorsuale, senza soluzione di continuità tra le due fasi».

⁶³ Lo *switch*, in senso finanziario, indica il passaggio da un titolo ad un altro come ad esempio la vendita di un'obbligazione per l'acquisto di un'azione, o tra due titoli simili di società diverse o da un fondo comune ad un altro gestito dalla medesima società di gestione. Sul tema cfr. E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Milano, 2016, p. 12, che fa notare che la conclusione per cui la domanda di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. altro non sarebbe che una forma semplificata di concordato, è messa in discussione proprio dalla possibilità per il debitore di presentare entro il termine un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis, il quale “*non è un concordato preventivo e neppure, secondo parte della dottrina, una procedura concorsuale*”

⁶⁴ Tra gli studi dedicati all'istituto: E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione*, in Riv. dir. priv., 2011, p. 555 ss.; e ID. *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Introduzione*, in Trattato delle procedure concorsuali, diretto da L. GHIA- C. PICCININNI-F. SEVERINI, IV, Torino, 2011, p. 619 ss.; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis Legge Fallim.)*. Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi, in Dir. fall., 2011, I, p. 8 ss.; G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione* in Contr. impr., 2011, p. 9 ss.; I.L. NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, p. 1129 ss.; ID., *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in Dir. fall., 2012, I, p. 376 ss.; ID., *Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Corr. giur., 2013, p. 1571 ss.; P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Banca borsa e tit. cred., 2011, I, p. 11 ss.; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, 2012; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in Fall., 2012, p. 1137 ss.; M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Rimini, 2011; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, L. F.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in Contr. impr., 2011, p. 1311 ss.; R. CUONZO, *L'evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell'economia*, Napoli, 2012; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012; L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012; C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012; A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, in Riv. dir. comm., 2012, II, p. 157 ss.; D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis L. F.*, in Riv. not., 2012, I, p. 1257 ss.; M. ARATO, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario*, in Fall., 2012, p. 206 ss.; R. MARINO, *Accordi di ristrutturazione*

Secondo una tesi che potremmo definire processualistica⁶⁵, così, gli accordi ex art. 182-bis altro non sarebbero che una *species* del *genus* concordatario.

La tesi opposta⁶⁶, che può dirsi, anche oggi⁶⁷, maggioritaria, afferma invece la natura negoziale e autonoma degli accordi di ristrutturazione ed esclude un'applicazione analogica della disciplina in tema di concordato.

dei debiti e responsabilità del professionista attestatore, in *La resp. civ.*, 2012, p. 490 ss.; G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013; M. FERRO, P. BASTIA E G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013; S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 543 ss.; E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 186 ss.; M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fall.*, 2013, p. 769 ss.; D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 579 ss.;

⁶⁵ G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L. F.*, cit., p. 865 s.s.; M. FERRO, *Art. 182 bis. la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *nuovo Diritto societario*, n. 24/2005 p. 49 ss.; A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallimentare: un'occasione da non perdere*, nota a Trib. Milano, 21 febbraio 2005, in *Fall.*, 2006, p. 674 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, CEDAM, Padova, 2013; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2012; ID. *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, Giappichelli, Torino 2014

⁶⁶ Fra coloro che si sono espressi in tal senso, si indicano, senza pretesa di completezza, M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 "bis" L. F.*, cit., c. 2564; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1170; A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, p. 1457; S. A MBROSINI -P.G. DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 184; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 384; P. Marano, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 775; G.B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 670; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 464; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., p. 281 [il quale sottolinea la piena autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo (p. 279)]; F. DI MARZIO, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., *passim*; Id., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., *passim*, part. p. 135 ss. (per il quale si è in presenza di veri e propri contratti); G. VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa, Il contratto nella crisi dell'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, *passim*, spec. p. 489 ss.; Id., *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., *passim*, spec. p. 242 ss.; e in Id., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 198 ss.; E. Capobianco, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, cit., p. 309; L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, cit., p. 69.; *op. cit.*, p. 14 s. che evidenzia numerosi motivi per cui l'accordo di ristrutturazione non può essere ricondotto alle procedure concorsuali: "1) non è previsto un procedimento, né un provvedimento di apertura; 2) non vi è la nomina di organi quali un commissario, un amministratore giudiziale, un giudice delegato, un comitato dei creditori; 3) non è prevista, né può verificarsi una regolazione concorsuale del dissesto, non tutti i creditori sono coinvolti nell'accordo e, qualunque regolazione venga scelta ed attuata con l'accordo, essa non coinvolge tutti i creditori, né ha un'efficacia erga omnes; 4) i creditori non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste; 5) il debitore resta dominus dell'impresa, non solo perché continua nei suoi pieni poteri di gestione e direzione, ma anche perché non si verifica

A ben guardare, comunque, la questione del rapporto tra il concordato preventivo e gli accordi di cui all'art. 182-bis, ancora non sopita, nulla pare incidere sulla natura autonoma della fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

A parere di chi scrive, infatti, pur essendo la possibilità di traslazione una delle caratteristiche strutturali di tale procedura, altre sono le ragioni che fanno propendere a favore della tesi della sua autonomia rispetto al concordato preventivo.

Si consideri, infatti, che, ai fini della legittimazione alla proposizione della c.d. domanda in bianco, il comma 9 dell'art. 161 L.F., richiede dei requisiti particolari, non presenti nella disciplina del concordato preventivo.

Secondo quanto disposto in quella sede, infatti, non è legittimato alla presentazione della domanda di cui al sesto comma il debitore che nei due anni precedenti, pur avendo presentato un precedente domanda con riserva, non sia stato ammesso alla procedura di concordato preventivo o all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione⁶⁸.

Anche la disciplina dettata dal legislatore in tema di amministrazione dell'impresa nella fase successiva al deposito del ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., inoltre, sembra poter giustificare una qualificazione della fattispecie come autonoma rispetto al concordato preventivo.

Secondo quanto disposto dal citato comma 7⁶⁹, infatti, dal deposito del ricorso, e fino al decreto di cui all'art. 163, l'imprenditore può liberamente compiere gli atti di ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, gli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

Ancora, dal momento della concessione del termine, il debitore è tenuto all'adempimento degli obblighi informativi.

Trattasi in questo caso, di effetti propri della fattispecie, diversi da quelli disciplinati nel concordato preventivo e che *“avendo una ragione d'essere autonoma e a se stante, sono destinati a venire meno con efficacia ex nunc”*⁷⁰.

alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato, in quanto i suoi atti non subiscono alcun vincolo ed alcun controllo”;

⁶⁷ Tra gli altri, sostengono, anche dopo le modifiche del 2012 (d.l. n. 83/12, conv. in l. n. 134/12), l'estraneità degli accordi di ristrutturazione dei debiti alle procedure concordatarie: S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, cit., p. 106 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Introduzione*, cit., p. XXVII; R. CUONZO, *op. cit.*, p. 7 ss.; A. Scotti, *op. cit.*, *passim*; M. FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit., p. 1268; E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 188.

⁶⁸ Si riporta il comma 9 dell'art. 161 L.F. :*“La domanda di cui al sesto comma e' inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”*

⁶⁹ Cfr. comma 7 art. 161 L.F. *“Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore puo' compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale puo' assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore puo' altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111”*

⁷⁰ E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, op. cit., p. 14

La presenza di effetti propri della procedura, nonché la mancanza degli elementi procedurali quali la proposta e il piano, fanno, quindi, propendere per assegnare a tale istituto una collocazione autonoma⁷¹.

L'attribuzione a tale fattispecie di una natura autonoma, infine, impone di verificare se tale procedimento possa rientrare tra le procedure concorsuali.

Vi è da segnalare, a riguardo, che il legislatore non fissa una nozione di procedura concorsuale, né, in giurisprudenza si rinvengono pronunce che abbiano “*sviscerato il nodo della nozione di procedura concorsuale*”⁷².

In una recente pronuncia⁷³, tuttavia, la Corte di legittimità, chiamata a pronunciarsi sulla natura degli accordi di ristrutturazione, ha ritenuto decisivi per la collocazione di una procedura tra i procedimenti concorsuali alcuni elementi.

In *primis*, è necessario che il procedimento inizi con il deposito del ricorso presso il Tribunale, da rendere pubblico previa diffusione nel registro dell'impresa.

Affinché, poi, una procedura possa considerarsi di natura concorsuale è necessario altresì che siano stabiliti, a favore del richiedente, meccanismi di protezione temporanea, nonché l'esenzione da revocabilità di atti, pagamenti e garanzia, delle eventuali operazioni compiute sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

In una successiva pronuncia⁷⁴, inoltre, sempre la Cassazione, ha affermato che può riconoscersi natura concorsuale ad un procedimento quando ricorrano tre “*profili minimali*”: “*i) un'interlocazione con l'autorità giudiziaria, in termini protettivi (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva) ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori (sia pure, per alcuni, gli estranei, anche solo per attribuire loro determinate conseguenze); iii) una qualche forma di pubblicità*”⁷⁵.

E' innegabile, quindi, che nella fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F. sussistano tali elementi, dovendo il debitore presentare un vero e proprio ricorso al Tribunale, che conserva un sindacato, seppur ridotto, sull'intera procedura, la quale coinvolge tutti i creditori che devono subire gli effetti protettivi dell'*automatic stay*.

Riconosciuta all'istituto in oggetto la natura di procedimento concorsuale autonomo, pare doversi concludere per l'inopportunità, da un punto di vista formale, delle più utilizzate denominazioni dell'istituto di cui al comma 6 dell'art 161 L.F..

Partendo dalla dizione di concordato in bianco, infatti, tale appellativo pare fuorviante nella parte in cui richiama la figura di un concordato che poi deve essere “riempito” di contenuto, tramite la presentazione della proposta e del piano.

⁷¹ Contro tale tesi D'AIELLO, il concordato con riserva alla prova del Regolamento CE n. 1346/2000, in Dir. Fall., 2014, I, p. 756, che definisce la fattispecie una forma di “concordato preventivo cautelare”

⁷² M.FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in Il fallimento, 2, 2018, p. 293

⁷³ Cass. Civ. 18 gennaio 2018, n. 1182, in Il Fallimento, 3, 2018, p. 285 con nota di FABIANI

⁷⁴ Cass. Civ., 12 aprile 2018, n. 9087, in Il Fallimento, 8-9, 2018, p. 984

⁷⁵ Sul punto cfr. C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una “procedura concorsuale”*: la Cassazione completa il percorso, in Il Fallimento, 8-9, 2018, p. 988

E' possibile pervenire alla stessa conclusione anche per la denominazione concordato con riserva, nella parte in cui sembra far riferimento ad una domanda di concordato in cui il debitore si riserva la possibilità di presentare l'ulteriore documentazione e il piano.

Anche l'espressione pre-concordato non pare calzare all'istituto di cui si discorre nella parte in cui pare riferirsi ad una procedura che si concluda necessariamente e solo con un successivo concordato⁷⁶.

Per riferirsi all'istituto di cui all'art. 161 comma 6, parrebbe così più corretto parlare di procedura meramente "prenotativa"⁷⁷, cogliendo in tal modo la caratteristica della fattispecie di anticipare in modo neutro⁷⁸ gli effetti protettivi che sarebbero propri di una delle due procedure che possono successivamente essere attivate⁷⁹.

Parimenti corretta, inoltre pare la dizione "ricorso con riserva di concordato", nella parte in cui l'operatore intende riferirsi ad una procedura che ha inizio con ricorso, in cui il proponente semplicemente si riserva la possibilità, come alternativa, di presentare un concordato.

In queste ipotesi, la riserva non va riferita quindi alla domanda piena, ma alla possibilità di avviare altre procedure, in attuazione della facoltà di switch⁸⁰.

Le espressioni "riserva di concordato" o "prenotazione di concordato", quindi, sebbene meno utilizzate rispetto a concordato "in bianco" o "con riserva", paiono maggiormente idonee a segnalare che il concordato preventivo "potrà esserci come non esserci"⁸¹ e che, in ogni caso, "esso non è ancora aperto al momento del deposito del ricorso ex art. 161, 6° comma, L. F."⁸²

Le conclusioni di cui sopra, paiono condivise anche da quella giurisprudenza di merito che ha rilevato come il concordato con riserva non può essere qualificato come una procedura di concordato preventivo, in quanto "non vi è un concordato preventivo aperto, posto che il decreto ex articolo 163 non è stato ancora emesso e che il ricorso ex articolo 161 sesto comma potrebbe anche precludere alla presentazione di un accordo di ristrutturazione"⁸³

⁷⁶ Cfr. ARATO, "Il concordato preventivo con riserva", op. cit. pag. 29, che sottolinea come, "deve necessariamente convenirsi che il riferimento a espressioni che diano l'impressione di un qualsiasi collegamento necessario fra la procedura di cui all'art. 161, comma 6, L.F. e il concordato preventivo (o a maggior ragione, che inducono a ritenere che il concordato preventivo con riserva sia un concordato preventivo) non è corretto ed è fuorviante"

⁷⁷ M FABIANI, *Commento sub art. 2221 c.c., Il concordato preventivo*, in Comm. C.C. a cura di Scialoja, Branca, Galgano, Bologna, 2014, 481 e segg. *op. cit.*, 291, che fra le differenti ipotesi, ritiene preferibile la dizione "domanda prenotativa", in quanto essa "meglio esprime il fatto che la domanda prenota, prima ancora che vi siano una proposta ed un piano, gli effetti della domanda 'completa'"

⁷⁸ non impegnativo per il proponente

⁷⁹ Filippo Lamanna *Corretto parlare di concordato in bianco per una domanda proposta "al buio"?* in *Il fallimentarista.it*

⁸⁰ Così Tribunale Pistoia, decreto 30 ottobre 2012 che evidenzia che "Si tratta a ben vedere non di concordato con riserva o con prenotazione, ma di riserva di concordato o prenotazione di concordato, col che si chiarisce che il concordato potrà esserci come non esserci e non si confonde l'intenzione o la dichiarazione di volontà in ordine ad un fatto col fatto stesso".

⁸¹ L'osservazione si deve al Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, cit.

⁸² R. RUSSO "Concordato preventivo - concordato "in bianco" e contratti in corso di esecuzione: il problema resta aperto" in *Giur. It.*, 2015, 3, 650

⁸³ Trib. Reggio Emilia del 6 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*.

Posto ciò, occorre evidenziare che non preciso pare essere stato il legislatore del 2012 nella parte in cui ha disposto, all'art. 161 comma 6 L.F. che, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del medesimo articolo, *“l'imprenditore puo' depositare il ricorso contenente la domanda di concordato”*.

Parimenti non precisa, inoltre, pare essere stata la relazione al disegno di legge di conversione del Decreto-Legge 2012, N. 83, nella parte in cui, relazionando sulla *“Domanda di concordato anticipata e atti di ordinaria e straordinaria amministrazione”*, segnala che *“con la lettera b) dell'articolato si dà all'imprenditore, sul modello del chapter 11 del Bankruptcy code americano, la facoltà di depositare un ricorso contenente la mera domanda di concordato preventivo, senza la necessità di produrre contestualmente alla stessa la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione richiesta dal secondo e terzo comma dell'articolo 161”*.

3. La ratio e la collocazione sistematica

Negli atti preparatori alla legge di conversione del D.l. 22 giugno 2012, n. 83⁸⁴, è possibile leggere che *“l' articolo 33 (...) è diretto a migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, in modo da incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi”*.

Con l'istituto di cui al comma 6 dell'art 161 L.F., così, il legislatore ha voluto proteggere il patrimonio dell'imprenditore⁸⁵ in virtù della proposizione

⁸⁴ Schede di lettura n. 660/3 del 10 ottobre 2012,

⁸⁵ La funzione dell'istituto in esame appare evidente dalla lettura dell'art. 168 L. F., che fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. La pubblicazione del ricorso sul registro delle imprese comporta, altresì, la sterilizzazione delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla medesima pubblicazione, rispetto ai creditori anteriori al concordato, il blocco degli interessi, l'applicazione della regola dell'opponibilità degli atti *ex art. 45 L. F.*. Inoltre, se il debitore è una società, sino all'omologazione non si applicano le norme sulla riduzione del capitale per perdite (artt. 2446, commi secondo e terzo e 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, c.c.) e sulla riduzione al di sotto del minimo legale (artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.), non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale *ex artt. 2484, n. 4, e 2545- duodecies* c.c. e resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'art. 2486 c.c. con limitazione del potere di

della semplice domanda, impedendo che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza e promuovendo la prosecuzione dell'attività dell'imprenditore⁸⁶.

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., è sicuramente ispirata a modelli transfrontalieri.

In particolare, approfondendo la nuova domanda con riserva, come già detto, non possono non evidenziarsi le analogie con le procedure di *reorganization* del *Chapter 11* statunitense, soprattutto per gli effetti di *automatic stay* che seguono alla pubblicazione della domanda in bianco.

In realtà, nella disciplina delle procedure concorsuali italiane lo “*stay*” delle azioni esecutive e cautelari non è una novità, essendo già previsto dall'art. 168 L.F.⁸⁷, nonché dall'art. 182-bis L.F.⁸⁸.

In questi casi, tuttavia, il blocco delle azioni individuali presuppone il raggiungimento di un accordo con i creditori, anche se non con la totalità, purché siano titolari della maggior parte dei crediti.

Con la riforma del 2012 e la conseguente introduzione nel nostro ordinamento del ricorso con riserva, quindi, la vera novità non riguarda la natura degli effetti conseguenti all'avvio della procedura, ma la circostanza che tali effetti si conseguano in *automatic*⁸⁹, con la mera pubblicazione della domanda.

Con tale istituto, il legislatore italiano, quindi, ha voluto garantire all'imprenditore, che rapidamente fa emergere lo stato di crisi, il tempo necessario alla predisposizione di un piano, possibilmente di ristrutturazione, ponendolo a riparo dalle azioni dei creditori⁹⁰.

gestione degli amministratori ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 182-*sexies*, L. F.).

⁸⁶ Relazione al D.l. n.83/2012. Il legislatore ha preso atto che molto spesso l'imprenditore in difficoltà non riesce a predisporre tempestive misure di superamento della crisi per la pressione cui è sottoposto da parte dei creditori più aggressivi. Contra S. AMBROSINI *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, secondo cui “*la legge vuole valorizzare le soluzioni alternative al fallimento in quanto tali, quand'anche orientate in senso liquidatorio, come conferma il fatto che gli effetti protettivi si verificano allo stesso modo non solo per i concordati “con continuità aziendale”, ma anche per quelli di tipo “liquidatorio”*”. Sul punto V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)* in *Rivista delle Società*, fasc.6, 2013, pag. 1162

⁸⁷ Si riporta l'art. 168 L.F. che al primo comma dispone che “Dalla data della *pubblicazione del ricorso nel registro delle Imprese* e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

⁸⁸ Il 3 comma dell'art. 182-bis L.F. dispone infatti che “Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, *ne' acquisire titoli di prelazione se non concordati*. Si applica l'articolo 168, secondo comma.

⁸⁹ MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il decreto sviluppo: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, p. 433, secondo cui la vera novità importata dell'ordinamento statunitense è “la previsione che l'effetto protettivo possa oggi essere conseguito...con una domanda in bianco

⁹⁰ TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 6-7; nonché M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1052 e 1053. Sulle

Pur essendo il fine perseguito identico a quello cui tende l'ordinamento nord americano, in questa sede non può non evidenziarsi che i due legislatori sembrano partire da concezioni diverse.

L'ordinamento statunitense, infatti, mira ad assicurare la salvezza dell'impresa, in quanto ritiene che la stessa assume un valore intrinseco, c.d. *going concern value*⁹¹, solo fin tanto resti unita.

Proprio il riconoscimento dell'esistenza di un siffatto valore e la conseguente necessità di approntare una tutela ha spinto, quindi, il legislatore nord americano a disciplinare la procedura di *reorganization* stabilita nel *Chapter 11*⁹².

Nella fattispecie presente nell'ordinamento italiano, invece, la salvezza dell'impresa dipende dalla tutela di interessi esterni.

In primo luogo, storicamente, si fa riferimento agli interessi di cui sono portatori i creditori.

Con riferimento a quest'ultimi, infatti, si fa notare come, in particolare nelle imprese in cui la ricchezza patrimoniale deriva da risorse immateriali legate alla competenze delle risorse umane, al portafoglio clienti, alla conoscenza dei mercati, un'eventuale liquidazione possa ridurre o addirittura azzerare il valore degli attivi di bilancio, lasciando una massa insufficiente rispetto alle attese dei creditori sociali⁹³.

finalità perseguite dal legislatore, illuminante pare quanto affermato nella relazione governativa al disegno di legge di conversione del d.l. n. 69/2013, che riferendosi alle finalità che hanno ispirato l'introduzione dell'istituto del cosiddetto concordato in bianco, sottolinea che esse sono *“rappresentate dall'anticipazione degli effetti protettivi del patrimonio dell'impresa in crisi a prescindere dalla elaborazione della proposta o del piano”*

⁹¹ Ne è parte sicuramente il valore di avviamento, che tuttavia non esaurisce il concetto. Con tale definizione ci si riferisce all'insieme delle relazioni che un'impresa operante sul mercato intreccia con i fornitori, gli acquirenti etc, di cui paradossalmente fanno parte anche i creditori. Il concetto ricomprende il valore di avviamento, ma non si riduce ad esso. Sul Tema B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2010, p. 621, afferma: *“il going concern value dell'impresa viene ad essere definito come il valore che un nuovo soggetto sarebbe disposto a pagare per mantenere in vita il nesso di relazioni già esistente all'interno di un'impresa”*

⁹² B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, op. cit., p. 598. Si segnala, comunque che la *House Report* e la dottrina americana, inoltre, nel commentare la disciplina dell'*automatic stay*, insieme alla finalità di concedere al debitore il tempo necessario per predisporre un piano di risanamento senza subire l'aggressione dei creditori (*«breathing spell from his creditors»*), riconoscono anche la funzione, tipica delle procedure concorsuali di tutto il mondo, di realizzare la concorsualità fra i creditori, garantendo, contemporaneamente significativi risparmi, in termini di costi, rispetto alle eventuali azioni esecutive individuali (*«the automatic stay also provides creditor protection»*). Così: *House Report* no. 95-595, 1978, U.S.C.C.A.N., 6296-6297. Condividono D.R. Cowans, *Cowans Bankruptcy Law and Practice*, 2, cit., p. 301 ss.; C.J. Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 2a ed., cit., p. 244; W.D. Warren, D.J. Bussel, *Bankruptcy*, 8a ed., cit., p. 179; L. G. Picone, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, cit., p. 76.

⁹³ A questo si aggiunge che molto spesso, poiché i beni immateriali non sempre sono iscritti regolarmente in bilancio, a causa della mancanza di requisiti tecnici come identificabilità, controllo, misurazione dei benefici economici futuri, l'eventuale liquidazione atomistica dell'impresa in crisi, ha come effetto quello di far sparire definitivamente quelle che sono delle

Di contro, un piano di risanamento efficace e ben preparato, o un accordo di ristrutturazione ben ponderato, consente alle imprese in crisi di valorizzare le risorse invisibili, allo scopo di trarne benefici futuri.

Che la tempestiva emersione della crisi abbia effetti positivi per i creditori, è una conclusione valida anche nelle ipotesi in cui dallo stato di crisi non sia possibile uscirne con un risanamento ma con una semplice liquidazione.

In tali ipotesi, infatti, la tempestiva emersione della crisi e la sua gestione all'interno di un ambiente istituzionale protetto, può incidere sulle possibilità di offrire ai creditori proposte soddisfattive normalmente migliori rispetto a quelle realizzabili in uno stadio avanzato di decadimento economico finanziario e di erosione del patrimonio netto aziendale⁹⁴.

Non si nega, inoltre, che nella disciplina di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. s.s. sia possibile intravedere anche un certo *favor debitoris*⁹⁵.

Ai sensi del comma 7 dello stesso 161, infatti, dal momento del deposito del ricorso, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del tribunale, ma può liberamente compiere quelli di ordinaria amministrazione.

Tale previsione normativa è sicuramente volta ad agevolare l'imprenditore nella ripresa della sua attività non distogliendolo, per quanto possibile, dalla gestione dei propri affari.

Con la domanda con riserva, quindi, l'imprenditore, pur ottenendo protezione, continua ad essere libero di gestire l'impresa alla ricerca degli utili con cui soddisfare i creditori ma anche delle risorse da destinare a quei fattori produttivi⁹⁶ che possono generare nuova ricchezza.

Non tanto all'imprenditore, ma all'interesse dell'impresa in quanto tale, invece, sembra indirizzata la previsione di cui all' art. 161 comma 7 L.F., nella parte in cui si prevede che i crediti sorti in conseguenza degli atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso contenente la domanda prenotativa, siano prededucibili ai sensi del 111 L.F.⁹⁷.

risorse invisibili. Sul tema A. PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, 9, 1037

⁹⁴ Cfr. PANZANI, *Il concordato in bianco*, § 1. in *Il Fallimentarista.it* in cui si legge che “*grazie all'art. 161, comma 6o, non vi sono, ora, più scuse per ritardare il doveroso intervento per la risoluzione della situazione di crisi in cui si trova l'impresa; dotato dello strumento per un intervento tempestivo, l'imprenditore ha ora anche l'onere, se non addirittura l'obbligo, di farne uso, nell'interesse (anche) dei suoi creditori*”. Contra V. TAVORMINA, *Contratti bancari e preconcordato*, in *www.judicium.it*, secondo il quale “*il preconcordato rileva solo come possibilità di anticipare ancora di più (visto che basta di meno per aprirlo) la paralisi dei creditori e di trascinare perciò ancora di più (per un tempo addirittura indefinito, se non si oppone almeno il 50% dei creditori) l'attività dell'imprenditore insolvente*”.

⁹⁵ In questo, il legislatore italiano persegue quanto indicato nel Piano d'azione imprenditorialità 2020 COM(2012) del 9 gennaio 2013, rivolto dalla Commissione agli Stati membri della UE, in cui si invitano gli stati a intervenire per rimuovere gli ostacoli che attualmente impediscono la creazione e la crescita delle imprese, attraverso, anche le “*procedure fallimentari e seconda opportunità per gli imprenditori onesti*”

⁹⁶ Materie prime e lavoro

⁹⁷ Cfr. F. MARELLI, *Domanda di concordato presentabile «con riserva»*, in *Guida al Diritto*, 14.07.2012, n. 29, p. 34 ss.; F. FALDI, *Il nuovo c.d. pre-concordato è davvero in bianco?*, in *Diritto24*, 26 novembre 2012 ; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2012, *op. cit.*,

Tale norma, infatti, risponde all'esigenza di incentivare gli *stakeholders* a non interrompere i rapporti con l'impresa in crisi, durante il periodo in cui questa, che sta predisponendo il piano e la proposta, potrebbe pagare lo scotto dell'aver reso pubblico il proprio stato di crisi.

A questi interessi di natura privatistica, inoltre, se ne affiancano altri di natura pubblicistica, tra cui quello al mantenimento dei livelli occupazionali, nonché la necessità di evitare reazioni a catena che potrebbero pregiudicare l'andamento dell'economia nazionale⁹⁸.

Trattasi di interessi, questi pubblicistici, tutelati già in sede europea. Come fatto recentemente osservare anche dalla Commissione UE⁹⁹, infatti, una disciplina che favorisce un'emersione tempestiva della crisi dell'impresa, supporta il commercio e gli investimenti, aiuta a creare e preservare posti di lavoro, e aiuta le economie, che assorbono più facilmente shock economici.

Da un punto di vista normativo, quindi, è possibile evidenziare il naturale coordinamento della disciplina di cui agli art. 161 comma 6 L.F. con i valori costituzionali legati alla libertà d'iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost, nonché all'art. 4 Cost.

Da un punto di vista sistematico è possibile collocare l'istituto di cui al comma 6 dell'art. 161 tra le soluzioni anticipate e concordate della crisi¹⁰⁰.

Anche la fattispecie di cui si discorre, infatti, è finalizzata al superamento della crisi o la gestione dell'insolvenza secondo modalità alternative a quelle derivanti dalla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, attraverso il raggiungimento di un accordo tra debitore e creditore, da perseguirsi però in tempi certi.

Presupposto anche di tale fattispecie, quindi, è il convincimento che una soluzione di mercato sia più efficace e soddisfacente rispetto a una soluzione imposta per via giudiziale¹⁰¹.

⁹⁸Sul tema I. L. NOCERA *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa* in Dir. Fall., 2014, 3-4, 10401. Storicamente si faceva riferimento anche all'interesse dello Stato alla tranquillità dei traffici e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa insolvente potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi. Sul tema SALANITRO, *Capitalizzazione e crisi economica*, in Banca, borsa, 2010, I, 126; G. MINERVINI, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in Giur. comm., 1977, I, 691; D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in Giur. comm., 2001, II, 411.

⁹⁹ Cfr. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU del 22 novembre 2016

¹⁰⁰ V. DONATIVI, *Requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., afferma che la disciplina è ispirata alla volontà "ampiamente condivisa e rispondente ad opzioni di sistema già sperimentate con successo in altri ordinamenti — di privilegiare soluzioni "anticipate" e "concordate" della crisi (perseguite con gli istituti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti) a scapito del fallimento, relegato al ruolo di procedura concorsuale quasi residuale cui ricorrere quando la situazione è ormai definitivamente compromessa"

¹⁰¹ VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, 2013 Giuffrè, Milano, p. 5 nota che "l'introduzione dell'automatic stay conseguibile con la presentazione di una domanda di concordato sprovvista di piano, proposta e relazione attestatrice è esplicitazione evidente della rinnovata intensità delle forme di tutela riconosciute all'imprenditore in crisi". I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi*

Occorre tuttavia segnalare, che, sebbene l'accordo tra debitore e creditore sembra maggiormente soddisfare gli interessi in gioco, è anche vero che lasciare l'intera iniziativa al debitore, cioè colui che è interessato a fare i conti con la propria situazione debitoria il più tardi possibile, potrebbe ingenerare un rallentamento della soluzione della crisi.

In quest'ottica, il legislatore con l'istituto di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., ha cercato di conciliare le due esigenze, quello dell'impresa, maggiormente disponibile ad una libertà di tempi e di forme, e quello dell'ordinamento giudiziale, che è ispirato alla processualità della formazione delle decisioni, attento più a far rispettare e tutelare i diritti che a meri ragionamenti quantitativi di ottimizzazione di tempi e risorse¹⁰².

In quest'ottica, quindi, nell'ambito delle procedure concordate della crisi, la fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. si caratterizza per perseguire un'ulteriore accelerazione della soluzione della crisi, da realizzarsi, tuttavia, non velocizzando i singoli adempimenti del procedimento, ma operante sotto il profilo della tempestiva emersione della stessa.

Quest'ultima, nel procedimento di cui si discorre, non è stata conseguita attraverso il ricorso a strumenti di prevenzione esterni, così come sono le misure c.d. di allerta disciplinate nell'ordinamento statunitense, né tramite strumenti di pressione¹⁰³.

In tale fattispecie, invece, la tempestiva emersione della crisi, viene perseguita attraverso incentivi indiretti, costituiti dall'ombrello protettivo dell'*automatic stay*.

4. La struttura: fase essenziale e fase eventuale

al contratto sulla crisi d'impresa, Dir. Fall., 2014, 3-4, 10401 che parlando delle riforme fallimentari degli ultimi anni fa notare che “ *Un tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale è infatti sicuramente rintracciabile nell'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo, in quanto costituisce una delle maggiori cause di rallentamento e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese*”

¹⁰² Tali esigenze sono indicate in A.PATTI *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fallimento* 9/2010, p. 1087

¹⁰³ Anche queste previste negli Stati Uniti nel § 1121 Bankruptcy Code che prevede che i creditori possano assumere il controllo dell'impresa in crisi attraverso la loro legittimazione, concorrente e successiva a quella del debitore, alla presentazione del piano di ristrutturazione, perché i fornitori loro malgrado del capitale di rischio dei creditori

Da un punto di vista della struttura, la fattispecie prevista dall'art. 161, comma 6 L.F., si sviluppa in due fasi¹⁰⁴.

La prima, necessaria, si caratterizza per il deposito di una domanda con cui l'imprenditore annuncia l'intenzione di accedere alla procedura di concordato preventivo oppure di voler concludere un accordo di ristrutturazione dei debiti, con conseguente pubblicazione nel competente Registro delle imprese e comunicazione al pubblico ministero.

La seconda, che è eventuale, si traduce nel deposito della proposta concordataria e del piano destinato a darvi esecuzione oppure dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, con successiva adozione, a seconda dell'opzione scelta, del provvedimento di ammissione, approvazione ed omologazione¹⁰⁵.

Si tratta a questo punto di analizzare i rapporti tra le due fasi, per verificare se queste si atteggino quali fasi endoprocedimentali di un unico procedimento o se le stesse diano vita a due procedimenti autonomi e distinti.

In questa seconda ipotesi, cioè, il ricorso presentato dal debitore e recante la "domanda" al tribunale assumerebbe il ruolo di atto di impulso di un primo procedimento destinato a concludersi con la concessione (o la negazione) del termine, a cui seguirebbe un nuovo atto d'impulso, consistente nella presentazione della proposta entro il termine fissato dal giudice, che darebbe luogo a un secondo procedimento destinato a chiudersi col decreto di apertura (o di rigetto) della procedura di concordato preventivo¹⁰⁶.

In tale caso, quindi, il ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. avrebbe ad oggetto esclusivamente la richiesta di concessione di un termine per la proposizione di una futura domanda di concordato preventivo (o di omologa di un accordo di ristrutturazione).

Sul tema, pare corretto ravvisare un'unicità del procedimento, dovendosi identificare nel ricorso introduttivo l'unico atto giurisdizionale depositato dalla parte¹⁰⁷.

Milita a favore di tale conclusione la constatazione che la norma espressamente si limita a prevedere che nel termine fissato dal tribunale, l'imprenditore deve depositare la proposta, assieme al piano e alla documentazione ivi indicata.

¹⁰⁴ P. VELLA, *L'ammissione al concordato preventivo con riserva* in *Fallimento*, 2013, 1, 73

¹⁰⁵ Tribunale Napoli decr. 31 ottobre 2012; PAJARDI, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Pauluchoswki, Milano, 2013, pp. 1903 s.s.

¹⁰⁶ Fatta salva la possibilità di *switch*

¹⁰⁷ P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, *Il Fallimento* 1/2013, p. 84. Ritengono il ricorso ex art. 161 comma L.F. unico atto giurisdizionale della procedura anche ex ceteris, Trib. Terni 8 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 708; Trib. Perugia 4 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 702, qui commentata; Trib. Palermo 2 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 698, parimenti qui commentata; Trib. Mantova 27 settembre 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Benevento 26 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 696; Trib. Bolzano 25 settembre, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 706; Trib. Oristano 25 settembre 2012, in www.osservatoriooci.org, 2012, Ms. n. 689; Trib. Cagliari 20 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 686; Trib. Velletri 18 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 678; Trib. Ancona 17 settembre 2012, in www.osservatoriooci.org, 2012, Ms. n. 687. Contra Tribunale Pistoia 30 ottobre 2012 www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 736

Manca così testualmente un riferimento ad un nuovo e ulteriore ricorso o atto giurisdizionale da presentare.

A favore della tesi dell'unicità del procedimento, inoltre, sembra propendere anche la lettura del comma 6 dell'art. 161 L.F., nella parte in cui prevede che l'“*imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato*”.

Si è già chiarito¹⁰⁸ che quella che l'imprenditore presenta non è una domanda di concordato preventivo, stante la diversità ontologica tra quest'ultima e la fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., ma quello che ai nostri fini interessa è che il legislatore prevede comunque che l'imprenditore non si limiti a presentare una richiesta di un termine, ma richiede l'accesso ad una procedura.

Ma anche analizzando quanto disposto dall'art. 182-quinquies L.F., pare trovare conferma la conclusione dell'unicità strutturale del procedimento.

Il primo comma della norma sopra citata, infatti, prevede la possibilità di essere autorizzato dal tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 per chi “*presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo*”.

Anche in questo caso, il legislatore pare escludere che il contenuto del ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., si limiti ad una mera richiesta di un termine per avviare una diversa procedura concorsuale¹⁰⁹.

La tesi dell'unicità, pare altresì confermata da quella teoria, elaborata dalla dottrina in tema di concordato preventivo, relativa alla distinzione tra piano, proposta e domanda.

Per tale indirizzo, infatti, posto che la domanda attiene al processo e attiene al momento volitivo, la proposta attiene al contenuto negoziale e investe il profilo propositivo e il piano afferisce al profilo argomentativo, ed indica il modo in cui si ritiene realizzabile la proposta¹¹⁰.

Sul piano ermeneutico, quindi, è possibile pervenire alla conclusione che, nel caso della fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., non si avrebbero due distinte domande, ognuna deputata ad aprire un distinto procedimento, ma piuttosto un'unica domanda, che assume la forma del ricorso e che è seguita da una produzione documentale interna all'unico procedimento già aperto¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. il § 1.2. del presente Capitolo

¹⁰⁹ Si segnala che militano a favore di tale conclusione anche l'attuale comma 5 dello stesso art. 182-quinquies, nella parte in cui prevede che il “*debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato... a pagare crediti anteriori.*”, nonché l'art. 182-sexies, nella parte in cui al comma 1 dispone che “*dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, non applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile ...*”

¹¹⁰ M. FABIANI, *Vademecum*, op. cit.; La tesi è presente anche in A. RUOTOLO e D. BOGGIALI *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100-2013/I, Consiglio Nazionale del Notariato

¹¹¹ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, *Rivista delle Società*, fasc.6, 2013, pag. 1162

Pervenuti a tale conclusione, qualche autore ha approfondito le modalità con cui, sul piano strettamente processuale, il debitore, presentando un'unica domanda, si riserva la possibilità di *switch* prevista dall'art. 161 comma 6 L.F..

La proposizione della domanda alternativa - perché di vera e propria domanda giudiziale si tratta - è potenzialmente contenuta nel ricorso introduttivo del procedimento di concordato con riserva e diviene attuale all'atto e per effetto dell'esercizio della facoltà di scelta del ricorrente¹¹².

Si tratterebbe, in questo caso, di una deroga alla regola del divieto della "*mutatio libelli*"¹¹³, non diversamente da quel che avviene allorché, ai sensi dell'art. 1453, c.c., la parte adempiente, in caso di inadempimento dell'altra parte, "*può a sua scelta chiedere l'adempimento o a risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive*"¹¹⁴.

Anche nell'ipotesi di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., *lo ius variandi* si giustifica, infatti, con il fatto che le due opzioni, la presentazione del piano e della proposta di concordato e il deposito dell'accordo ex art. 182-bis, conducono a risultati coordinati e convergenti dal punto di vista dello scopo¹¹⁵.

¹¹² A, DIMUNDO, *Accordo di ristrutturazione e domanda prenotativa. I reciproci effetti*, in Il Fallimento, 10/2014, p. 1025

¹¹³ Deroga che il legislatore, a certe condizioni, potrebbe introdurre nell'ordinamento a tutela dell'interesse della parte agente in giudizio, che sia meritevole di una particolare tutela. In proposito la sentenza Cass. n. 9236/2012, ha evidenziato che "*si ha mutatio libelli quando si propone una domanda obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo un petitum diverso e più ampio oppure una causa petendi fondata su differenti situazioni giuridiche; si ha invece una semplice emendatio, quando si incida sulla causa petendi, risultando modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto oppure sul petitum, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto soddisfacimento della pretesa fatta valere*" (in termini sostanzialmente analoghi cfr., ancor più di recente, Cass. n. 19958/2013; Cass. n. 9266/2010; Cass. n. 17457/2009; Cass. n. 26905/2008; Cass. n. 21017/2007; Cass. n. 9522/2007; Cass. n. 7579/2007; Cass. n. 4034/2007; Cass. n. 14961/2006; Cass. n. 26079/2005; Cass. n. 21354/2005; Cass. n. 20683/2005; Cass. n. 4465/1995)

¹¹⁴ Com'è noto, la particolarità della disciplina in esame è di permettere la modifica della domanda in corso di causa (il cosiddetto *ius variandi*) all'attore, il quale, pur avendo iniziato la controversia con una domanda di adempimento del contratto, può sempre "trasformare" la sua richiesta chiedendo la risoluzione del contratto. Alla base di questo orientamento vi è la convinzione che la facoltà concessa dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ. al contraente non inadempiente di mutare l'originaria domanda di adempimento in quella di risoluzione, apporti una vistosa eccezione - come tale di stretta applicazione - alla regola del divieto assoluto di modifica della domanda, che cala all'esito dell'udienza di trattazione della causa o della sua propaggine rappresentata dalla memoria ex art. 183 cod. proc. civ.

¹¹⁵ Cfr. con Cass. 29-11-2011, n. 15171 che in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1453 segnala che "*Nei contratti con prestazioni corrispettive, i due rimedi in parola - pur presentando diversità di petitum - mirano a realizzare lo stesso interesse del creditore insoddisfatto, consistente nell'evitare il pregiudizio derivante dall'inadempimento della controparte*". Sulla questione D. GIGLIO *La sorte della domanda di risarcimento del danno ex art. 1453 cod. civ. nella modifica della domanda in corso di causa: le sezioni unite pongono fine ai contrasti* in Giureta Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente Vol. XII 2014, p. 186

5. I soggetti coinvolti: il debitore richiedente

Il 6 comma dell'art. 161 L.F. si limita a individuare semplicemente nell'imprenditore, colui che può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente all'altra documentazione ivi indicata, con riserva di presentare la proposta il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo.

Tale scarna previsione obbliga l'interprete a verificare quali requisiti debba possedere chi intende accedere alla procedura della riserva di concordato.

Partendo dalla struttura della fattispecie, e avendo nel paragrafo precedente affermato l'unicità della stessa, composta da due fasi endoprocedimentali, non può non affermarsi che i soggetti che possono presentare domanda ex comma 6 dell'art. 161 L.F., devono avere gli stessi requisiti soggettivi che il legislatore prevede debbano avere gli imprenditori che vogliano accedere ad un concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione ex art.182-bis L.F..

Alla luce di quanto sopra affermato, quindi, si deve ritenere legittimato alla presentazione del ricorso con riserva ex art. 161 comma 6 L.F., l'imprenditore commerciale che abbia le dimensioni indicate dal comma 2 dell'art. 1 L.F..

Fatta tale enunciazione di principio, tuttavia, corre l'obbligo di evidenziare che, secondo parte della dottrina, alcuni imprenditori che non sono soggetti alle norme sul concordato preventivo, sarebbero comunque legittimati ad accedere alla procedura di cui all'art. 182 L.F..

Di tali soggetti sarebbe necessario valutarne la legittimazione alla presentazione del ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L.F., tenendo conto che uno degli sbocchi possibili di tale ultima procedura è proprio la fattispecie di cui all'art. 182-bis L.F..

Occorre a questo punto individuare quali soggetti, pur non possedendo i requisiti di cui all'art. 1 L.F., potrebbero essere considerati legittimati ad accedere alla procedura degli accordi di ristrutturazione.

La verifica, non può non iniziare dalla figura dell'imprenditore agricolo, in considerazione del fatto che l'art. 23 comma 43 del D.l. 6 luglio 2011, n.98¹¹⁶

¹¹⁶ Il comma 43 dell'art. 23 del D.l. dispone che “*in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bi e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*”. Sul tema P. VALENSISE, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, op.cit., p.691; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in Trattato di diritto privato(diretto da) BESSONE, XXV, Giappichelli, Torino, 2012; E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive(o involutive) nella composizione negoziale*

ha espressamente previsto che l'imprenditore agricolo in crisi possa accedere anche¹¹⁷ alla procedura di cui all'art. 182-bis L.F.¹¹⁸.

In secondo luogo, va segnalato che, qualche interprete¹¹⁹ ritiene legittimati ad avvalersi della procedura degli accordi di ristrutturazione, soggetti come le imprese di investimento, le società di gestione del risparmio e le Sicav¹²⁰.

In merito a tali ultimi soggetti, non essendo questa la sede per valutarne la legittimazione alla proposizione di un accordo di ristrutturazione, è possibile affermare che pur volendo, per ipotesi, aderire alla tesi di chi ritiene l'accordo ex art. 182-bis presentabile anche da soggetti che non possiedono i requisiti indicati dall'art. 1 L.F., gli stessi non potranno comunque essere considerati legittimati alla presentazione di un ricorso ex art. 161 comma 6 L.F..

A favore di questa conclusione, infatti, milita la particolare struttura della fattispecie di cui si discorre, caratterizzata da quella possibilità di scelta tra la presentazione della proposta di concordato o di un accordo, che, nelle ipotesi dell'imprenditore agricolo o delle Sicav, Sim, SGR, per questioni logiche e di forma, non potrebbe esercitarsi, posta la riconosciuta mancanza, in capo a tali soggetti, della facoltà eventualmente di depositare un piano e una proposta di concordato.

Per gli stessi motivi¹²¹, non può presentare ricorso ex art 161 comma 6 l'impresa c.d. *start-up* innovativa, da individuarsi nella società di capitali le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un

della crisi: dal tramonto del dogma della non fallibilità alle prospettive de iure condendo, in Nuove leggi civili comm., 2012, 877

¹¹⁷ Si ricorda che ai sensi dell'art. 7, comma 2-bis della legge 27 gennaio 2012, n. 3 "Ferma l'applicazione del comma 2, lettere b), c) e d), l'imprenditore agricolo in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di composizione della crisi secondo le disposizioni della presente sezione".

¹¹⁸ sul rapporto tra la nuova procedura di composizione della crisi ex L. n. 3/2012 e gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., FRASCAROLI SANTI, *Commento sub. Art. 182-bis L. F.*, in *Commentario alla legge fallimentare* MAFFEI ALBERTI (a cura di), VI ed., 2013, p. 1235, segnala che la possibilità di procedere ad un accordo di composizione della crisi non "possa costituire un elemento preclusivo per l'accesso agli accordi di ristrutturazione, in quanto il presupposto soggettivo cui si riferisce l'art. 182-bis è genericamente l'imprenditore in crisi". In senso conforme CAIAFA, *La crisi da sovra indebitamento: la disciplina specifica per l'imprenditore agricolo*, in www.anticrisi.net; PANZANI *La composizione della crisi da sovra indebitamento dopo il D.l 179/2012*, in www.treccani.it

¹¹⁹ Favorevolmente si esprime Trib. Bologna 17 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, p.594, con nota di BONFATTI, *Pluralità di parti ed oggetto dell'accertamento del Tribunale nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L. F.. Possibilista anche E. FRASCAROLI SANTI Le altre procedure concorsuali: Volume IV, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*,(diretto da) VASSALLI, LUISO,GABRIELLI, Giappichelli, Torino, 2014 p. 481

¹²⁰ Contra P. VALENSISE, *Il concordato preventivo e gli accordi di Ristrutturazione*, op. cit. p. 692; F. INNOCENTI, *Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi d'impresa*, in *Dir.fall.*, 2007,I, 917 , p.930; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ipsoa, Milano 175; G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 74 s.s.; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. pag.38

¹²¹ Stante la previsione dell'art. 31 del D.l. 18 ottobre 2012, n.179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221 che prevede testualmente che "La start-up innovativa non e' soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3"

mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione che possiede i requisiti di cui al comma 2 dell'articolo 25 del D.l. 18 ottobre 2012.

Si dicute, invece, sulla possibilità per l'imprenditore cessato di presentare il ricorso di cui si discorre, atteso il dibattito non ancora sopito sull'eventualità che lo stesso possa presentare domanda di accesso al concordato c.d. "pieno"¹²².

Milita a favore della conclusione negativa la circostanza che chi cessa l'attività d'impresa non è più imprenditore¹²³.

A seguito del D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, T.U. in tema di società a partecipazione pubblica, inoltre, pare doversi includere, tra i soggetti legittimati a ricorrere ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L.F, la c.d. società in mano pubblica.

L'art. 14 del medesimo decreto, rubricato *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, infatti, dispone oggi testualmente che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul concordato preventivo¹²⁴.

Si precisa, inoltre, che si reputa legittimata a presentare il ricorso con riserva¹²⁵, oltre che la società a partecipazione pubblica, anche la società *in house*, nonostante il dato letterale della norma si riferisca solo alla prima¹²⁶.

¹²² Sulla questione, sono a favore della legittimazione dell'imprenditore cessato alla presentazione del ricorso ex art. 160 L.F. : BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in Commentario Sciaiola-Branca. Legge Fallimentare, a cura di BRICOLA, GALGANO, SANTINI, Zanichelli-IL foro Italiano, Bologna-Roma, 1979 p.15; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013, p. 1052; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell'impresa in Crisi*, in Dir. Fall. 2008, p. 855; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in trattato di diritto commerciale,(diretto da G. Cottino), Cedam, Padova, 2008 p. 19. Contro M. SANDULLI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, op.cit. pag. 19; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Il fallimento*, 2006, p. 98

¹²³ Si segnala che nel caso specifico, non risulta applicabile l'art 10 L.F. dettato in tema di fallimento. Cfr. Sandulli, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, op.cit.; tale conclusione è presente anche in Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fall. 2006*, p.56, che evidenzia che l'imprenditore cessato non può proporre domanda di concordato preventivo poiché le disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 L.F. hanno natura eccezionale e non sono suscettibili di applicazione estensiva o analogica; contro V.PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fall.*, 2006, p. 1009, che ritiene che l'art. 10 L.F. contenga un principio generale applicabile anche al concordato; FORTUNATO, *I presupposti e le condizioni di ammissibilità della procedura di concordato preventivo: requisiti soggettivi e oggettivi e cause di improcedibilità o inammissibilità anche alla luce dei primi orientamenti giurisprudenziali*, in Atti del convegno sulla "Riforma del fallimento e delle altre procedure concorsuali", tenuto a Milano in data 24 febbraio 2006

¹²⁴ Si riporta l'art. 14 del D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 T.U. "*Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*"

¹²⁵ Pare fuor di dubbio che tali società siano legittimate ad accedere alla procedura ex art. 182-bis L.F.. Questo a prescindere dalla natura che si voglia attribuire a tale fattispecie. Qualora si ritengano gli accordi di ristrutturazione dei debiti, species del procedimento concordatario, infatti, la società a partecipazione pubblica sarebbe legittimata ai sensi dell'art. 14 T.U.; qualora si volesse aderire alla tesi opposta della natura negoziale degli accordi ex art. 182-bis L.F., invece, si dovrebbe convenire che l'unico requisito richiesto è la natura commerciale dell'attività d'impresa. Così in FIMMANÒ *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del testo unico*, in *Fallimento*, 2017, 2, 161; nello stesso senso G.RACUGNO, *Sub Art. 14*, in G. Meo - A. Nuzzo (a cura di), *Commentario al Testo Unico*, Bari, 2016, p. 202

Illuminante, appare essere, infatti, quanto si legge nella relazione illustrativa all'art. 14 del D.l. n. 175 del 19 agosto 2016¹²⁷, laddove si afferma la volontà del legislatore, in materia di crisi, di non perseguire discipline differenziate a seconda del tipo di società¹²⁸.

Al requisito soggettivo di natura qualitativa, se ne aggiungono altri, di natura che potremmo definire quantitativa, che il ricorrente ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L.F. deve possedere.

Ci si riferisce in questo caso alle c.d. soglie previste dal comma 2 dell'art. 1 L.F. .

Può presentare, quindi, un ricorso con riserva di presentare il piano, la proposta e l'ulteriore documentazione indicata dal legislatore, l'imprenditore commerciale che dimostri di possedere almeno uno dei seguenti requisiti:

- avere avuto nei tre esercizi precedenti la data del deposito del ricorso, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo superiore ad euro trecentomila
- aver realizzato, nei tre esercizi precedenti la data del deposito del ricorso, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro duecentomila
- avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, superiori ad euro cinquecentomila

Delineati quelli che sono i requisiti soggettivi che deve avere colui che ha intenzione di depositare un ricorso ex art. 161 comma 6 L.F., occorre a questo punto analizzare quello che è considerato il requisito oggettivo, previsto dall'art. 160 L.F., norma che dispone che l'imprenditore può proporre ai propri creditori un concordato preventivo, quando si trova in stato di crisi.

¹²⁶ L'art. 2 T.U. in tema di società a partecipazione pubblica definisce al comma 1 lett.n. la società a partecipazione pubblica come la società "a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico" distinguendola dalla società *in house* che, ai sensi del comma 1 lett.n, è definita come la società sulla quale "un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto"

¹²⁷ Si riporta il passo della relazione in cui si spiega che "l'articolo 14 disciplina le ipotesi di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, dettando specifiche procedure per prevenire l'aggravamento della crisi stessa, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. In accoglimento della condizione n. 18 della Commissione V Bilancio della Camera è stata modificata la rubrica. Non si è, invece, ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera (osservazione n. 14) che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (in house e strumentali): si tratta di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame"

¹²⁸ A favore della tesi per cui le società *in house* rientrano nell'alveo applicativo dell'art. 14 T.U. anche F. FIMMANÒ *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del testo unico*, op. cit., p., 161 secondo cui "Il comma 6 del medesimo art. 14 T.U. disciplina infatti chiaramente le conseguenze della dichiarazione di fallimento <di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti>. Considerato che, ai sensi dell'art. 16 T.U., le società titolari di affidamenti diretti sono le società *in house*, ne consegue che il legislatore, nel disciplinare i limiti a carico delle pubbliche amministrazioni derivanti dal fallimento delle "società *in house*", abbia implicitamente previsto la fallibilità di queste ultime". In tema G. RACUGNO, *Sub Art. 14*, in G. Meo - A. Nuzzo (a cura di), *Commentario al Testo Unico*, op. cit., p. 203

Di tale stato, il legislatore fallimentare non fornisce una nozione esplicita, limitandosi a precisare che “ *ai fini del primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”.

Da quanto appena detto, pare evidente che lo stato d'insolvenza copra una parte dell'area, ben più ampia, dello stato di crisi dell'imprenditore, ponendosi come la fase più grave di quest'ultimo.

Detto ciò, occorre, per l'individuazione di tale presupposto oggettivo, in mancanza di una definizione del legislatore, rifarsi, alla scienza aziendalistica.

Secondo quest'ultima, la crisi, può essere definita come “*uno stato antagonista della prospettiva di continuità dell'attività*¹²⁹”.

Posto in tali termini, si avrà stato di crisi, quindi, tutte le volte in cui dalla valutazione dei costi, ricavi e investimenti, nonché dei rischi e delle incertezze cui l'impresa è esposta, si ricava l'improbabilità che l'impresa continui la propria operatività.

Fatta tale doverosa premessa, occorre segnalare che il legislatore e la dottrina vedono la crisi aziendale essenzialmente come crisi finanziaria, cioè come uno stato in cui l'azienda, anche se in equilibrio economico, non ha le risorse finanziarie necessarie per sostenere le proprie necessità operative¹³⁰.

Un'ulteriore condizione di ammissibilità della domanda, che funge da vero e proprio requisito di legittimazione per chi voglia presentare un ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L.F. è la mancata presentazione, di un'identica domanda, non seguita dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo o all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, nei due anni precedenti¹³¹.

Tale requisito è stato dettato dal legislatore nell'intento di prevenire l'utilizzo seriale della domanda in bianco, con evidenti scopi anti-abuso.

Con tale previsione, appunto, è intenzione del legislatore evitare il reiterarsi, da parte del debitore, di domande ex art. 161 comma 6 L.F., aventi finalità meramente dilatorie, prive, quindi, di una seria intenzione di raggiungere un ristrutturazione o comunque di trovare un valido sbocco al proprio stato di crisi.

La norma in questione, trae la propria ispirazione, almeno nelle finalità, dalle regole dettate dal legislatore statunitense in materia di *automatic stay*, anche se, quanto ad effetti, la regola dettata dal legislatore italiano pare meno efficace¹³².

¹²⁹ M. SANDULLI, *I controlli della società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento* 2009, p. 1104

¹³⁰ G. CHERUBINI, *Crisi d'impresa. Strategie di risanamento*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 5 secondo cui, in ambito legislativo, la crisi viene concepita come un fenomeno di natura economica e finanziaria nel quale però l'aspetto finanziario è predominante sugli altri

¹³¹ Il comma 9 dell'art. 161 L.F. dispone infatti “*La domanda di cui al sesto comma e' inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*”

¹³² Gli Stati Uniti per combattere l'uso strumentale dell'*automatic stay* hanno introdotto, nel *Bankruptcy Code*, il divieto di riproporre la domanda quando al debitore, nei sei mesi precedenti, sia stato già rifiutato l'accesso ad altra procedura concorsuale prevista dallo stesso *Code*. In tale ultima ipotesi, inoltre, la riproposizione della domanda, in violazione del divieto, non produce gli effetti dell'automatica protezione del patrimonio, e autorizza il giudice ad emanare un ordine che vieta la riproposizione della domanda al di là dei casi espressamente

Se è vero, infatti, che in tema di *recidiva* nella domanda “in bianco”, il legislatore italiano pare più rigido nella prospettiva del periodo di osservazione¹³³, nei fatti, tuttavia, il divieto è oggettivamente limitato.

Mentre nel sistema americano, così, la preclusione al conseguimento dell'*automatic stay* vige per chi abbia proposto una precedente domanda, poi rigettata, in una qualsiasi procedura concorsuale disciplinata nel *Bankruptcy Code*, il divieto imposto dalla legge italiana si riferisce esclusivamente alle domande “omogenee in bianco”.

Secondo quanto disposto nel nostro ordinamento, quindi, nessun limite è previsto per il debitore che, nei due anni precedenti la domanda in bianco, abbia depositato nel registro delle imprese un accordo di ristrutturazione, o abbia presentato un'istanza di pre-accordo ex art. 182 bis, poi non omologato, o abbia presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo dichiarata poi inammissibile¹³⁴.

Allo stesso modo, sempre in virtù di un'interpretazione testuale del 9° comma dell'art. 161 L.F., qualcuno ritiene ammissibile la presentazione di una nuova domanda “con riserva” quando la prima sia stata comunque accolta, ancorché il concordato sia stato revocato senza contestuale dichiarazione di fallimento¹³⁵.

All'opposto di tale interpretazione restrittiva e formale, tuttavia, si colloca chi, intendendo l'art. 161 comma 9 L.F., espressione di un principio generale, secondo cui il debitore non ha la disponibilità dei tempi di composizione della propria crisi, ha affermato l'applicabilità del divieto alla reiterazione delle

disposti dalla legge. Si prevede, infine, per il debitore che richiede l'accesso ad una procedura concorsuale dopo il rigetto di analoga domanda entro l'anno precedente, la possibilità di ottenere la protezione del proprio patrimonio, per un solo mese, a patto che dimostri al giudice di essere in buona fede.

¹³³ Si ricorda, infatti, che la legge fallimentare italiana, ai fini della riproponibilità della domanda, prevede un termine biennale, mentre il legislatore nord americano dispone un divieto di ripresentazione semestrale e una regolamentazione che non va oltre un anno.

¹³⁴ E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «decretosviluppo»: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, che evidenzia, prima della riforma operata dal D.l. n.83/2015, che la disciplina italiana appare meno efficace rispetto a quella del *Bankruptcy Code*, anche nella parte in cui non consente anche a terzi di presentare un piano di ristrutturazione dopo il deposito della domanda «in bianco» da parte del debitore, nel caso in cui quest'ultimo rimanga inerte, “il rischio di domande «in bianco» pretestuose diminuirebbe certamente se, come si prevede nel *Bankruptcy Code*, fosse consentito anche a creditori o a terzi di presentare un piano dopo la scadenza del termine concesso al debitore”. Sulla questione si tornerà nei prossimi capitoli

¹³⁵ App. Bologna Sez. III, 18-07-2016 in *Quotidiano giuridico* 2016, che precisa che l' “Art. 161, comma 9, L. F. non impedisce, di per sé, la riproposizione infrabiennale di una proposta di concordato con riserva qualora una precedente proposta sia stata dichiarata ammissibile e la procedura si sia, per una qualche ragione, estinta. La norma, piuttosto, pone un criterio, implicito ma non eludibile, di legittimità della ulteriore proposta concordataria, da valutarsi, avendo riguardo anche alla precedente dinamica processuale, in base ai canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo”; Trib. Terni, 6 novembre 2013, in *Fallimento*, 2014, 114. Sul tema P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, IV, Milano, 2016, 3., 62, nota 5, “deve preferibilmente escludersi che la preclusione ivi stabilita riguardi anche l'ipotesi in cui l'eventuale precedente domanda sia stata dichiarata inammissibile per motivi meramente formali e di rito (ad esempio, per incompetenza del tribunale adito)

domande ivi contenuto¹³⁶ non solo alla fattispecie espressamente prevista, ma in tutte le ipotesi in cui vi sia la necessità di evitare comportamenti strumentali e dilatori da parte di debitori¹³⁷.

Attiene al tema dell'individuazione del soggetto richiedente, infine, anche il problema della ammissibilità di una richiesta ex art 161 comma 6 proposta da un gruppo d'impresa.

Nonostante la circostanza che il termine soggettivo di riferimento dell'art. 161, comma 6, L.F. sia l'"imprenditore", infatti, pare utile, ai fini della presente trattazione, individuare le possibili applicazioni dell'istituto laddove tale termine soggettivo, in concreto, si tramuti in un "gruppo" di imprenditori.

Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi in cui l'imprenditore che propone la domanda con riserva di presentazione del piano e della proposta sia una società o comunque un soggetto che fa parte di un gruppo, nell'ipotesi, ovviamente, che lo stesso voglia coinvolgere nella futura proposta concordataria e/o accordo di ristrutturazione dei debiti, le altre società che ne fanno parte e/o che richieda per queste lo stesso effetto protettivo sul patrimonio.

Al riguardo, pare pacifica l'impossibilità di un ricorso ad un'unica procedura nella quale siano coinvolte, in modo indifferenziato, le diverse società del gruppo¹³⁸.

¹³⁶ Ci si riferisce al divieto di reiterare la domanda di concordato preventivo con riserva in un periodo di 2 anni

¹³⁷ F. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, Il fallimento 1/2014 ; PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it; M. ARATO, *IL concordato preventivo con riserva*, op. cit., p. 53; LAMANNA, *Possibilità di consecutio solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto in www.Il fallimentarista.it*, che osserva, con riferimento ai rapporti tra concordato preventivo pieno e con riserva, "contro l'ammissibilità del deposito di una domanda di concordato preventivo con riserva dopo il deposito di una domanda di concordato piena milita l'interpretazione dell'art. 161 comma 9 L.F. ai sensi del quale la domanda di concordato preventivo con riserva è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda di concordato preventivo con riserva alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione"; R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2015, p.79; richiamano la diversa fattispecie dell'abuso del diritto o del processo, non ritenendo possibile un'interpretazione estensiva dell'art. 161 comma 9 L.F., Trib. Milano 4 ottobre 2012 su www.ilcaso.it; Trib. Monza 15 gennaio 2013 su www.ilcaso.it, Trib. Messina 30 gennaio 2013 su www.ilcaso.it.

¹³⁸ ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Utet, Torino, 2010, p.137; SANDULLI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, op. cit., p. 41; Cass. 21 aprile 2011, n. 9260; esclude l'ammissibilità di un'unica procedura concordataria di gruppo Cassazione Civile 13 ottobre 2015 n° 20559, secondo cui l'"attuale sistema del diritto fallimentare, in particolare per quanto attiene al concordato preventivo, non conosce il fenomeno, non dettando alcuna disciplina al riguardo, che si collochi sulla falsariga di quella enunciata in tema di amministrazione straordinaria alla L. 8 luglio 1999, n. 270, art. 80 e ss., o dal D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4 bis, sulla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, convertito, con modificazioni, in L. 18 febbraio 2004, n. 39, o con riguardo ai gruppi bancari od assicurativi insolventi". Critica la sentenza di cui sopra A. DI MAJO, *Concordato preventivo, il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla corte di cassazione*, in *Giur. It.*, 2016, 2, 395, che afferma che il riconoscimento nel nostro ordinamento di un concordato di gruppo, "può desumersi dallo stesso principio di libertà di iniziativa economica in forma di impresa nonché dall'autonomia contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano, anche sul piano del coordinamento e collegamento tra imprese

Nelle ipotesi in cui la crisi coinvolga più società del medesimo gruppo, quindi, pare necessario comunque predisporre tante distinte procedure quante sono le società richiedenti.

Tali procedure, potrebbero essere comunque affidate al medesimo giudice, allo scopo di consentire una chiara valutazione delle eventuali future proposte.

In questo caso, tuttavia, sarebbe comunque necessario superare il criterio della competenza territoriale, secondo cui l'autorità giudiziaria competente è quella del luogo dove è localizzata la sede effettiva dell'impresa.

Su tale presupposto, si è ritenuto in dottrina che, qualora sia verificabile una penetrante azione di direzione e coordinamento della capo gruppo, tale da esercitare di fatto un potere amministrativo, la competenza spetterebbe sempre al tribunale competente per la società capogruppo o controllante¹³⁹.

Se le procedure restano autonome, tuttavia, consegue che ogni società deve essere in possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi di cui all'art. 161 L.F. e non è ammissibile un *automatic stay* a favore di una società infra gruppo che non abbia i requisiti per accedere alla fattispecie¹⁴⁰.

Elencati tali requisiti, nel prossimo paragrafo si approfondirà la questione connessa ai limiti che incontra l'autorità giudiziaria competente nel valutare la loro esistenza in capo all'imprenditore che presenta un ricorso ex art 161 comma 6 L.F..

facenti parte di un gruppo. Ove ciò si riconosca, ne deve conseguire anche una rispondenza nelle forme delle procedure concorsuali". Si schiera a favore dell'ammissibilità del concordato di gruppo Trib. Teramo, 05 gennaio 2016 in Quotidiano Giuridico, 2016, secondo cui "è ammissibile il concordato di un gruppo di imprese qualora ogni creditore possa verificare la propria posizione, l'impatto della proposta sul suo soddisfacimento e qualora le società proponenti abbiano tutte sede nel circondario dello stesso tribunale"

¹³⁹ SANDULLI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, op. cit., p. 41; Cass. 19 luglio 2012, n. 12557; *contra* Cassazione Civile 13 ottobre 2015 n. 20559 che precisa che la competenza territoriale va individuata "nel tribunale nel cui circondario ciascuna società aveva la sede principale dell'impresa, senza che a tale criterio possa derogarsi per ragioni di connessione con altre procedure relative a società diverse facenti parte di un gruppo (Cass., ord., 31 agosto 2011, n. 17907; 18 novembre 2010, n. 23344)", "restando altresì irrilevante il trasferimento della stessa impresa intervenuto nell'anno antecedente, ossia il luogo in cui si trova il centro direttivo ed amministrativo degli affari dell'impresa in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito (da ultimo, Cass., sez. un., 25 giugno 2013, n. 15872)". Nella specie, secondo la Corte di Cassazione, "non si verifica l'attrazione degli altri fori a favore di quello della capogruppo, o di altro foro, allorché le società coinvolte abbiano sede legale in circondari diversi"

¹⁴⁰ La stessa Cassazione nella sentenza 13 ottobre 2015 n. 20559 ha precisato che "occorre tenere distinte le masse attive e passive, che conservano la loro autonomia giuridica, dovendo restare separate le posizioni debitorie e creditorie delle singole società"

Segue. L'autorità giudiziaria ed il relativo potere di sindacato della domanda

L'art. 161 comma 6 L.F. si limita a prevedere che la domanda deve essere formulata con ricorso, senza tuttavia specificare chi sia il giudice competente.

In relazione a tale problematica, stante la particolare struttura della fattispecie, con la conseguente possibilità di scelta alternativa, tra il deposito della proposta e dell'accordo di ristrutturazione, pare logico affermare che il ricorso vada presentato allo stesso tribunale competente a conoscere la successiva domanda di concordato preventivo "piena" o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'autorità giudiziaria competente a ricevere il ricorso ex comma 6 art. 161 L.F. deve, quindi, necessariamente individuarsi nel giudice del luogo ove il debitore ha la sede principale dei suoi interessi ex art. 9 L.F.¹⁴¹.

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza¹⁴², tale ultima sede deve essere individuata nel luogo dove si svolge l'attività direttiva, amministrativa od organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi, non assumendo alcun rilievo, ai fini della competenza territoriale, il luogo in cui si svolge l'attività di produzione, qualora non coincida con quello in cui viene svolta l'attività organizzativa¹⁴³.

Così individuata la sede effettiva, si segnala, inoltre, che in virtù del principio di c.d. *perpetuatio iurisdictionis*, ricavabile dal comma 2 dell'art. 9 L.F., risulta irrilevante, ai fini della competenza giurisdizionale, l'eventuale trasferimento della sede verificatosi nell'anno anteriore al deposito del ricorso¹⁴⁴.

Dopo aver individuato il giudice competente, occorre a questo punto verificare i poteri valutativi di cui è dotato il tribunale che riceve un ricorso ex art. 161 comma 6 L.F..

Sulla questione, si segnala che fin dall'entrata in vigore, nel 2012, delle norme displinanti la fattispecie del ricorso prenotativo di concordato, gli

¹⁴¹ Sulla questione si evidenzia che il comma 6 dell'art. 182-bis fa espressamente riferimento, ai fini dell'individuazione del tribunale da adire, a quello competente ex art.9 L.F..Sul medesimo giudice competente a ricevere l'istanza di concordato preventivo si esprime P.VALENSISE, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, op. cit., p. 694

¹⁴² Cass. Civ. ordinanza 9 settembre 2016, n.17882, reperibile in banca dati Pluris

¹⁴³ Detta sede coincide con la sede legale, fino a quando non risulti dimostrato che la sede legale sia meramente fittizia e quella effettiva si trovi ubicata altrove

¹⁴⁴ Si segnala che in relazione alla fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., la Corte di Appello di Torino, con sentenza 22 settembre 2014, in *Giur. It.*, 2015, 1 , p. 114, con nota di M.SPIOTTA, ha avuto modo di precisare che: "*sottacere deliberatamente nel ricorso per concordato "prenotativo" una decisione (di fusione per incorporazione) eccedente l'ordinaria amministrazione e comportante (come conseguenza apparentemente indiretta e "non voluta" di scelte economiche discrezionali, ma in realtà vero ed unico obiettivo dell'operazione) il trasferimento di sede, giustifica, ex se, la revoca dell'ammissione al preconcordato ai sensi del combinato disposto degli artt. 161, 6° comma e 173 L. F., con la connessa possibilità per il P.M. di proporre istanza di fallimento presso il tribunale originariamente competente"*

interpreti hanno a lungo dibattuto sui limiti del sindacato del tribunale su tale atto¹⁴⁵.

In virtù dell'analisi della struttura dell'istituto¹⁴⁶, la maggioranza degli interpreti ha nettamente distinto tra i presupposti della fase necessaria e quelli della successiva, richiedendo un sindacato del tribunale più rigido e immediato sui primi.

Come conseguenza della natura giurisdizionale del ricorso introduttivo ex comma 6 dell'art. 161 L.F., si è dall'inizio affermato, quindi, che il Tribunale ha il dovere di verificare la legittimazione ad agire del proponente, potendo quindi esaminare oltre che la sua competenza territoriale, la sussistenza, in capo al proponente, dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma, nonché l'esecuzione di tutti gli adempimenti formali previsti dalla norma¹⁴⁷.

In posizione fortemente critica rispetto a tale ultimo indirizzo, si è posta la tesi minoritaria di qualche Tribunale¹⁴⁸, che, al fine di scongiurare strumentalizzazioni da parte del debitore, finalizzate a conseguire illegittimi benefici, ha riconosciuto al tribunale il potere di valutare la serietà della domanda, prima di fissare il termine per il deposito della proposta¹⁴⁹.

Secondo tale tesi, quindi, allo scopo di consentire al giudice l'accertamento del *fumus* del ricorso, il ricorrente avrebbe l'onere di indicare, all'atto del deposito, oltre a quanto previsto dalla norma e a tutto quanto serve

¹⁴⁵ M. FABIANI, *Vademecum*, op. cit.; idem, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, doc. 303/2012, in www.ilcaso.it; E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo*, op. cit.; L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, cit; idem, *I nuovi Poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, *Le società*, 5, 2013, p. 565 s.s.; P. VELLA, *Il controllo giudiziale*, op. cit., 87; SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, *Il Fallimento*, 10, 2013, p. 1209

¹⁴⁶ Composta, come si ricorderà, da una prima fase tipicamente processuale e necessaria, cui segue un'altra eventuale di natura più sostanziale

¹⁴⁷ Tribunale Napoli 31 ottobre 2012, Tribunale Roma 14 novembre 2012, Tribunale Siena 23 ottobre 2012, Tribunale Ancona 15 ottobre 2012 Cfr., *ex ceteris*, Trib. Terni 8 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 708; Trib. Perugia 4 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 702; Trib. Palermo 2 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 698; Trib. Mantova 27 settembre 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Benevento 26 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 696; Trib. Bolzano 25 settembre, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 706; Trib. Oristano 25 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 689; Trib. Cagliari 20 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 686; Trib. Velletri 18 settembre 2012, in www.osservatoriooci.org, 2012, Ms. n. 678; Trib. Ancona 17 settembre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 687. Favorevoli in dottrina M.ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit., p. 73; L. PANZANI, *I nuovi Poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, op. cit. p. 568; E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Milano, Giuffrè, 2016, 58;

¹⁴⁸ Tortona 8 ottobre 2012

¹⁴⁹ Contro, R.AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op.cit, p. 74, in cui osserva che un eventuale sindacato del Tribunale sulla serietà della proposta, "introdurrebbe un obbligo di anticipazione delle linea guida di un piano che l'imprenditore, del tutto legittimamente, potrebbe non avere ancora predisposto"

per dimostrare il possesso della legittimazione a ricorrere¹⁵⁰, anche tutti gli elementi necessari per dimostrare la fattibilità del piano¹⁵¹.

All'estremo opposto di tale ultimo indirizzo, invece, si colloca chi, ritenendo che il controllo dell'autorità giudiziaria sul ricorso sia limitato solo ad una verifica formale, avente ad oggetto solo i requisiti prescritti dalla legge, conclude precisando che il sindacato del giudice dovrebbe limitarsi alla valutazione della propria competenza territoriale, della natura commerciale dell'attività svolta dal ricorrente, nonché dell'avvenuto deposito della documentazione indicata dal comma 6 dell'art. 161 L.F..

Caratteristica di tale ultimo orientamento è l'esclusione, dagli elementi oggetto di verifica giudiziaria, del requisito del sovradimensionamento ex art. 1 L.F..

Tale circostanza, sarebbe giustificata dal fatto che il comma 6 dell'art. 161 L.F. non dispone il deposito di alcuna documentazione aggiornata attestante la situazione patrimoniale e finanziaria del richiedente.

Dovendosi escludere la possibilità, per il Tribunale, di richiedere ulteriori documenti non previsti dal legislatore, si conclude osservando che, qualora il requisito del sovradimensionamento non risulti dai bilanci depositati con il ricorso, il Tribunale è nell'impossibilità di verificare il superamento delle soglie di cui all'art. 1 L.F., dovendosi rinviare tale accertamento nel momento dell'eventuale ammissione alla procedura di concordato¹⁵².

La questione relativa ai limiti del sindacato dell'autorità giudiziaria sul ricorso con riserva, a parere di chi scrive, deve essere valutata alla luce della disciplina dettata dal Decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, che, come già detto, ha introdotto nuovi requisiti di ammissibilità della proposta e nuove sanzioni di inammissibilità¹⁵³, rendendo più invasivo il controllo del tribunale.

In base a tale novella, il ricorrente ex art. 161 comma 6 L.F., al momento del deposito dell'atto introduttivo, insieme ai bilanci degli ultimi tre esercizi,

¹⁵⁰ Cioè il possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma, nonché l'esecuzione di tutti gli adempimenti formali previsti dalla norma

¹⁵¹ Tali elementi sono sintetizzati in M. ARATO, *Il concordato con riserva*, op. cit., p. 73, in : “(i) gli eventuali impegni negoziali di terzi o altre circostanze costituenti il presupposto indefettibile o principale della fattibilità della successiva proposta; (ii) la percentuale approssimativa che si intende riconoscere ai chirografari, al fine di escludere la simbolicità del pagamento offerto; iii l'eventuale falcidia dei creditori privilegiati e la formulazione indicativa dei criteri del conseguente classamento ex art. 163, comma 4 L.F.; iv gli atti negoziali di ordinaria amministrazione e dei relativi costi che verosimilmente sorgeranno nel periodo intercorrente tra il ricorso e l'apertura del concordato”. Sul punto, Trib Tortona, 8 ottobre 2012, in Fall., 2013, p. 80

¹⁵² Trib. Pistoia 30 ottobre 2012, in Fall., 2013 p. 74 secondo cui la prova del sovradimensionamento in questa fase non è ammessa in quanto “Nel procedimnto ex art. 161, sesto comma, non è previsto il deposito della relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, né il tribunale può pretendere produzioni esorbitanti la previsione normativa. Ne consegue che, ove il sovradimensionamento non risulti dai bilanci, tale evidenza non sarà preclusiva alla fissazione del termine, ma la questione dovrà essere esaminata in sede di eventuale ammissione alla procedura di concordato”. Sulla questione anche R. AMATORE- L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2013

¹⁵³ R.AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit, p. 72

deve allegare l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti.

Il legislatore pare aver inserito l'obbligo di presentazione di tale documentazione con lo scopo di consentire al giudice la verifica e la quantificazione delle passività del ricorrente.

Tale corredo documentale, abbinato alla presentazione dei bilanci degli ultimi tre esercizi, quindi, pare finalizzato a rendere più veloce un controllo sul requisito dimensionale del ricorrente, così come da sempre affermato dall'indirizzo maggioritario.

La conclusione per cui il sindacato del giudice sul ricorso ex art. 161 comma 6 si estenda alla verifica di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi posseduti dal ricorrente pare confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità.

In una recente sentenza¹⁵⁴, infatti, la Suprema Corte, afferma l'applicabilità alla fattispecie del c.d. concordato con riserva del disposto di cui all'art. 162 comma 2¹⁵⁵, nella parte in cui prevede l'obbligo per il tribunale che abbia verificato l'inesistenza dei presupposti di cui all'art. 161, di sentire il debitore in camera di consiglio, prima di dichiarare la proposta di concordato inammissibile.

In tale pronuncia, ai fini di interesse della presente trattazione, i giudici precisano che il Tribunale, nell'ipotesi di presentazione del ricorso ex comma 6 dell'art. 161, esercita un controllo di legittimità della procedura, dovendo così verificare oltre la sua competenza, l'esistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi di accesso alla stessa¹⁵⁶.

Sostanzialmente corrette sembrano, inoltre, le conclusioni cui è pervenuta taluna giurisprudenza di merito¹⁵⁷ che ha affermato che al tribunale è richiesta

¹⁵⁴ Cass. Civ. 22 giugno 2016, n. 12957

¹⁵⁵ Cfr. il comma 2 dell'art. 162 L.F. *“Il Tribunale, se all'esito del procedimento 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”*. La Corte, invece precisa che è da escludere l'applicabilità, alla fattispecie del concordato con riserva, del comma 1 del medesimo articolo 162 L.F., nella parte in cui consente al Tribunale di concedere al debitore un termine, non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, in quanto si tratta di *“disposizione che chiaramente dettata per il concordato pieno, riferendosi alle integrazioni al piano”*.

¹⁵⁶ Si riporta il testo della sentenza n. 12957 del 22 giugno 2016 *“dovendo il Tribunale esercitare un controllo non solo formale della regolarità del ricorso, ma di verifica della legittimità della procedura con il riscontro della propria competenza e dell'esistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi di accesso alla procedura, svolge un'attività di valutazione che, ove si rifletta nel provvedimento dichiarativo di inammissibilità della proposta, postula la previa convocazione del debitore, nel rispetto del principio fondamentale del diritto di difesa”*

¹⁵⁷ Tribunale Benevento 29 agosto 2013 reperibile su www.ilcaso.it che ha affermato che *“poiché gli effetti dell'ammissione alla procedura divengono opponibili ai terzi dalla data di iscrizione del ricorso nel registro delle imprese (formalità adempiuta in coincidenza temporale con la presentazione del ricorso alla cancelleria del tribunale essendo oggi previsto che sia lo stesso cancelliere a provvedervi entro il giorno successivo a quello del deposito del ricorso in cancelleria), è richiesto una verifica al Tribunale un riscontro di legalità e legittimità del ricorso- in ragione della retrodatazione degli effetti dell'ammissione alla procedura di concordato alla fase di presentazione di un ricorso in assenza di un piano, si rende necessario, anche al fine di evitare “strumentalizzazioni e abusi del nuovo istituto”, che il tribunale eserciti un controllo non solo formale della regolarità del ricorso, bensì diretto alla verifica della*

una verifica di legalità e legittimità del ricorso, in virtù dell'opponibilità, dalla data di iscrizione del ricorso nel registro delle imprese, degli effetti dell'ammissione alla procedura.

La giurisprudenza che sopra si cita, quindi, dalla circostanza che gli effetti dell'ammissione alla procedura di concordato retroagiscono al momento della presentazione del ricorso, nonostante manchi un piano, fa discendere l'obbligo per il giudice di procedere ad un controllo sulla legittimità della procedura, che ai fini che qui interessano, si risolve nella verifica della propria competenza e della sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi per accedere alla procedura.

Precisato che, a parere di chi scrive, il Tribunale investito da un ricorso con riserva ha sempre il dovere di verificare la legittimazione attiva del ricorrente, secondo i criteri sopra enunciati dalla stessa Corte di legittimità, occorre segnalare che, nei fatti, la fattispecie di cui si discorre si evolve secondo molteplici modalità.

Come verrà chiarito più avanti, infatti, nulla vieta che il ricorrente, all'atto del deposito del ricorso richieda al giudice di fissare un termine, non minimo di 60, ma fino a 120 giorni¹⁵⁸, per la predisposizione del piano e della proposta di concordato(o per depositare la domanda di cui all'art. 182-bis).

In tale ipotesi, pare corretto affermare che, sebbene il legislatore non preveda ulteriore documentazione, il ricorrente sia tenuto ad indicare i motivi che giustificano la concessione di un termine diverso da quello minimo, e il giudice, allo scopo di non essere tacciato di mero arbitrio, possa sindacare tali motivi¹⁵⁹.

Ugualmente potrebbe capitare che chi ricorre, all'atto del deposito della domanda, richieda *ab initio* l'autorizzazione a determinati atti urgenti di straordinaria amministrazione¹⁶⁰.

Anche in tali casi, il sindacato del Tribunale necessariamente dovrà estendersi a tutti gli elementi che giustifichino un'urgenza e quindi legittimino un'autorizzazione.

E' possibile pervenire a siffatta conclusione, inoltre, anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore che presenta la domanda ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L.F.

legittimità della procedura attraverso il riscontro della propria competenza, dell'esistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivo per l'ammissione alla procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza."

¹⁵⁸ Il 6 comma dell'art. 161 dispone infatti che *"L'imprenditore puo' depositare il ricorso contenente la domanda di concordato.... riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile.."*

¹⁵⁹ In ogni caso, stante il disposto dell'ultimo comma dell'art. 161 L.F. che precisa che *"...quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo e' di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni"*, pare obbligatorio, nelle ipotesi in cui si richieda una concessione del termine superiore al minimo di legge, per il Tribunale accertare se effettivamente un procedimento dichiarativo di fallimento non sussista, e per il ricorrente fornire tutte le informazioni necessarie richieste dall'autorità giudiziaria

¹⁶⁰ Si evidenzia che il comma 7 dell'art. 161 L.F. disponendo che *"Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore puo' compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale puo' assumere sommarie informazioni.."* non esclude che la richiesta sia contestuale alla domanda

chieda contestualmente l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 L.F.¹⁶¹.

Anche in questi casi, poiché il legislatore prescrive, ai fini dell'autorizzazione, che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) attesti che tali prestazioni sono funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, è logico concludere che la verifica dell'autorità giudiziaria si estenda a qualcosa in più della mera valutazione dei requisiti soggettivi e oggettivi posseduti dal ricorrente.

Il discorso potrebbe continuare con l'esame dei commi 3¹⁶² e 5¹⁶³ dello stesso art. 182-quinquies, ma, per economia di trattazione, posto che tali possibili autorizzazioni saranno meglio analizzate nel proseguo, si conclude evidenziando che nel concordato con riserva, il Tribunale è chiamato a pronunciarsi su una serie di istanze che implicano una valutazione ben più ampia di quella normalmente occorrente per l'ipotesi base di richiesta di un termine minimo di 60 giorni per la proposizione del piano e della proposta.

Tali poteri-doveri, che dipendono dalle informazioni e documenti che l'imprenditore richiedente fornisce, pur non risolvendosi in un giudizio di

¹⁶¹ L'art. 182-quinquies 1 comma dispone che *“Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato ((, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo)), assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.”*

¹⁶² La norma dispone che *“Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), ..., può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma...il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”.*

¹⁶³ La norma dispone che *“Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori”*

fattibilità del piano (stante l'assenza dello stesso nell'istituto di cui si discorre) incidono direttamente sulla futura realizzabilità dello stesso¹⁶⁴.

Ciò che pare emergere, in ogni caso, in tema di sindacato dell'autorità giudiziaria, è la necessità di un'interpretazione rigorosa delle norme, ma idonea a contemperare gli interessi confliggenti dell'imprenditore richiedente e dei suoi creditori¹⁶⁵.

In quest'ottica, il Tribunale dovrà limitarsi a verificare esclusivamente la legittimazione attiva del ricorrente¹⁶⁶, nelle ipotesi in cui quest'ultimo richieda unicamente la fissazione del termine minimo di 60 giorni per la predisposizione del piano e della proposta, per estendere le proprie verifiche, attraverso l'acquisizione di ulteriori elementi istruttori, quando la tutela dei creditori lo richiede, perché ulteriori, anche in tema di autorizzazioni, sono le richieste del ricorrente¹⁶⁷.

Nella prima ipotesi, quando l'imprenditore possiede i requisiti previsti dalla norma, l'attività del giudice pare essere vincolata e la concessione del termine obbligata; nelle ipotesi più complesse, invece, il potere del giudice si

¹⁶⁴L. PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, op. cit. p. 572

¹⁶⁵ Questo pare essere il principio su cui si fonda quell'indirizzo giurisprudenziale per cui il Tribunale dopo aver verificato la propria competenza e la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma, deve necessariamente verificare se il ricorso con riserva, per le modalità di presentazione o per gli scopi perseguiti, integri una forma di abuso del diritto e/o del processo, allo scopo di consentire una pronuncia di inammissibilità. Sul punto, M. ARATO, *Il concordato con riserva*, op.cit., p. 75. Sul punto è interessante leggere quanto sentenziato dal Tribunale Milano 10 aprile 2012 che, per dichiarare l'inammissibilità del ricorso, ha affermato che "è di cristallina evidenza come la rinuncia alla domanda di concordato contestuale alla proposizione del ricorso di pre-concordato sia meramente funzionale all'elusione della declaratoria di inammissibilità della originaria domanda di concordato...la debitrice ricorrente, calibrando i tempi di presentazione prima della domanda di concordato(definitiva), poi della revoca della stessa, e infine di una nuova domanda di pre-concordato, da un lato, mira a paralizzare ad libitum l'istanza di fallimento del creditore, dall'altro a evitare sine die di rendere i chiarimenti e le integrazioni documentali di volta in volta richiesti dal tribunale a pena di inammissibilità della originaria domanda". Tale sindacato sulle modalità, anche temporali del ricorso, è presente anche in Tribunale Messina 30 gennaio 2013, secondo cui una domanda è finalizzata ad evitare o procrastinare la dichiarazione di insolvenza, quando dalla verifica della tempestività emerge che " la domanda di concordato in bianco è stata depositata quando già il procedimento per la dichiarazione di inammissibilità del concordato era stata avviato, appena il giorno prima di quello fissato per l'udienza di comparizione delle parti ai sensi dell'art. 162 secondo comma legge fallimentare" . Anche in tale circostanza il giudice estende il proprio sindacato oltre la verifica della mera sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi. Tutte tale ipotesi, saranno trattate nel corso del presente lavoro, quando sarà approfondita la questione dell'eventuale abuso nell'istituto di cui all'art. 161 comma 6.

¹⁶⁶ Quindi il ricorrere dei requisiti oggettivo e soggettivo, nonché il ricorrere della condizione di cui al comma 9 dell'art. 161 L.F., oltre alla propria competenza

¹⁶⁷ Cfr. quanto affermato da S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2015, pag. 955 secondo cui "nella determinazione del termine (che può oscillare fra i sessanta e i centoventi giorni, ulteriormente prorogabile e solo per "giustificati motivi" non oltre sessanta giorni) ... il Tribunale deve tener conto per un verso della dimensione e/o della complessità dell'attività dell'impresa istante e per altro verso dell'incremento dei costi che il maggior termine ... (può) ... comportare a carico del debitore ma in definitiva a carico della massa dei creditori concordatari".

pone con residuale, nel senso che lo stesso interviene solo quando occorre risolvere un conflitto, anche potenziale, fra le parti.

Tale conclusione, pare altresì conforme a quanto statuito dalla Suprema Corte¹⁶⁸ che in tema di sindacato del giudice nell'ambito del concordato preventivo, ha sì affermato l'insindacabilità di merito della proposta e del piano sul piano della fattibilità economica¹⁶⁹ ma ha sottolineato, in modo netto, il ruolo di controllo della legalità della procedura svolto dal tribunale in ogni fase del procedimento concordatario¹⁷⁰.

Ciò che la Suprema Corte sottolinea è che, a fronte di una volontà legislativa finalizzata ad incentivare strumenti di composizione della crisi alternativi al fallimento, occorre riaffermare il ruolo del Tribunale di garante della fattibilità giuridica della futura proposta concordataria.

Tale controllo di fattibilità, ai fini che qui interessano, non può prescindere da una verifica in merito all'ammissibilità della domanda che, per definizione, in presenza di comportamenti scorretti o abusivi potrebbe compromettere ab origine la causa concordataria¹⁷¹.

Si segnala, infine, che l'art. 6 comma 1, lett. f) della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza¹⁷², incarica il Governo a *“determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale”*.

Tale disposizione, indubbiamente, condurrà ad un ampliamento dei poteri di sindacato del giudice sul contenuto del piano concordatario.

Secondo parte della dottrina, tale ampliamento del sindacato del Tribunale, consentirà allo stesso di valutare, su base prognostica, *“l'idoneità del piano ad assicurare la realizzazione della proposta concordataria, oltre che a verificare che tale proposta sia conforme alla “causa in concreto” del concordato”*¹⁷³.

Si tratta a questo punto di verificare come sarà attuata la delega per poi accertare se sarà possibile esercitare tale sindacato già in sede di ammissione della domanda.

¹⁶⁸ Cass Civ Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521 con commento di NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 1 ss. seguita anche da Cass., 26 settembre 2013, n. 22083, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

¹⁶⁹ La c.d. insindacabilità della convenienza economica

¹⁷⁰ Così anche in E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del “fallimento del contrattualismo concorsuale”* in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2015, pag. 715; in *giurisprudenza Cass. Civ.* 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 5, 2017, p. 1119, con nota di SPIOTTA, *evidenzia, superando anche la pronuncia della Cass Civ Sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521 che “il controllo di legittimità del giudice non può limitarsi ad un mero riscontro di legalità degli atti in cui la procedura si articola (c.d. legalità formale), bensì si attua verificandone l'effettiva realizzabilità della causa concreta, da intendersi “come obiettivo specifico perseguito dal procedimento”*

¹⁷¹ Cfr. CONCA, *Il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 2012

¹⁷² Legge 19 ottobre 2017, n. 155

¹⁷³ S. MARZO, *Aspetti qualificanti del “riordino” della disciplina relativa al concordato preventivo*, su *Il fallimentarista*, focus del 7 novembre 2017

Segue. Gli altri soggetti: il commissario giudiziale

L'art. 161 comma 6 della L.F. dispone che *“Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale puo' nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3.; si applica l'articolo 170, secondo comma”*.

L'attuale formulazione, in realtà, è frutto della modifica operata nel 2013, dal c.d. “decreto del fare”, che, sempre nell'ottica di porre doverose cautele ai rischi di abuso dell'istituto prenotativo di cui si discorre nella presente trattazione, ha concesso al Tribunale la facoltà di nominare il commissario giudiziale prima del decreto di ammissione al concordato preventivo ex art. 160 L.F..

Come fatto notare da più di un commentatore, in realtà, il legislatore della novella del 2013 ha istituzionalizzato quella che si presentava come una prassi affermata già precedentemente nelle aule di Tribunale¹⁷⁴.

Fin dall'introduzione, nel 2012, dell'istituto ex comma 6 art. 161 L.F., infatti, i giudici avevano assunto l'usanza, all'atto dell'esercizio della facoltà di disporre obblighi informativi periodici, di nominare un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Trib. Pisa, 19 dicembre 2012; Trib. Asti, 24 settembre 2012; Trib. La Spezia, 25 settembre 2012, tutte reperibili on line su www.ilfallimentarista.it. In realtà, la stessa prassi di cui si discorre, altro non è, che il recepimento di norme, dettate negli ordinamenti stranieri in tema di automatic stay, in cui si prevede un potere in capo al giudice di nominare un organo che ha la funzione di vigilare sulle attività del debitore. Sul punto M.ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op.cit., pag. 93

¹⁷⁵ L'art. 68 c.p.c. al comma 1 dispone che *“Nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge necessità, il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo”*. Si fa presente che tale ausiliario esercita una funzione strumentale al provvedimento che il giudice emette e che lo stesso all'atto della nomina presta giuramento ai sensi degli artt. 161 e 194 disp. att.. Sul punto si veda quanto precisato da S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2015, pag. 955, secondo cui la *“scelta normativa, orientandosi verso l'anticipata nomina di un vero e proprio commissario giudiziale, è andata ben oltre quella prassi. La funzione dell'ausiliario del giudice è del tutto strumentale al provvedimento che il giudice emette al termine di un determinato procedimento e a tal fine egli deve necessariamente prestare giuramento ai sensi degli artt. 161 e 194 disp. att. c.p.c.. Ben diversa appare la figura del commissario giudiziale che non sembra ridursi, a mio avviso, ad un mero ausiliario del Tribunale e che, peraltro, non deve prestare giuramento ma certo non ha meno doveri di lealtà e integrità dello stesso ausiliario”*. Si evidenzia, inoltre, che con la previsione attuale, la nomina del commissario giudiziale rende superflua, se non impossibile, nell'ottica anche del contenimento dei costi della procedura, l'indicazione da parte del giudice di un ulteriore ausiliario ex art. 68 c.p.c..La Relazione governativa, al D.l. crescita, sulla questione specifica, infatti, che la previsione della facoltà di nomina del commissario si spiega nell' *“intento di contenere al massimo grado i costi della procedura, evitando la liquidazione di un distinto compenso in tutti i casi in cui fisiologicamente alla domanda in bianco faccia seguito il deposito della proposta e del piano. D'altro canto i costi del commissario potranno essere contenuti tenendo conto del compenso minimo previsto dal Decreto del Ministro della giustizia 25 gennaio 2012 n. 30”*

La nomina del commissario giudiziale nella fase prenotativa di concordato ha la finalità di controllare costantemente la gestione economico-finanziaria dell'impresa e la serietà delle attività svolte per la predisposizione del piano concordatario e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, scoraggiando l'uso distorto dell'istituto¹⁷⁶.

Tramite tale previsione, quindi, il legislatore ha voluto evitare il rischio che l'istituto di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. “*da strumento di risoluzione d'una crisi si trasformasse in mezzo di ostruzione di una dichiarazione di fallimento*”¹⁷⁷.

In considerazione dell'utilizzo dell'espressione “*il tribunale puo' nominare il commissario giudiziale*” utilizzato dall'art. 161 comma 6 L.F., in ogni caso, la nomina suddetta deve intendersi facoltativa¹⁷⁸.

Precisata la natura discrezionale della nomina, si deve altresì evidenziare che il legislatore dispone che il decreto di nomina debba essere motivato.

Dall'esame testuale della norma, è possibile concludere, quindi, che il giudice è libero, senza alcun obbligo di motivazione, di non designare un commissario giudiziale.

L'autorità giudiziaria, viceversa, sarà tenuta a precisare i motivi della decisione solo nell'eventualità in cui il decreto indichi un commissario giudiziale.

Nonostante tale facoltatività, qualche commentatore¹⁷⁹ ha saggiamente evidenziato che, in realtà, è regola consolidata per i Tribunali la designazione del commissario¹⁸⁰.

Tale prassi, così, induce a ricercare le poche ipotesi in cui il Tribunale pare portato a non indicare il commissario di cui al comma 6 dell'art. 167 L.F..

Si è fatto così l'esempio dell'imprenditore che, già all'atto del deposito del ricorso con riserva, abbia manifestato l'intenzione di utilizzare l'eventuale termine concesso per la predisposizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F..

¹⁷⁶ Trib. Napoli Nord 18 dicembre 2015, reperibile sul portale [Il fallimentarista.it](http://Ilfallimentarista.it)

¹⁷⁷ P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in Fall., 2013; Così anche in G. SANCETTA, A.I. BARATTA, *Funzioni e responsabilità del precommissario* di Focus del 29 agosto 2016 sul portale fallimentarista.it

¹⁷⁸ La conclusione in merito alla non obbligatorietà, all'interno della procedura di cui si discorre, dell'intervento del commissario giudiziale, inoltre, pare confermata dalla circostanza che il legislatore in altre norme considera tale figura come solo eventuale. Si pensi alla disposizione di cui all'art. 161 comma 7 dove si prevede che il tribunale autorizza gli atti urgenti di straordinaria amministrazione assunte le sommarie informazioni e acquisito il parere del commissario giudiziale solo “*se nominato*”.

¹⁷⁹ S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op.cit., pag. 955

¹⁸⁰ Sul punto si segnala che LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it, 21 giugno 2013 p. 4, rileva che “*probabilmente nella prassi la nomina diventerà progressivamente una costante, tenuto conto del fatto che il tribunale in questo modo potrà svolgere in modo più efficace la sua attività di controllo...In effetti, non c'è miglior mezzo di controllo sull'operato del debitore...di quello costituito dall'attività di vigilanza svolta da un ausiliario del Giudice con un'adeguata specializzazione in materia contabile, la cui garanzia di indipendenza e imparzialità ...è adeguatamente garantita dalla nomina effettuata dal Tribunale*”

In tale ipotesi, infatti, l'eventuale nomina di un commissario si scontrerebbe con la circostanza che nella procedura di cui all'art. 182-bis, non sarebbe prevista l'attività di un organo di controllo¹⁸¹.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione non perfettamente conciliabile con la natura e con la struttura come qui ricostruita, dell'istituto di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

In altra sede, infatti, si è avuto modo di precisare che l'istituto del ricorso prenotativo di concordato, si caratterizza per una struttura bifasica, correlata dalla c.d. possibilità di traslazione tra procedimenti.

Tale facoltà, è ampiamente libera, essendo indifferente anche ad un eventuale indicazione preannunciata dal ricorrente all'atto del deposito dell'atto introduttivo.

Ne deriva che anche l'imprenditore che manifesta, all'atto del ricorso, l'intenzione di trovare un accordo omologabile ex art. 182-bis L.F. con i propri creditori, è libero di optare, nel termine concesso dal decreto del giudice, per la procedura del concordato preventivo.

Se così è, quindi, nell'ipotesi in cui si ritenesse giustificabile la mancata nomina del commissario giudiziale solo perché il soggetto ha manifestato l'intenzione di procedere ex art. 182-bis L.F., si potrebbe prefigurare un'elusione della norma, nell'ipotesi in cui successivamente e legittimamente il ricorrente depositasse un piano e una proposta di concordato¹⁸².

Posto ciò, occorre segnalare che la nomina del commissario giudiziale rappresenta sempre un costo per il debitore che, avendo depositato il ricorso ex art. 161 L.F., è per definizione già in crisi.

In virtù di tale conclusione, sarebbe opportuno, quindi, che il Tribunale nominasse il commissario solo nelle procedure nella quali ha una reale necessità di aiuto per vigilare sul debitore e sulle sue attività, in virtù della complessità della situazione¹⁸³, allo scopo proprio di evitare abusi.

La possibilità di nomina dell'organo di controllo previsto dall'art. 161 comma 6, quindi, pare a questo punto essere correlata ai limiti del sindacato dell'autorità competente, così come delineati nelle pagine precedenti.

Così, mentre è giustificabile una mancata nomina del commissario giudiziale nelle ipotesi in cui il ricorrente abbia richiesto la concessione del termine minimo previsto, per la predisposizione del piano o della proposta (o in alternativa per il deposito dell'accordo ex art. 182-bis L.F.), difficile sarà per il Tribunale non nominare l'organo di controllo tutte le volte in cui il debitore abbia

¹⁸¹ Così M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, p. 94

¹⁸² LAMANNA, *Il decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, op. cit. p. 5, in cui si precisa che in tali circostanze l'espressione di volontà del ricorrente di presentare un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis "potrebbe anche troppo facilmente tradursi in un mezzo per evitare la nomina del commissario giudiziale, e quindi lo svolgimento di un'attività di controllo, ben potendo poi il debitore cambiare direzione e proporre un concordato preventivo vero e proprio, comportamento che non potrebbe in effetti né considerarsi abusivo, né per altra ragione vietato o illegittimo, atteso che lo stesso art. 161, comma 6, consente l'esercizio di tale facoltà" S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op. cit.

¹⁸³ Così anche M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 94

“arricchito” la propria domanda con eventuali richieste autorizzatorie o con la concessione di un termine superiore al minimo¹⁸⁴.

Che il potere di nomina di cui si discorre sia correlato al potere istruttorio e di verifica del Tribunale, pare chiaro anche dalla lettera della norma.

Come si è in precedenza sottolineato, infatti, il Tribunale è tenuto a motivare le proprie scelte solo nell'ipotesi in cui opti per la nomina del commissario giudiziale.

Tale previsione, pare essere espressione di quello stesso principio in precedenza enucleato delineando i poteri dell'autorità giudiziaria.

In quel contesto, chi scrive ha sottolineato che il potere del giudice è residuale, nel senso che lo stesso interviene solo quando occorre risolvere un conflitto, anche potenziale, fra le parti.

Allo stesso modo, quindi, il Tribunale avrà necessità di nominare il commissario giudiziale già nella fase prenotativa del concordato quando reputi sussistente, nel caso concreto, il rischio di un conflitto di interessi e quindi di un comportamento strumentale da parte del debitore richiedente.

Facendo applicazione di tale principio, nelle ipotesi particolarmente complesse, in cui cioè il rischio di abuso della procedura è maggiore perché più aspri sarebbero eventuali conflitti di interesse, pare potersi giustificare la nomina non di un commissario giudiziale persona fisica, ma di un vero organo collegiale di controllo¹⁸⁵.

In tale ultimo caso, la disciplina di funzionamento dell'organo, non essendo dettate norme specifiche, sarà ricavata per interpretazione analogica¹⁸⁶.

¹⁸⁴Di nomina del commissario nei casi di maggiore complessità, avuto riguardo alle dimensioni dell'impresa, all'entità del passivo, all'eventualità di attività svolte all'estero o a problematiche connesse alla continuità aziendale, parla anche D. FICO, *Le funzioni di controllo del commissario giudiziale* Focus del 03 marzo 2017 su www.ilfallimentarista.it

¹⁸⁵ Si segnala sul tema, la sentenza del Tribunale di Benevento del 29 agosto 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui si giustifica la nomina come commissario giudiziale ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F. di un collegio di tre professionisti per motivi di complessità “*Appare superfluo sottolineare che la nomina di un organo collegiale è in concreto funzionale sia ad esigenze di maggiore efficienza e rapidità nella conduzione della procedura, che di perequazione degli incarichi professionali, senza trovare, al contempo, alcuna controindicazione economica o alcun ostacolo logico o normativo alla sua attuazione. Infatti, quanto a tale secondo profilo, sebbene l'art.161 comma 6l.f. faccia esplicito riferimento alla nomina- sic et simpliciter- di un commissario giudiziale, tale norma non esclude affatto, né esplicitamente né per implicito l'insediamento di un organo avente struttura collegiale....Del resto anche quando si reputasse ricorrente una lacuna su tale punto (nella parte in cui il testo normativo non contempla espressamente la possibilità di nomina di un organo collegiale), sarebbe certamente consentita sia l'applicazione-in via di interpretazione sistematica- delle tante norme positive che in via generale prevedono la possibilità per il giudice di avvalersi del contributo e dell'attività di organi tecnici collegiali, sia, in via ancor più prossima, l'applicazione in via analogica delle disposizioni relative alle altre procedure concorsuali previste dall'ordinamento, che consentono esplicitamente la designazione di un organo collegiale. Più precisamente ben potrebbe essere mutuata su tale aspetto la disciplina dettata in tema di liquidazione coatta amministrativa(art. 198 l.f., dichiarazione dello stato di insolvenza ex lege n. 279/1999(art 8 e 15) e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza(art. 38 l. cit.)*”

¹⁸⁶ Tribunale di Benevento del 29 agosto 2013, *cit.*, secondo cui “ *collegio dei commissari giudiziali dovrà adempiere alle proprie funzioni secondo la disciplina da esse all'uopo dettata per il caso in cui venga disposta la nomina di un organo collegiale (deliberazione a*

Continuando con l'interpretazione della norma, si segnala, inoltre, che in virtù dello stesso principio di cui sopra e, nonostante il dettato normativo, la nomina del commissario può essere effettuata dall'autorità giudiziaria anche successivamente al decreto di fissazione del termine ex comma 6 art. 161 L.F..

Tale designazione potrà così aversi quando il richiedente richiede la proroga del termine concesso, o, quando, successivamente alla fissazione del termine, richieda l'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione, o in tutte le ipotesi in cui il Tribunale, una volta emanato il decreto ex comma 6 art. 161 L.F., ravvisi il rischio di una strumentalizzazione della procedura, atteso l'inidoneità dell'attività del richiedente alla predisposizione di un valido ed efficace piano¹⁸⁷.

Chiariti i limiti del potere di designazione del Tribunale, occorre a questo punto individuare i requisiti che l'aspirante commissario deve possedere per essere nominato.

Sul punto illuminante pare essere quanto dettato dall'art. 163, comma 2 della legge fallimentare, che al n. 3 espressamente dispone che il tribunale “*nomina il commissario giudiziale osservate le disposizioni degli articoli 28 e 29*”.

Ai sensi di tali articoli, quindi, possono essere nominati commissari giudiziali gli avvocati, i dottori commercialisti, i ragionieri e i ragionieri commercialisti¹⁸⁸, nonché chi, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali, ha svolto la funzione di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni¹⁸⁹.

Il riferimento alle norme dettate in tema di curatore fallimentare consente altresì di esaminare il ruolo e la natura del commissario giudiziale¹⁹⁰.

Sul tema, si segnala che, a fronte di una dottrina minoritaria¹⁹¹ che tendeva a qualificare la figura come un semplice ausiliario del giudice, si è andata ad affermare una tesi diversa, che si connota per aver attribuito al commissario giudiziale, nominato sia nel concordato preventivo che nel ricorso con riserva, la qualifica e il ruolo di un vero e proprio organo della procedura¹⁹².

maggioranza in caso di eventuale contrasto di opinioni; esercizio congiunto dei poteri di rappresentanza attraverso almeno due dei componenti del collegio: artt. 198, secondo comma, l.f.; 15 e 38 l. n. 270/1999).

¹⁸⁷ L. SALVATO L., “*Nuove regole*”, op. cit., 1217

¹⁸⁸ Si segnala che l'art. 28 L.F. dispone che possano essere nominati curatori anche gli studi professionali associati o le società tra professionisti, quando i soci hanno i requisiti professionali di cui alla lettera a

¹⁸⁹ purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento

¹⁹⁰ Il tema è presente in A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in Commentario Scialoja- Branca. Legge fallimentare a cura di F Bricola, F. Galgano, G.Santini, Zanichelli-II foro Italiano, Bologna-Roma, 1979; M GABOARDI, Art. 165, in Commentario alla legge fallimentare, diretto da C.Cavallini, Egea, Milano, 2010, p. 493

¹⁹¹ A. CANDIAN, Il processo del concordato preventivo, CEDAM, Padova, p. 82; BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, op. cit. p. 174; contro Cass. 11 aprile 2011, n. 8221, che afferma “ *il commissario giudiziale...non è un ausiliario del giudice delegato, in quanto, pur cooperando con quest'ultimo, è nominato dal tribunale e ripete i propri poteri e funzioni, con operatività stabile e previsione non occasionale, direttamente dalla legge fallimentare*”

¹⁹² A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi di impresa*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 360; P.F. CENSONI, *Art. 165* in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Zanichelli, Bologna, 2007 , p. 2393, LO CASCIO, *Il concordato*

Si tratta di un organo tecnico, che nella procedura di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., contrariamente al procedimento di concordato preventivo tradizionale, assume la caratteristica dell'eventualità¹⁹³.

Tale natura, pare confermata anche dalla circostanza che a questa figura soggettiva, anche nella procedura con riserva, è riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale e si applicano le norme dettate per il curatore fallimentare in materia di reclamo contro i relativi atti¹⁹⁴, di revoca¹⁹⁵, di responsabilità¹⁹⁶ e di compenso¹⁹⁷, così come disposto dall'art. 165 L.F..

Da tali conclusioni, alcuni autori, fanno discendere altre conseguenze.

Nell'ipotesi in cui il procedimento "con riserva" si concluda fisiologicamente con la presentazione del piano e della proposta, infatti, si è affermato che non è necessaria la nomina di altro soggetto diverso rispetto a quello già nominato, in via anticipata, ai sensi dell'art. 161 L.F..

preventivo, Giuffrè, Milano, 2011, p. 274; P. LICCARDO, *Art. 165*, in la Legge fallimentare dopo la riforma, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, III, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2097; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2013, p. 1105; F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato prenotativo con riserva*, in. *Giur. comm.*, fasc. 3, 2014; G. SANCETTA, A. I. BARATTA, *Funzioni e responsabilità del precommissario* Focus del 29 agosto 2016 sul portale fallimentarista.it

¹⁹³ Così in A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi di impresa*, op. cit. p. 360

¹⁹⁴ L'art. 36 dispone che "Contro gli atti di amministrazione del curatore... e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio". Il comma 3 precisa che "Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento della autorità giudiziaria"

¹⁹⁵ L'art. 37 L.F. dispone che "Il tribunale può in ogni tempo, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il curatore. Il tribunale provvede con decreto motivato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori. Contro il decreto di revoca o di rigetto dell'istanza di revoca, è ammesso reclamo alla corte di appello ai sensi dell'articolo 26; il reclamo non sospende l'efficacia del decreto.

¹⁹⁶ L'art. 38 L.F. dispone che "Il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Egli deve tenere un registro preventivamente vidimato da almeno un componente del comitato dei creditori, e annotarvi giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione. Durante il fallimento l'azione di responsabilità contro il curatore revocato e' proposta dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, ovvero del comitato dei creditori. Il curatore che cessa dal suo ufficio, anche durante il fallimento, deve rendere il conto della gestione a norma dell'art. 116".

¹⁹⁷ L'art. 39 L.F. dispone che "Il compenso e le spese dovuti al curatore, anche se il fallimento si chiude con concordato, sono liquidati ad istanza del curatore con decreto del tribunale non soggetto a reclamo, su relazione del giudice delegato, secondo le norme stabilite con decreto del Ministro della giustizia.

La liquidazione del compenso è fatta dopo l'approvazione del rendiconto e, se del caso, dopo l'esecuzione del concordato. È in facoltà del tribunale di accordare al curatore acconti sul compenso per giustificati motivi. Se nell'incarico si sono succeduti più curatori, il compenso è stabilito secondo criteri di proporzionalità ed è liquidato, in ogni caso, al termine della procedura, salvi eventuali acconti. Salvo che non ricorrano giustificati motivi, ogni acconto liquidato dal tribunale deve essere preceduto dalla presentazione di un progetto di ripartizione parziale"

Milita a favore di tale ultima conclusione, infatti, la circostanza che poiché il comma 6 dell'art. 161 L.F. consente esplicitamente la nomina proprio del commissario “di cui all'art. 163 L.F.” è possibile escludere che la figura nominata nella fase di “prenotazione” sia un pre-commissario, con funzioni e ruolo diverso¹⁹⁸.

Ragioni di efficienza ed economicità¹⁹⁹, inoltre inducono a pensare che, salvo casi particolari in cui per inidoneità manifestata il Tribunale ritenga di dover revocare l'incarico, lo stesso soggetto nominato nella fase con riserva sia confermato anche dopo la presentazione del piano e della proposta.

Una volta designato il commissario giudiziale, nella procedura di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., tale organo assume una funzione riconducibile a quella rivestita dallo stesso nel concordato preventivo, con i dovuti adattamenti alla particolarità del procedimento²⁰⁰.

La prima funzione assunta da tale organo, quindi, è quella di controllo, prevista dal comma 8 dell'art. 161 L.F..

In virtù di tale previsione, così, il commissario giudiziale nominato nel procedimento con riserva, ha il compito di vigilare sull'adempimento, da parte del debitore richiedente, degli “obblighi informativi periodici”.

¹⁹⁸ Conclusione presente in S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.6, 2015, p. 955, che precisa che “Ciò significa che con l'ammissione non si dà luogo alla nomina di altro commissario, ma alla indicazione del medesimo eventualmente già in carica, salvo che non lo si voglia revocare ai sensi dell'art. 37 l.f.”; F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva* in Giurisprudenza Commerciale, fasc.3, 2014, pag. 494 che afferma che “Si tratta infatti del medesimo organo (non a caso vi è un rinvio espresso all'art. 163, comma 2, n. 3) destinato poi a espandere il proprio ruolo nel caso di successiva ammissione al concordato”

¹⁹⁹ Sostanzialmente conforme pare S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op. cit. nella parte in cui evidenzia che non corretta è “la prassi che tende a liquidare un compenso definitivo per la fase della riserva, come se l'incarico fosse cessato e con l'ammissione se ne avviasse uno nuovo. Si tratterà semmai di acconto, possibile e più che opportuno, sul compenso definitivo”. Sulla stessa linea E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del “fallimento del contrattualismo concorsuale*, op. cit. il quale, pur sottolineando che il Tribunale è libero, nella fase successiva alla presentazione del piano, di nominare un nuovo commissario, evidenzia che “ragioni di opportunità e di contenimento dei costi dovrebbero indurre alla conferma della nomina della persona (o del collegio) già nominati”

²⁰⁰ Negli stessi termini, S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.6, 2015, p. 955; M. ARATO, *Il Concordato preventivo con riserva*, op. cit., p. 97, che espressamente afferma che “..non sembra vi siano ragioni ostative a ritenere che al commissario giudiziale nominato nella procedura di cui all'art. 161, comma 6, L. F. debbano applicarsi (oltre alle disposizioni specificatamente dettate per la procedura di concordato preventivo con riserva, anche) le disposizioni dettate per il commissario giudiziale nominato nella procedura di concordato preventivo, con la sola eccezione di quelle disposizioni che sono incompatibili con la procedura di concordato preventivo con riserva”; D. GALLETTI, *I poteri e le funzioni del commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Il fallimentarista* per cui “i poteri e le funzioni del commissario giudiziale nominato nella fase concordataria con riserva non si distinguono né qualitativamente né per estensione da quelli che caratterizzano l'istituto nella fase che si apre con l'ammissione”; D. FINARDI *La figura del (pre) commissario giudiziale nel concordato della riforma 2015 e riflessi sulla c.d. “mobilità” gratuita* in *Crisi d'Impresa e Fallimento* 28 ottobre 2015, p. 10

Si tratta di un controllo continuativo, non meramente formale, in quanto non si limita ad appurare che le informazioni pervengano secondo i termini imposti dal Tribunale, ma si estende anche al merito, ossia alla gestione dell'impresa²⁰¹ e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano²⁰².

Per tali motivi, qualche interprete ha qualificato tale funzione di vigilanza del commissario, nell'ambito della procedura con "riserva", qualitativamente diversa da quella esercitata nella seguente fase concordataria, posto che nel primo caso l'organo di cui si discorre, se nominato, diviene l'unico destinatario degli obblighi informativi disposti dal tribunale a carico del debitore ai sensi dell'art. 161, comma 8, L. F.²⁰³.

Proprio la circostanza per cui nella fase della procedura prenotativa il Commissario è l'organo deputato al controllo degli obblighi informativi, impone all'interprete di verificare i limiti di tale potere di vigilanza.

La questione, quindi, è quella di verificare se il commissario in tale fase sia tenuto semplicemente a verificare se i flussi informativi pervengano e basare i propri convincimenti su quanto comunicato dal debitore, o se, entrando nel merito, nella convinzione che le informazioni a lui pervenute siano false o incomplete, possa ordinare l'esibizione di ulteriore documentazione o disporre ispezioni e verifiche²⁰⁴.

La conclusione per cui il controllo del Commissario vada oltre a un compito meramente formale, pare confermata dall'intervento del legislatore del 2015, che introducendo il n. 4-bis al comma 2 dell'art. 163 L.F. ha previsto che con il decreto di ammissione il Tribunale "*ordina al ricorrente di consegnare al*

²⁰¹ Si applica in questo caso quanto disposto dall'art. 167 comma 1 L.F. per cui "*Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale*". Trattasi di norma dettata in materia di concordato preventivo, ma applicabile alla procedura di cui al comma 6 art. 161 L.F. in considerazione che, anche in quest'ultima fattispecie, il debitore richiedente conserva, fatti salvi gli atti di straordinaria amministrazione, la gestione dei propri beni". Sulla questione LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso di concordato*, op. cit. p. 6 che afferma cge in caso di nomina del commissario giudiziale questi "*dovrà assolvere...(gli) ..obblighi di vigilanza previsti in via generale ed ordinaria dal primo comma dell'art. 167 L. F. in relazione all'amministrazione dei beni da parte del debitore*"; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 110, che precisa che tale controllo è anche sugli atti di ordinaria amministrazione e risulta necessario "*se si considera che, a norma dell'art. 161, comma 7 L. F. i crediti di terzi derivanti dal compimento anche di atti di ordinaria amministrazione sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 L. F. e, di conseguenza, possono avere un effetto significativo sul passivo concordatario*"

²⁰² Il comma 8 dell'art. 161 L.F. dispone che "*Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore e' manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo*"

²⁰³ E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del "fallimento del contrattualismo concorsuale"*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.4, 2015, pag. 715

²⁰⁴ A favore dell'esistenza di poteri di ispezione e verifica si schiera E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del "fallimento del contrattualismo concorsuale"*, cit.; discorre della possibilità per il commissario di assumere iniziative "motu proprio", anche M. FERRO, *Commento all'art. 161 l.f.*, in *La legge fallimentare*, in *Commentario teorico-pratico*, a cura di Massimo Ferro, Padova, Cedam, 2014, 2145

*commissario giudiziale copia informatica e su supporto informatico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie*²⁰⁵.

Connessa alla funzione di controllo²⁰⁶, inoltre, è individuabile una funzione referente o di denuncia.

Nell'ipotesi in cui si accerti che il debitore abbia tenuto una delle condotte previste dall'art. 173 L.F.²⁰⁷, infatti, il commissario giudiziale ha l'obbligo di riferire immediatamente al Tribunale, per consentire a quest'ultimo di dichiarare improcedibile la domanda ex comma 6 art. 161 L.F.²⁰⁸.

Con l'avvertimento che la tematica sarà oggetto di ulteriori approfondimenti nel corso della trattazione²⁰⁹, si segnala che la suddetta funzione referente, non è esclusiva del commissario e che a quest'ultimo gli interpreti non attribuiscono una effettiva legittimazione attiva ad avviare il procedimento ex art. 173 L.F..

Compito del commissario, infatti, è quello di segnalare i comportamenti indicati dalla norma che, in ogni caso, sono rilevabili anche d'ufficio dal Tribunale, che avvia i relativi procedimenti²¹⁰.

La terza attività che, nella procedura prenotativa, il commissario giudiziale è chiamato ad esercitare può essere definita consultiva.

Il legislatore, infatti, prevede che il Tribunale adotti una serie di atti autorizzatori, dietro parere del commissario²¹¹.

In realtà, si tratta di pareri obbligatori, ma non vincolanti, nel senso che il Tribunale, acquisita l'opinione del commissario, può liberamente non adeguarsi²¹².

²⁰⁵ Si segnala che tali scritture sono a disposizione del commissario giudiziale anche nella procedura prenotativa ex comma 6 art. 161 L.F., atteso il rinvio di tale ultima disposizione a quanto disposto dal comma 2 dell'art. 170 L.F. che dispone che *“I libri sono restituiti al debitore, che deve tenerli a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale”*

²⁰⁶ Poiché *“costituisce il possibile esito negativo della vigilanza compiuta”*, la citazione è di S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op. cit. p. 955

²⁰⁷ Si riporta il comma 1 dell'art. 173 L.F. che prevede che *“Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori e' eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma”*

²⁰⁸ Giusto il disposto dell'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 161 L.F. che dispone che *“il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173 l.f., deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda 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”*

²⁰⁹ Essendo la tematica del controllo sulle condotte indicate all'art. 173 L.F. da approfondire in ottica anti-abuso dell'istituto

²¹⁰ S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op. cit. p. 955

²¹¹ Il comma 7 dell'art. 161 L.F. dispone che il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione solo con autorizzazione del giudice che *“deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato”*.

²¹² Definisce i pareri obbligatori ma non vincolanti anche S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op. cit. p. 955; LAMANNA, *Il decreto del fare e le*

Si segnala, inoltre, che, a fronte di tali pareri obbligatori²¹³, la prassi dei tribunali pare riconoscere anche dei pareri c.d. facoltativi, richiesti cioè dal Tribunale anche in mancanza di una espressa previsione normativa che giustifichi l'intervento, in funzione consultiva, del commissario²¹⁴.

Secondo qualcuno tra i citati pareri facoltativi, tuttavia, andrebbe escluso quello consistente nell'esprimere una valutazione sull'eventuale piano o proposta da presentare prima dell'ammissione.

Presupposto di tale esclusione è il fatto che, in mancanza di una previsione della legge, non si ritiene possibile per il commissario sostituirsi o sovrapporsi all'attestatore chiamato a valutare la portata del piano ed il suo contenuto, allo scopo anche di evitare rischi di conflitti d'interesse²¹⁵.

In questo caso, l'organo di cui si discorre sarà libero di fornire le sue valutazioni in sede di relazione ex art. 172 L.F..

nuove misure di controllo contro l'abuso del concordato, cit. p. 8; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 115

²¹³ C'è da chiedersi, quindi, cosa accada nell'ipotesi in cui il commissario contravvenendo ai suoi doveri, non fornisca il proprio parere. In questo caso, poiché, come detto, gli atti del commissario sono soggetti allo stesso mezzo di impugnazione previsto per gli atti del curatore, l'omissione pare reclamabile ex art. 36 L.F.

²¹⁴ La dottrina cita le ipotesi ex art. 182-quinquies L.F. di autorizzazione al pagamento dei creditori anteriori o a contrarre finanziamenti prededucibili; o ancora il caso di cui all'art. 169-bis L.F. in tema di autorizzazione alla risoluzione o sospensione dei contratti pendenti; l'ipotesi autorizzatoria prevista dall'art. 161, comma 6 e ult. comma L.F. alla proroga del termine di presentazione di piano, proposta e documentazione completa. Sul punto FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, op. cit. p. 955; si mostra preoccupato di un'eccessiva espansione dei poteri del commissario giudiziale nella fase prenotativa G. LO CASCIO, *Concordato preventivo con riserva*, cit., 4; che sottolinea il rischio di uno scenario in cui l'introduzione di tale figura possa cedere "il passo all'originaria concezione restauratrice del concordato preventivo del 1942 affidata alla tutela degli organi giurisdizionali" ; P.F. CENSONI, *Ruolo e responsabilità del commissario giudiziale del concordato preventivo dopo le recenti modifiche della legge fallimentare e nella prospettiva della futura riforma*, pubblicato il 7 luglio 2016 su www.ilcaso.it; D. FILARDI *La figura del (pre) commissario giudiziale nel concordato della riforma 2015 e riflessi sulla c.d. "mobilità gratuita"* in *Crisi d'impresa e fallimento*, 28 aprile 2015 secondo cui "Il Tribunale può "potenzialmente" interloquire e "sentire i creditori" ex art. 161, VIII comma, l.f., con la consulenza di controllo del commissario giudiziale per specifiche posizioni che vedano un interesse particolare dei creditori: per esempio la vendita di un bene immobile nella fase di concordato in bianco, che si reputi urgente e conveniente ma potenzialmente lesiva di un creditore ipotecario e in assenza ancora di attestazione ex art. 160, II comma l.f.."

²¹⁵ Secondo tale tesi, la confusione di ruoli rischierebbe di "pregiudicare l'indipendenza del Commissario nella fase post ammissione, non potendo egli essere chiamato a valutare un piano ed una proposta che si sono avvalse di un suo rilevante contributo" così F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, op. cit.

6. La procedura

L'art 161 L.F. al comma 6 si limita a precisare che la domanda deve essere presentata mediante ricorso, ma poco dice circa il contenuto che lo stesso deve assumere.

In relazione a quest'ultimo è possibile distinguere un contenuto necessario, da individuarsi in quello che obbligatoriamente deve essere presente nella domanda prenotativa e la cui mancanza è sanzionata dal legislatore con la dichiarazione di inammissibilità e un contenuto eventuale, la cui assenza non legittima una pronuncia di inammissibilità, ma si riverbera sulla legittimità degli atti che il richiedente intende compiere²¹⁶.

Con riferimento alla prima tipologia di contenuto, trattandosi di un ricorso, atto giudiziale che inizia un procedimento, la sua ricostruzione non può prescindere da quanto disposto, in quanto a rito, dall'art. 125 c.p.c.²¹⁷ e , dal punto di vista sostanziale, dagli artt. 160 ss. L.F.²¹⁸.

In virtù del combinato disposto, quindi, la domanda dovrà necessariamente contenere, oltre all'indicazione del tribunale cui è rivolta l'istanza²¹⁹ e le generalità del ricorrente, anche il *petitum*.

Quest'ultimo, nella domanda di cui all'art. 161 comma 6 della L.F., deve necessariamente essere individuato nella richiesta di fissazione di un termine entro cui presentare la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione²²⁰.

Non può mancare nel ricorso, infine, la *causa petendi*, da intendersi come l'esposizione, anche se non particolareggiata, delle ragioni per cui il ricorrente ritiene di poter legittimamente accedere alla procedura, con l'attestazione di possedere i relativi requisiti. Fanno parte del contenuto necessario della domanda, quindi, anche l'eventuale documentazione che a questa deve essere obbligatoriamente allegata.

E' possibile pervenire all'individuazione di tale documentazione tramite il confronto tra quanto disciplinato dai primi commi dell'art. 161 L.F., in tema di domanda di concordato preventivo e quanto dettato dal comma 6 dell'art. 161 L.F..

Da tale raffronto, infatti, è credibile dedurre che, in virtù della riserva prevista da tale ultimo comma, il richiedente l'accesso alla procedura prenotativa

²¹⁶ Tale distinzione è presente in M.ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 60

²¹⁷ L'art. dispone che “*Salvo che la legge disponga altrimenti, la citazione, il ricorso, la comparsa, il controricorso, il precetto debbono indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni*”

²¹⁸ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 7

²¹⁹ Competente secondo i criteri di cui all'art. 161, comma 1, l.f

²²⁰ Equivalente alla richiesta di un termine, sarebbe, secondo V.DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, p. 7, anche la semplice “*formulazione della “riserva” di presentazione in un secondo momento della proposta, del piano e della documentazione*”

non deve presentare, insieme al ricorso, la relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore, lo stato analitico ed estimativo delle attività, l'elenco dei titolari di diritti reali e personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, il valore dei beni e i creditori dei soci illimitatamente responsabili, nonché la relazione dell'esperto attestatore.

Esclusa tale documentazione, è possibile affermare che gli unici documenti da allegare ex comma 6 dell'art. 161 L.F. siano i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti²²¹.

Come detto in precedenza, l'obbligo di allegare i bilanci è funzionale alla verifica del possesso, da parte del richiedente, del requisito soggettivo del superamento delle soglie di cui all'art. 1 comma 2 L.F., nonché dell'esistenza dello stato di crisi, fungendo altresì da mezzo per individuare eventuali strumentalizzazioni della procedura prenotativa²²².

Tale ultima conclusione pare contraddetta, almeno in parte, da chi ha individuato, nell'obbligo di allegare i bilanci degli ultimi tre esercizi, una condizione posta esclusivamente quale "indice di serietà" della domanda²²³.

Si tratta, quest'ultima, di una tesi che, tuttavia, pone diversi interrogativi.

Non si comprende, infatti, come l'adempimento dell'obbligo di depositare gli ultimi bilanci garantirebbe la serietà del ricorrente, almeno che non si intenda far combaciare la serietà con l'esercizio dell'attività da almeno tre anni, o, con la regolare tenuta della contabilità.

Questa teoria, quindi, potrebbe far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore ha fatto uscire dalla porta, facendo ritornare quale requisito soggettivo, la c.d. "meritevolezza" del richiedente, da individuarsi questa volta nella regolare tenuta delle scritture contabili²²⁴.

²²¹ P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, op. cit. p. 82; PANZANI, *Il concordato in bianco*, op. cit.; FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, op. cit.

²²² M.ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 62; DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 17, che, in ordine alla verifica dei requisiti soggettivi precisa che la circostanza per cui deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi sia strumentale a consentire al tribunale un riscontro immediato dei presupposti soggettivi pare confermato dal fatto che il legislatore richiede che "si vada indietro proprio agli ultimi tre esercizi: due delle tre soglie dell'art. 1, comma 2, difatti, e segnatamente quella relativa all'attivo patrimoniale e quella relativa ai ricavi lordi sono riferite proprio agli ultimi tre esercizi".

²²³ Cfr., in tal senso, Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, cit., secondo cui l'onere di deposito dei bilanci potrebbe essere finalizzato alla "dimostrazione della necessaria esistenza di una regolare contabilità che costituisce il presupposto minimo per l'allestimento della successiva proposta: in definitiva sembra trattarsi di un semplice filtro di serietà della iniziativa dell'imprenditore in vista delle conseguenze che si riflettono sul ceto creditorio".

²²⁴ Sul tema V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 17 afferma che "al di là dell'affermazione di principio, non sarebbe dato comprendere in che senso il deposito dei tre bilanci testimonierebbe la serietà della domanda. Di certo non nel senso che verrebbe così indirettamente attestata la presenza dell'impresa sul mercato da almeno tre anni, atteso che, se intenzione del legislatore fosse stata quella di non ammettere al beneficio del "preconcordato" un'impresa non radicata da almeno tre anni, il precetto sarebbe stato formulato in modo esplicito e non già affidandolo, in via indiretta, a un onere di allegazione dei bilanci. Ma neanche potrebbe essere inteso nel senso di valutare una sorta di "regolarità" lato sensu

Criticabile pare anche la tesi per cui la finalità dell'obbligo di allegare i tre bilanci ex comma 6 art. 161 L.F. sarebbe simile a quella perseguita dal legislatore tramite l'obbligo di deposito della "aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa" richiesta, per la domanda ordinaria di concordato preventivo, dall'art. 160, comma 2, lett. a).

Secondo tale indirizzo, quindi, il legislatore avrebbe semplicemente sostituito il deposito dei tre bilanci alla relazione di cui alla norma sopra citata, per soddisfare quelle esigenze di urgenza e speditezza tipiche della procedura prenotativa²²⁵.

Anche tale indirizzo pare poco convincente, per due ordini di ragioni.

Innanzitutto qualora tale obbligo fosse collegato alle esigenze di celerità, non si vede perché il legislatore non si sia limitato a richiedere l'allegazione semplicemente dell'ultimo bilancio, piuttosto che richiedere di andare "indietro fino al terzo esercizio precedente".

In secondo luogo, il bilancio, anche dell'ultimo esercizio, pare non potersi sostituire alla relazione di cui si discorre, in quanto lo stesso, per ovvi motivi²²⁶, potrebbe anche non essere aggiornato e "riferirsi ad un esercizio chiuso diversi mesi prima rispetto al deposito della domanda"²²⁷.

Data l'importanza di tale documentazione, in ogni caso, stupisce il silenzio del legislatore in merito alla disciplina applicabile, nelle ipotesi in cui il richiedente sia un imprenditore non soggetto all'obbligo di redazione del bilancio.

In virtù di tale vuoto normativo, in dottrina si è affermato che l'obbligo di allegare i bilanci al ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L.F. non riguardasse gli imprenditori individuali e le società di persone, atteso che il termine bilancio ha un proprio significato tecnico²²⁸.

contabile dell'impresa che accede al beneficio. E ciò in quanto la regolare tenuta delle scritture contabili non sarebbe, come tale, testimoniata dalla presenza in sé dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; ma soprattutto la stessa non costituisce più presupposto soggettivo (di "meritevolezza" dell'imprenditore) come era nel vecchio art. 160 l.f. della legge fallimentare prima della riforma e sarebbe singolare pensare che il Decreto Sviluppo abbia inteso riesumarlo in via indiretta e, quasi, surrettizia, per di più con una norma la cui intenzione era invece proprio quella di allargare (e non già restringere) le maglie della disciplina"

²²⁵ Si pensi, ad esempio, al tempo necessario per redigere l'attestazione di veridicità da parte dell'esperto che accompagna la relazione

²²⁶ essendo il termine di approvazione annuale

²²⁷ Sulla questione ampi chiarimenti in V. Donativi, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 17, il quale contesta anche altra tesi secondo cui il "deposito dei bilanci sarebbe strumentale a consentire al p.m. di valutare eventuali ipotesi di reato e/o di valutare l'opportunità o meno di presentare richiesta di fallimento ex art. 22 l.f. È vero, difatti, che la domanda di preconcordato è comunicata al pubblico ministero. E tuttavia non si comprenderebbe, allora, perché mai l'allegazione dei tre bilanci non sarebbe richiesta per la domanda ordinaria di concordato di cui ai commi 1 e seguenti. In ogni caso, poi, eventuali richieste di fallimento sarebbero comunque posposte all'esito del procedimento di concordato (v. art. 162, comma 2), sicché anticipare le valutazioni del pubblico ministero rispetto a quelle che lo stesso potrebbe comunque svolgere sulla documentazione che sarà presentata entro il termine fissato dal tribunale non avrebbe avuto una specifica utilità".

²²⁸ L. PANZANI L., "Il concordato in bianco", cit., 3.

Tale tesi è stata avversata da chi, pur consapevole che l'obbligo di redigere il bilancio è previsto solo per le società di capitali con scopo di lucro, nonché per le società mutualistiche, ha fatto notare che un obbligo di tenuta delle scritture contabili è previsto per tutti gli imprenditori commerciali.

Da tale circostanza, discende che, sebbene non in forma tecnica, un documento contabile debba essere presentato da tutti coloro che chiedono la concessione del termine di cui all'art. 161, sesto comma L. F..²²⁹

Questione affine alla precedente, inoltre, riguarda l'ipotesi in cui pur essendo il richiedente tenuto alla redazione del bilancio, nel caso specifico, all'atto della presentazione del ricorso non sia ancora stato approvato l'ultimo bilancio, ai sensi degli artt. 2364 e 2478 *bis* c.c., nonché delle norme statutarie.

Anche in questo caso, l'omessa produzione dell'ultimo bilancio non pare causa di inammissibilità del ricorso, a patto che il debitore allegghi alla domanda una situazione patrimoniale aggiornata²³⁰, in modo da permettere al Tribunale la valutazione dell'esistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dal legislatore per la concessione del termine di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. e depositi comunque il bilancio appena questo venga approvato e depositato²³¹.

Secondo tale orientamento, una rigida interpretazione della legge, che escluda la possibilità, per le società che legittimamente non abbiano ancora approvato l'ultimo bilancio, di ricorrere alla procedura di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., *“contrasterebbe con il favor, più volte evidenziato dal legislatore, per gli strumenti di gestione negoziale delle crisi d'impresa e, in assenza della previsione di strumenti di allerta e prevenzione, non incentiverebbe una rapida emersione della crisi mediante il ricorso al concordato con riserva, assegnando invece priorità alla formazione e all'approvazione del bilancio”*²³².

A fronte di tale indirizzo, tuttavia, corre l'obbligo di segnalare altra diversa e autorevole tesi secondo cui nell'ipotesi considerata per presentare un'ammissibile domanda prenotativa è necessaria la preventiva approvazione del bilancio.

²²⁹ Cfr. AUDINO A., *“Sub-art. 161”*, in *“Commentario breve alla Legge Fallimentare”*, a cura di MAFFEI ALBERTI A., Padova, 2013, 1075; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, p. 64 afferma in questo caso, *“dovranno essere allegati le scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c. nonché una situazione economico patrimoniale aggiornata. Si segnala che Tribunale di Mantova del 31 gennaio 2013, reperibile su www.ilcaso.it, ha precisato che “Il deposito del Modello Unico non può sostituire, tra i documenti previsti dall'art. 161, sesto comma, L. F., il deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi, essendo strumento deputato alla determinazione del reddito, che unisce indicazioni frammentarie e risente della variazioni previste dalla specifica normativa fiscale, senza evidenziare l'evoluzione dei rapporti di natura economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa.”*

²³⁰ Si segnala che in assenza di una puntuale indicazione normativa il grado di aggiornamento della situazione patrimoniale deve necessariamente essere determinato dal giudice di merito, caso per caso

²³¹ Così si esprime il Tribunale di Cassino, ordinanza 3 luglio 2014, in Fallimento, 8-9-p. 984, il tribunale di Milano, 2^a sezione civile fallimenti - Plenum 18 ottobre 2012, in www.fallimentarista.it. nelle stesse circostanze, richiede che la società depositi *“una situazione economico-patrimoniale aggiornata (non alla data finale dell'ultimo esercizio, ma ad una data antecedente di non oltre un mese la presentazione della domanda di pre-concordato)”*.

²³² I.L. NOCERA *“Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale”* in Fallimento, 8-9-p. 984

A favore di tale orientamento militerebbe la circostanza che la disciplina sul bilancio prevede altresì l'obbligo di accompagnare a tale documento contabile una relazione del collegio sindacale e del revisore, oltre a particolari adempimenti pubblicitari²³³.

Passando all'altra documentazione da allegare al ricorso, l' art. 161 comma 6²³⁴ prevede l'obbligo di depositare anche l'elenco aggiornato dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti.

Tale adempimento innanzitutto ha la funzione di far conoscere al tribunale la situazione debitoria del richiedente, che difficilmente potrebbe essere ben chiara dalla lettura dei bilanci²³⁵.

Lo stesso, inoltre, consentendo al tribunale di conoscere i nominativi e i recapiti dei creditori del richiedente, è strumentale al potere, riconosciuto all'autorità giudiziaria, di convocazione, in ogni momento, dei creditori ex art. 161 comma 8 L.F. nonché di attivazione del procedimento ex art. 173, L. F.²³⁶.

Accanto a tali funzioni dirette, inoltre, l'obbligo di allegare l'elenco dei creditori pare, infine, implicitamente aiutare lo stesso imprenditore ed i suoi consulenti nell'attività di predisposizione del piano volto a superare la crisi, consentendo una conoscenza effettiva del reale stato debitorio²³⁷.

Tali essendo le funzioni attribuite all'adempimento di cui si discorre, pare lecito affermare che tale elenco, stante anche l'assenza di qualsiasi riferimento normativo²³⁸, non debba contenere l'indicazione delle eventuali cause di prelazione²³⁹.

In aggiunta alla documentazione espressamente prevista dalla norma, inoltre, va segnalato che le prassi dei tribunali, nonché gli approfondimenti dottrinari, hanno individuato ulteriori documenti che il richiedente deve necessariamente allegare alla domanda di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

²³³ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in Tratt. Di diritto fallimentare, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014

²³⁴ Come modificato dal decreto del fare

²³⁵ Tali ultimi documenti, infatti, per i motivi sopra esposti potrebbero non essere aggiornati, ed in ogni caso non forniscono mai un elenco analitico dei debiti, esponendo sinteticamente l'intera massa debitoria, suddivisa al massimo per categoria.

²³⁶ LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, op. cit. p. 3, che precisa che tale adempimento può “*servire più che altro come dato conoscitivo per poter individuare i creditori e procedere alla loro eventuale audizione, secondo una facoltà che...è stata ora esplicitamente attribuita al Tribunale*”. Lo stesso autore, tuttavia, non nega che tale adempimento possa “*contribuire a conferire maggiore serietà alla domanda in bianco, quanto meno perché dovrebbe responsabilizzare il debitore nell'indicazione veritiera delle passività da soddisfare*”

²³⁷ F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.3, 2014, pag. 494

²³⁸ Diversamente da quanto disposto dall'art. 161, comma 2, lett. b) che dispone che il debitore alla domanda di ammissione al concordato preventivo debba allegare “*uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione*”

²³⁹ Così anche la circolare Assonime n. 31/2013, e F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, op. cit.; M.ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit, p. 64

Così, allo scopo di agevolare l'accertamento della competenza del tribunale adito, è stata richiesto il deposito di un certificato camerale aggiornato²⁴⁰.

Parimenti, con la finalità di facilitare l'accertamento del superamento delle soglie di cui al comma 2 dell'art. 1 L.F., qualche giudice ha richiesto obbligatoriamente il deposito delle dichiarazioni fiscali ai fini IVA²⁴¹.

Così come non è mancato chi ha individuato, a carico del debitore, l'obbligo di esporre, nella domanda, la storia dell'impresa, nonché, qualora questa sia esercitata in forma societaria, il dovere di indicare tutte le informazioni e le notizie attinenti alla composizione degli organi sociali²⁴².

Una delle questioni più controverse, in tema di documentazione necessaria da allegare alla domanda ex comma 6 art. 161 L.F., è infine quella relativa a ciò che il richiedente deve allegare per dimostrare l'ammissibilità della domanda alla luce del penultimo comma del medesimo articolo²⁴³.

In merito, si deve evidenziare un contrasto di opinioni tra chi reputa sufficiente una semplice autocertificazione redatta ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445²⁴⁴ o una mera attestazione inserita tra le premesse del ricorso²⁴⁵; e chi invece richiede la produzione di un certificato di cancelleria da cui sia possibile ricavare l'assenza del deposito di un identico ricorso nel biennio precedente.

Tale ultima tesi, tuttavia ha l'inconveniente pratico di limitarsi ad attestare il mancato deposito di identica domanda solo ed esclusivamente presso lo stesso tribunale la cui cancelleria rilascia il certificato.

Nulla esclude, tuttavia, che un analogo ricorso possa essere stato presentato nell'ultimo biennio presso un diverso giudice²⁴⁶.

²⁴⁰ Linee Guida del Tribunale di Milano-Plenum, cit.; Plenum del Tribunale di Monza, cit.; In dottrina, E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. Fall.*, 2013, 2, 10316; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)* che segnala però che la produzione di un certificato camerale "storico", può essere utile "per dimostrare la mancata pubblicazione nel registro delle imprese di analoga domanda nei due anni precedenti"

²⁴¹ Linee Guida del Tribunale di Milano-Plenum, cit; Richiede il deposito di documentazione fiscale anche il Trib. Mantova 31 gennaio 2013, visionabile su www.ilcaso.it,

²⁴² L. PANZANI L., "Il concordato in bianco", cit., 3.

²⁴³ Tale comma prevede che "La domanda di cui al sesto comma e' inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti".

²⁴⁴ Disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa ; « Testo unico documentazione amministrativa »

²⁴⁵ Cfr., senza alcuna pretesa di completezza, Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, cit., 73; Trib. Perugia, 4 ottobre 2012, cit.; Trib. Siena, 23 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 78; Trib. Roma, 14 novembre 2012, *ivi*, 73; Trib. Velletri, 18 settembre 2012, *ivi*, 104; Trib. Benevento, 26 settembre 2012, cit.; Trib. Milano, plenum in data 20 settembre 2012, cit.; Trib. Udine, 27 settembre 2012, in www.ilcaso.it

²⁴⁶ Ciò potrebbe essere possibile nell'ipotesi in cui nei due anni precedenti sia mutata la sede dell'impresa, o nell'ipotesi in cui, non combaciando sede legale e sede operativa, siano state proposte distinte domande, ciascuna considerando una diversa sede.

A fronte di tale conveniente non manca chi ritiene, ai fini della dimostrazione del requisito di cui si discorre, l'allegazione di un certificato storico camerale²⁴⁷.

In relazione a quello che in precedenza è stato definito contenuto eventuale, occorre segnalare che esso non può essere oggetto di un'elencazione esaustiva, posto che lo stesso si pone in stretta connessione con le scelte di risanamento e ristrutturazioni che l'imprenditore richiedente intenderà fare nel corso del procedimento.

Quello che in questa fase è possibile affermare tuttavia, è che più complessa si pone la domanda di accesso alla procedura ex art 161 comma 6 L.F., essendo "riempita" ad esempio di richieste autorizzatorie o comunque della concessione di termini superiori a quelli minimi previsti dalla norma, e più il livello della *disclosure* deve essere alto.

Così, pur dovendo per principio escludere, stante il dettato dell'art. 161 comma 6, che il richiedente debba presentare *ab initio* un piano e la proposta, occorre segnalare che "*l'istanza per l'autorizzazione a compiere atti di straordinaria amministrazione nella fase del termine dovrà essere debitamente dettagliata e supportata da documentazione specifica*"²⁴⁸.

Così come un eventuale richiesta di essere autorizzato allo scioglimento o alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione, dovrà essere accompagnata da una "*dettagliata esposizione dei fatti con l'indicazione della strategia che il debitore intende perseguire per il raggiungimento del fine concordatario*"²⁴⁹.

Anche la richiesta di provvedere al pagamento dei creditori anteriori, consentita dall'art. 182-quinquies, comma 4 L.F., inoltre, dovrà essere accompagnata almeno dalla precisazione, da parte del richiedente, che il concordato che egli intende presentare sarà di tipo "in continuità", risultando impossibile per il Tribunale autorizzare il pagamento dei creditori strategici anteriori, nell'ipotesi in cui il concordato proposto sia di natura liquidatoria²⁵⁰.

Poiché il termine concedibile dal tribunale varia da 60 a 120 giorni, e, per le motivazioni in altra sede fornite, il giudice si limita a fissare quello minimo, salvo che il debitore ne richieda uno maggiore²⁵¹, è condivisibile la tesi per cui in tal caso il debitore debba motivare in qualche modo la richiesta e attestare che nei propri confronti non pendono istanze di fallimento²⁵².

²⁴⁷ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 7 in cui si legge che la soluzione del certificato storico camerale è da preferire perchè "*sarebbe un documento che il debitore può procurarsi assai più agevolmente e che per di più ...andrebbe in ogni caso allegato al ricorso al fine della prova in ordine alla sussistenza di altri presupposti, con conseguente economia di costi e di tempi*"

²⁴⁸ E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, op. cit;

²⁴⁹ E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, op. cit

²⁵⁰ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. , p. 66

²⁵¹ Trib. Milano, plenum in data 20 settembre 2012, cit., secondo cui "*in mancanza di richieste specifiche di maggior termine o, quando pure siano svolte tali richieste, qualora esse siano immotivate o non supportate da idonea documentazione, il termine andrà sempre concesso nel minimo... indicando sempre la data precisa di scadenza*"

²⁵² Sul punto si segnala Trib. Perugia, 4 ottobre 2012 cit., secondo cui il ricorrente che intenda ottenere la concessione del termine massimo, deve presentare un'istanza congruamente motivata, con riferimento alla complessità della proposta o del piano, non essendo a tal fine

Militano a favore di tale conclusione sia ragioni sistematiche e teleologiche, che impongono, anche nell'ottica di un favor per le soluzioni concordate della crisi d'impresa, di non aderire ad una interpretazione troppo sbilanciata sugli interessi del debitore, sia la necessità di non rimettere alla scelte arbitrarie del debitore la durata del blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori²⁵³.

Indicato il contenuto variabile, per i motivi detti, della domanda prenotativa ex comma 6 dell'art. 161 L.F., pare opportuno in questa sede analizzare la forma che lo stesso ricorso deve assumere.

Posto che quest'ultimo, come ampiamente concluso in precedenza, è l'atto introduttivo del procedimento, allo stesso, come per la domanda di concordato ordinaria, sarà applicabile il precetto per cui *“la domanda per l'ammissione alla procedura (...) è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore”*²⁵⁴.

Fatta tale doverosa precisazione, occorre verificare se, per la presentazione della domanda, è necessaria l'assistenza di un legale.

Sul punto, sul presupposto che anche la domanda di cui al comma 6 condivide la stessa natura di atto introduttivo di un procedimento in camera di consiglio, così come previsto dal comma 1 dell'art. 161 L.F., è possibile dedurre che l'atto debba essere presentato necessariamente con l'assistenza tecnico-legale²⁵⁵.

Connessa a tale problematica, pare essere la questione relativa alla modalità di presentazione del ricorso, nell'ipotesi in cui il debitore sia una società.

Nello specifico, infatti, ci si è posti la questione se, anche alla domanda ex comma 6 dell'art. 161 L.F., sia applicabile quanto disposto dall'art. 152 L.F. comma 2 e 3.

sufficiente la mera allegazione della non pendenza di procedimenti per dichiarazione di fallimento;

²⁵³ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 10

²⁵⁴ Così come previsto dall'art. 161 comma 1 della L.F.. E' ovvio, poi, che, nell'ipotesi in cui il richiedente sia una società, il ricorso dovrà necessariamente essere sottoscritto da coloro che ne hanno la rappresentanza ai sensi dell'art. 152 comma 1 L.F.. Su tali punti V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 6, il quale precisa che la portata del principio deve essere intesa nel senso che *“non sarebbe sufficiente la sottoscrizione da parte del legale patrocinante, essendo necessaria la specifica sottoscrizione dell'atto da parte del debitore anche in caso di rappresentanza tecnica”*. Contro A. AUDINO *Art. 161*, in Commentario breve alla legge fallimentare, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, p. 1078

²⁵⁵ Così in M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 164, A. AUDINO, *Art. 161*, op. cit. p. 1087; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 6; E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, op. cit., il quale tuttavia avverte che *“tale interpretazione è stata oggetto di divergenze tra i diversi tribunali, la maggioranza dei quali, a differenza di quello di Milano, considera che sia sufficiente la sottoscrizione del ricorso da parte del debitore; il Tribunale di Milano, plenum del 20 settembre 2012, cit. precisa invece che “trattandosi di domanda formulanda con ricorso occorre l'assistenza sempre di un avvocato. Qualora manchi la procura, è possibile dare corso ad integrazioni istruttorie successive con la sua produzione”*.

In altri termini, la questione è se, anche nel procedimento prenotativo, debba essere redatto e poi allegato, il verbale notarile contenente la decisione della società di presentare la domanda di concordato e la successiva iscrizione al registro delle imprese²⁵⁶.

Sulla questione, senza dilungarsi, si segnala che tra gli studiosi e la giurisprudenza è possibile individuare vari indirizzi.

Partendo dall'indirizzo che considera la fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., una mera anticipazione della procedura concordataria tradizionale, priva quindi di autonomia ontologica, non è mancato chi ha asserito che le citate formalità fossero necessarie solo nella fase successiva della presentazione della proposta di concordato completa.

Secondo la tesi che si espone, quindi, gli adempimenti di cui all'art. 152 L.F. sarebbero connesse esclusivamente alla presentazione della proposta e del piano di concordato.

Tale conclusione, sarebbe verificabile già dalla lettura della norma che testualmente, prevedendo che l'oggetto della deliberazione debba essere "la proposta e le condizioni del concordato", esclude qualsiasi riferimento alla domanda e al ricorso²⁵⁷.

Per tale tesi, quindi, la formalità di cui all'art. 152, sarebbe funzionale alla mera individuazione della parte che ha il potere di formulare la proposta negoziale da sottoporre ai creditori in nome della società, dovendosi escludere qualsiasi rilevanza in materia processuale e di domanda giudiziale.

Pare partire dallo stesso presupposto ricostruttivo per giungere ad una differente soluzione, invece, quella teoria che afferma che le formalità di cui all'art. 152 L.F. possano essere osservate indifferenemente in almeno uno dei momenti della presentazione del ricorso prenotativo o della successiva presentazione del piano e della proposta.

Secondo l'indirizzo di cui sopra, quindi, qualora le citate formalità siano state adempiute nella fase della domanda con riserva, il proponente non sarebbe obbligato a ripeterle nella fase successiva della presentazione della proposta concordataria, e, allo stesso modo, qualora sia stato presentato il ricorso con riserva senza aver prima deliberato al riguardo ex art. 152 L.F., il richiedente sarebbe obbligato ad adempiere a tale ultima formalità prima di depositare la proposta²⁵⁸.

²⁵⁶ I commi 2 e 3 dell'art. 152 L.F., dettato in tema di concordato fallimentare dispongono che "La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto: a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed e' depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile.)

²⁵⁷ Secondo V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 12, "È testualmente evidente, dunque, che le formalità in questione sono riferite all'atto negoziale rivolto ai creditori, più che all'atto processuale indirizzato al tribunale"

²⁵⁸ Al riguardo si segnala che il Trib. Milano, plenum in data 18 ottobre 2012, cit., ha affermato appunto che le formalità ex art. 152 L.F. dovessero essere prodotte insieme alla proposta,

A fronte di tali indirizzi, si segnalano diversi orientamenti che, sul presupposto dell'autonomia ontologica della fattispecie di cui all'art. 161 comma 6 L.F., rileggono le disposizioni di cui all'art. 152 L.F. in modo diverso.

Qualche operatore²⁵⁹, infatti, valutando entrambi i momenti particolarmente delicati per la società, ha affermato che le formalità disposte da tale ultimo articolo, sono da adempiere in entrambe le fasi²⁶⁰ della presentazione del ricorso con riserva e del deposito della proposta e del piano.

Secondo tale indirizzo, non osterebbe a tale conclusione la circostanza che la norma faccia riferimento esplicito solo alla proposta, posto che, solo con l'introduzione della fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F. ad opera del decreto sviluppo, si è assistito ad una “*disarticolazione diacronica*” tra domanda giudiziale e proposta²⁶¹.

Si tratterebbe, quindi, di effettuare un'interpretazione estensiva della norma, in virtù delle modifiche successive del testo normativo, che tuttavia, secondo qualche autore, mal si concilierebbe con una diversa interpretazione di natura teleologica.

La tesi che si espone, infatti, richiedendo la duplicazione delle formalità sia nella fase prenotativa che nella successiva, connotata dal deposito della proposta, finirebbe per svilire la funzione della fattispecie, conducendo ad una dispersione di risorse e di tempo che contrasterebbe con le esigenze di celerità e

precisando tuttavia che “ *questo è anche il comportamento preferibile, anche se non può escludersi che il ricorrente depositi tali verbali al momento stesso in cui deposita la domanda (ricorso) di concordato*”. Si segnala che in una successiva pronuncia, lo stesso Trib. Milano con sentenza del 21 febbraio 2013, in www.ildirittodegliaffari.it, ha affermato che “*il verbale redatto dal notaio, di cui all'art. 152 l.f., come richiamato dall'art. 161 l.f. ... non deve riguardare la proposizione della domanda di concordato, ma deve essere riferito alla proposta ed alle condizioni del concordato preventivo; deve quindi essere in ogni caso effettuato al momento in cui la proposta di concordato deve essere presentata* ». Critiche a tale tesi sono rinvenibili in V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 12, secondo cui tale conclusione “*finirebbe per rimettere alla scelta del ricorrente (e quindi, in definitiva, all'arbitrio della maggioranza e/o degli organi sociali) il momento in cui adempiere alle condizioni di cui all'art. 152, commi 2 e 3, così finendosi per vanificare (per lo meno in parte) gli scopi perseguiti dal sistema e l'assetto di tutele e di equilibri interni alla società che lo stesso intende realizzare*”

²⁵⁹ Consiglio Nazionale del Notariato, *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 1002013/

I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 febbraio 2013, p. 16; Trib. Terni, 28 gennaio 2013, in www.ilcaso.it; M. Del Linz, *La domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 168, secondo cui l'adempimento della formalità è necessario nel momento della presentazione della domanda con riserva, ma è “opportuno” un nuovo adempimento anche in riferimento alla proposta completa.

²⁶⁰ Secondo tale tesi, quindi, le formalità di cui all'art. 152 L.F. devono essere assolte due volte nell'ipotesi di procedimento ex art. 161 comma 6 L.F.

²⁶¹ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 11 secondo cui “*il riferimento testuale a un solo adempimento sarebbe in linea di principio superabile attraverso un'interpretazione evolutiva del disposto normativo, potendosi agevolmente spiegare col fatto che, al momento della sua formulazione, tanto il concordato fallimentare quanto lo stesso concordato preventivo si articolavano in una domanda recante già una proposta completa, mentre la disarticolazione diacronica dei due atti è stata introdotta successivamente col Decreto Sviluppo*”

semplicità manifestate anche dal legislatore e dal suo *favor* per le soluzioni concordate della crisi d'impresa²⁶².

In virtù delle citate critiche, quindi, altra tesi ha affermato che il rispetto delle formalità di cui all'art. 152 L.F. sia necessario solo nel momento della presentazione della domanda di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

Pare evidente che anche tale indirizzo²⁶³ si giustifica solo effettuando la già citata interpretazione evolutiva dell'art. 152 L.F., l'unica idonea a superare il dato letterale presente nello stesso ultimo articolo citato, ma ha il merito di far notare che, anche da un punto di vista testuale, il comma 4 dell'art. 161 L.F., dispone che è la domanda e non la proposta, a dover essere approvata e sottoscritta ai sensi dell'art. 152 L.F.²⁶⁴.

Tale tesi, anche da un punto di vista teleologico, inoltre, fa presente che l'adempimento delle formalità di cui si discorre si giustifica anche in virtù della rilevanza, pure in tema di preclusioni²⁶⁵, che la presentazione del ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L.F. può assumere sulla vita della società richiedente.

Le stesse formalità, inoltre, secondo la tesi che si espone, servirebbero a scongiurare *“il rischio che il ricorso al concordato possa risultare strumentale e abusivo”*²⁶⁶.

²⁶² V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 11

²⁶³ per tutte Trib. Modena 30 novembre 2012, in www.ilcaso.it, I, 8196; Trib. Bolzano 25 settembre 2012, in www.ilfallimentarista.it.

²⁶⁴ Il comma 4 dell'art. 161 dispone infatti che *“Per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152”*. Si segnala che i critici a tale tesi evidenziano che *“l'art. 161, comma 4, parli di “domanda”, quindi, è agevolmente spiegabile con il fatto che, prima dell'introduzione del sesto comma, domanda e proposta convergevano in un unico atto; mentre sul piano letterale occorrerebbe dare conto del perché, invece, l'art. 152 indichi testualmente che oggetto dei canoni deliberativi e formali ivi prescritti debbano essere “la proposta” e (con separata e puntuale indicazione, anche) “le condizioni” del concordato”*. Il corsivo è di V.DONATIVI, op. cit. sopra in nota 285

²⁶⁵ Sul punto, pare sufficiente il riferimento alla preclusione biennale sancita dal comma 9 dello stesso art. 161 per il caso in cui la domanda con riserva non sia seguita dall'ammissione al concordato

²⁶⁶ contra V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, op. cit., p. 11 che conclude facendo notare che *“Non si coglie, invece, la correlazione talora ravvisata tra un'interpretazione che non richiedesse il rispetto dell'art. 152 l.f. in questa fase e il rischio di strumentalizzazione dello strumento che si ritiene che da ciò stesso potrebbe discendere in pregiudizio dei diritti dei creditori. Non sembra, difatti, che la ratio sottesa alla norma trovi il suo fulcro nella tutela dei terzi (e, dunque, di interessi “esterni” alla società), potendosi la sua funzione più agevolmente ravvisare in ragioni “interne” alla società stessa e in qualche modo legate a suoi assetti di governo. In ogni caso, poi, non si comprende in che modo l'osservanza dei canoni deliberativi e formali ivi prescritti possa fornire un contributo contro il rischio di un uso strumentale o abusivo dell'istituto”*

7. Gli effetti “propri” della domanda con riserva

La domanda di cui al comma 6 dell’art. 161 L.F. dopo il deposito in cancelleria, è comunicata al pubblico ministero ed entro il giorno successivo è pubblicata presso il registro delle imprese.

Successivamente, con decreto motivato, il Tribunale, qualora non vi siano cause ostative, fissa il termine entro cui il richiedente deve presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo, o in alternativa la domanda ai sensi dell’articolo 182-bis, primo comma.

L’approfondimento della tematica degli effetti dell’istituto della domanda con riserva, quindi, necessita di un’analisi delle varie fasi, posto che diversi sono gli effetti che conseguono dal deposito della domanda, dall’iscrizione della stessa nel registro dell’impresa, dalla concessione del termine di cui al comma 6 della’art. 161 L.F..

Segue. Gli effetti conseguenti al deposito della domanda

Iniziando dal momento del deposito della domanda, è possibile così evidenziare che tale formalità sottopone il richiedente al regime di cui al comma 7 dell’art. 161 L.F.²⁶⁷.

In virtù di quanto disposto da tale norma, quindi, il debitore mentre potrà compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione, vedrà limitarsi tale possibilità per gli atti di straordinaria amministrazione, che saranno possibili solo se urgenti e dietro autorizzazione del Tribunale.

Sempre a decorrere dal deposito della domanda, inoltre, il debitore non avrà la libertà di pagare i debiti sorti antecedentemente, fatto salvo quanto disposto all’art. 182-quinquies, comma 5 L.F.²⁶⁸, né avrà la facoltà di contrarne

²⁶⁷ Il comma 7 dell’art. 161 L.F. dispone che “*Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all’articolo 163 il debitore puo’ compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale puo’ assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore puo’ altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell’articolo 111*”

²⁶⁸ La norma dispone, infatti, che “*Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell’articolo 161 sesto comma, puo’ chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L’attestazione del professionista non e’ necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell’ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori*”. Sul tema il Tribunale di Rovigo 1 agosto 2016 in Fallimento, 2017, 2, 223 nota di Bottai, ha affermato che “*Durante la procedura di concordato preventivo con*

di nuovi, in assenza delle condizioni di cui all'art. 182-quinquies, comma 1²⁶⁹e comma 3²⁷⁰ L.F..

Ai sensi dell'art. 169-bis, inoltre, il debitore dal momento della presentazione della domanda può chiedere al Tribunale²⁷¹ di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti non ancora completamente eseguiti.

In alternativa, la stessa norma prevede la possibilità di richiedere la sospensione del vincolo contrattuale per una durata non superiore a 60 giorni, eventualmente prorogabile per una sola volta²⁷².

Dal momento in cui viene presentata la domanda, inoltre, nell'ipotesi in cui il richiedente sia una società di capitali, a quest'ultima non saranno applicabili le norme in tema di riduzione di capitale, di cui agli artt. 2446 c.c., commi 2 e 3, 2447 c.c., 2482-bis c.c., commi da 4 a 6 e 2482-ter c.c..

Parimenti a tale ultimo richiedente non risulteranno applicabili le norme relative allo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 c.c., n. 4), e 2545- duodecies c.c.²⁷³.

riserva, sia nella fase precedente all'ammissione, sia dopo, non può essere eseguito il pagamento dei crediti sorti anteriormente al deposito del ricorso, essendo pregiudizievole della par condicio creditorum, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 168 e 184 L. F., salve le ipotesi espressamente indicate dall'art. 182-quinquies L. F. La ratio del principio enunciato trova fondamento nel fatto che il pagamento di crediti concorsuali si porrebbe in un momento antecedente all'esecuzione del concordato e violerebbe l'ordine dei diritti di prelazione, finendo per soddisfarli in misura integrale, immediata e superiore al trattamento riservato ai creditori aventi medesimo rango.”

²⁶⁹ Tale norma dispone che “*Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori”*

²⁷⁰ Tale norma dispone che “*Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e)... può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda”*

²⁷¹ Che decide con decreto motivato sentito l'altro contraente e assunte, ove occorra, sommarie informazioni

²⁷² Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente

²⁷³ L'art. 182-sexies L.F. dispone infatti che “*Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma... non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-*

Fatta tale doverosa elencazione, nei successivi paragrafi si approfondiranno alcune problematiche sorte in tema di regime autorizzativo nell'ambito della procedura di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione

In relazione al regime autorizzativo degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, si segnala che, non potendo il ricorrente ex comma 6 dell'art. 161 L.F. compiere atti non urgenti²⁷⁴, la disciplina applicabile alla gestione dell'impresa nella fase prenotativa risulta essere più rigorosa di quella applicabile all'imprenditore ammesso al concordato preventivo ex art 167 L.F.²⁷⁵.

Si tratta a questo punto di verificare quando un atto possa ritenersi di straordinaria amministrazione.

Sul punto si segnala che la problematica è stata già affrontata dai commentatori di cui all'art. 167 L.F., ma i risultati, sebbene per scopi diversi, possono essere ritenuti acquisibili anche in tema di autorizzazione al compimento di atti nella fase successiva al deposito della domanda prenotativa di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

Sul tema, tuttavia, si riscontra una diversità di opinione.

duodecies del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile"

²⁷⁴ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, per cui "Questa sembra in effetti la lettura più logica e ragionevole. Non sembra infatti accettabile una lettura soltanto semi- restrittiva, come quella secondo cui il ricorrente potrebbe invece comunque compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione, con l'unica conseguenza che ad essi non potrebbe riconoscersi la prededuzione e che poi, in caso di eventuale fallimento, resterebbero soggetti a revocatoria e ad eventuale sanzione penale per bancarotta. È infatti evidente che proprio tale soggezione ai ridetti effetti sanzionatori può derivare solo da una qualificazione degli atti in oggetto in termini di disvalore, di illegittimità (e forse ancor meglio di illiceità), situazione che non potrebbe non rilevare anche sotto il profilo della inammissibilità sopravvenuta della domanda in ragione dell'abusivo comportamento del debitore"; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 110.

²⁷⁵ Tale norma, infatti, dopo aver precisato che durante la procedura di concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sebbene sotto il controllo del commissario giudiziale, dispone che gli atti di straordinaria amministrazione devono essere autorizzati dal giudice, salvo le condizioni di cui al comma 3. In ogni caso la norma consente l'autorizzazione per tutti gli atti, a prescindere dall'urgenza, mentre in tema di ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L.F., sono autorizzabili solo gli atti di straordinaria amministrazione urgenti. Non sono autorizzabili e quindi il debitore non può compierli, gli atti straordinari non urgenti. Si riporta parte dell'art. 167 L.F.: "Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. ... in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato. Con il decreto previsto dall'articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma"

Vi è così chi²⁷⁶ utilizza, per individuare la natura straordinaria dell'atto, un criterio tipologico basato sull'attività d'impresa ordinariamente svolta dal debitore e definisce un atto di straordinaria amministrazione solo quando il suo compimento modifica *“la struttura economico-organizzativa dell'impresa”*.

A fronte di tale conclusione, tuttavia, non è mancato un indirizzo diverso, che, facendo applicazione di criteri funzionali, valuta la straordinarietà dell'atto con riferimento agli obiettivi futuri perseguiti dalla gestione e non più al tipo di attività generalmente svolta dall'impresa²⁷⁷.

Se fondamentale, per l'accertamento dell'ordinarietà dell'atto, è l'individuazione degli obiettivi gestori che il debitore vuole perseguire, ne deriva che la natura straordinaria di un atto deve essere contestualizzato all'interno della procedura di risoluzione della crisi in cui si richiede l'autorizzazione²⁷⁸.

In ogni caso, quale criterio si voglia utilizzare, tipologico o funzionale, a chi scrive pare opportuno evidenziare che al fine di individuare le ipotesi in cui un atto debba essere considerato di ordinaria amministrazione, non può mai mancare una valutazione c.d. quantitativa.

L'atto, cioè, pur essendo funzionale al tipo di impresa o all'obiettivo getorio perseguito, deve essere sempre proporzionato rispetto al patrimonio del debitore, per essere considerato di ordinaria amministrazione²⁷⁹.

²⁷⁶ Cass. 5.12.2011, n. 25952, secondo cui *“nell'attività d'impresa, l'ordinaria amministrazione non si distingue dalla straordinaria amministrazione per la natura conservativa dell'atto (criterio valido, invece, nell'amministrazione del patrimonio degli incapaci), in quanto l'esercizio imprenditoriale presuppone necessariamente il compimento di atti dispositivi, e non meramente conservativi, sicché la distinzione va fondata, per contro, sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione normale del tipo d'impresa e con le relative dimensioni. Pertanto, sono atti di straordinaria amministrazione solo quelli che modificano la struttura economico-organizzativa dell'impresa”*.

²⁷⁷ Il Tribunale di Padova, del 15 novembre 2013, ha precisato che è di ordinaria amministrazione la stipula di contratti essenziali alla prosecuzione degli appalti in quanto atto normale *“in relazione allo svolgimento dell'attività di impresa di cui la società ha già prospettato la continuazione ai fini della presentazione di un piano di concordato preventivo ex art. 186 bis L.F”*. anche secondo G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1122, la tesi tipologica è da criticare, in quanto sebbene *“sarebbe la definizione più aggiornata di atto di straordinaria amministrazione. Tuttavia, quando un atto può dirsi modificativo della struttura economico-organizzativa dell'impresa? La soluzione al quesito fornita dal Giudice delle Leggi, riporta tautologicamente al criterio tipologico”*

²⁷⁸ G. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, in *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 56, secondo il quale *“anche e soprattutto in ragione delle differenti finalità perseguibili dal concordato preventivo, sembra qui più che altrove opportuno fare riferimento al criterio della “normalità” rispetto alla tipologia di “gestione” che si persegue: criterio adottato dalla stesa giurisprudenza, con la precisazione, peraltro della sua operatività soltanto al di fuori degli atti di straordinaria amministrazione già “tipizzati” dal diritto positivo”*. La conclusione per cui la finalità della procedura sia fondamentale per l'applicazione del criterio funzionale, trova conferma in quelle pronunce della giurisprudenza in cui si è ritenuto di ordinaria amministrazione, non rilevando l'importo del compenso, il conferimento dell'incarico ad un professionista in quanto strumentale alla predisposizione del piano. Sul tema Cass. 8 novembre 2006, n. 23796, Tribunale di Roma, 1 aprile 2014

²⁷⁹ G. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, in *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 56.

La conclusione per cui l'aspetto quantitativo non sia irrilevante ai fini della valutazione di cui si sta trattando, pare confermata dal dettato dello stesso art. 167 L.F. che, al comma 3, prevedendo la deroga al regime autorizzatorio previsto in tema di atti di straordinaria amministrazione nel concordato preventivo, per l'atto che si pone sotto la soglia stabilita dal giudice, finisce per equiparare tale atto a quello di ordinaria amministrazione.

E' ovvio, comunque, che la valutazione della rilevanza economica dell'atto, la c.d. neutralità²⁸⁰, deve essere valutata con riferimento al caso concreto²⁸¹.

Dopo tale ricostruzione sulla distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione, si reputa necessario calare i sopra esposti principi nell'ambito dell'istituto oggetto di trattazione.

Preliminarmente si evidenzia che il legislatore pare aver utilizzato il criterio funzionale nella disciplina prevista dal comma 7 dell'art. 161 L.F.²⁸².

In virtù della funzione *latu sensu* cautelare del ricorso di cui al comma 6 di tale ultimo articolo, infatti, il legislatore saggiamente ha escluso, dalla possibilità di autorizzazione, gli atti straordinari non urgenti.

Se la funzione dell'istituto è cautelare, infatti, la gestione dell'impresa, in questa fase, deve essere finalizzata in primis alla conservazione del patrimonio²⁸³.

²⁸⁰ FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1058, parla di "neutralità, nel senso di individuare l'atto di ordinaria amministrazione in quello che ha effetti neutrali nei confronti del patrimonio del richiedente.

²⁸¹ Tribunale di Padova, del 15 novembre 2013, , ha ritenuto che la natura degli atti sia da valutare "in relazione sia alla normalità degli stessi rispetto allo scopo della gestione dell'attività di impresa e all'entità del patrimonio, sia rispetto agli interessi del ceto creditorio e quindi in definitiva della procedura". Per tale motivo, il tribunale fa applicazione del principio enunciato da Cass. 11 agosto 2004 n. 15484 secondo cui "Atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di una impresa in bonis possono, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nell'ambito di una procedura concordataria laddove gli stessi dovessero investire interessi del ceto creditorio o incidere negativamente sulla procedura concorsuale perché, ad esempio, sottraggono beni alla disponibilità della stessa ovvero ostacolano o ritardano la procedura di liquidazione nel caso di concordato con cessione dei beni."

²⁸² La conclusione pare essere confermata anche da recente giurisprudenza di Cassazione, come Cass. civ. 10 gennaio 2017, n. 280, in *Fallimento*, 2017, 3, 264 che, nel fare uso del criterio funzionale ha specificatamente fatto notare che "Le prestazioni rese dai professionisti o comunque da terzi in chiave preparatoria della proposta e del piano, da depositarsi dopo l'inoltro della domanda di concordato con riserva, generano crediti che possono essere direttamente pagati dal debitore, anche senza autorizzazione del giudice ed altresì prima della ammissione al concordato stesso, non assumendo detti pagamenti, in quanto tali, la natura di atti di straordinaria amministrazione. ... Compete all'organo concorsuale che invochi la sanzione dell'art. 173 L. F. allegare e dimostrare che si è trattato di atti eccedenti quanto ordinariamente necessario per il corredo della domanda ovvero estranei allo scopo concorsuale;

²⁸³ M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 182, che "evidenzia che l'imprenditore anche nello svolgimento della gestione ordinaria non appare completamente libero, in quanto si ritiene possa compiere solo gli atti essenziali ad un corretto going concern".

Solo l'urgenza, quindi, rende compatibile l'atto di straordinaria amministrazione, che incide negativamente sul patrimonio del debitore, con la funzione *latu sensu* cautelare della procedura prenotativa²⁸⁴.

L'atto urgente, quindi, può essere autorizzato solo perché la sua eventuale posticipazione, alla fase successiva della procedura, potrebbe causare un pregiudizio maggiore al patrimonio del debitore e quindi agli interessi dei creditori²⁸⁵.

Facendo applicazione degli ulteriori principi sopra elencati, secondo cui la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione dovrebbe fondarsi su una valutazione, in concreto, delle finalità gestorie del ricorrente e sulla neutralità di tale atto sul patrimonio del debitore, è possibile affermare che, nell'ipotesi di presentazione di una domanda con riserva ex comma 6 dell'art. 161 L.F., per consentire la citata valutazione, il debitore debba fornire, sebbene non completa, una soddisfacente *disclosure* su ciò che ha intenzione di fare dopo la fissazione del termine.

Non si tratta, è bene sottolinearlo, di dover presentare un piano, come richiesto da una prima giurisprudenza chiamata a pronunciarsi²⁸⁶, ma di fornire al giudice, anche allegando documentazione contabile e contrattuale, tutti gli elementi per dimostrare che un'eventuale differimento dell'atto alla fase successiva della procedura, potrebbe maggiormente pregiudicare il patrimonio del debitore e quindi danneggiare gli interessi dei creditori²⁸⁷.

²⁸⁴ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, che afferma che “*se l'atto nemmeno fosse urgente, il suo compimento potrebbe trovare giustificazione solo in relazione ad una programmazione futura, in ragione cioè del suo inserimento nel piano concordatario, ovvero nella sua utilità (o non dannosità) alla stregua di una valutazione positiva compiuta dal Giudice Delegato dopo l'ammissione al concordato, in sede di autorizzazione rilasciata ex art. 167 l. fall*”; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1133; A. M. LEOZAPPA, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, www.ilfallimentarista.it, secondo cui “*è proprio il requisito normativo dell'urgenza l'indice che, nella ratio dell'art. 161 l.f., presidia il corretto andamento della procedura nel periodo dato*”.

²⁸⁵ FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1057, “*Quando si parla di urgenza v'è da pensare che il tema sia quello di operare una comparazione fra l'utilità di compiere un atto subito e quella di poter attendere l'ammissione al concordato*”.

²⁸⁶ Tribunale di Arezzo, del 4 ottobre 2012; Tribunale di Mantova, del 27 settembre 2012; Tribunale di Monza, del 16 gennaio 2013.

²⁸⁷ F. LAMANNA *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, op. cit. secondo il quale l'urgenza può essere dimostrata “*semplicemente con documentazione contrattuale o contabile, a prescindere da piani o proposte definitive, che di quell'urgenza non (necessariamente) potrebbero aver tenuto conto*”; P. BALDASSARRE, *Preconcordato e criteri per autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione*, in www.ilfallimentarista.it, secondo cui “*eccezionalità, urgenza ed opportunità dell'operazione non si ricava necessariamente dal piano, bensì da una chiara informativa dell'imprenditore circa il beneficio che l'operazione in sé può apportare all'azienda ed al ceto creditorio in generale, evitando un inutile aggravamento del dissesto finanziario patrimoniale della proponente*”.

Lo scioglimento o la sospensione dei contratti pendenti

La possibilità per il debitore di ottenere l'autorizzazione allo scioglimento del vincolo contrattuale è stata introdotta, con l'art. 169-bis L.F., dal Decreto Sviluppo.

Tale norma, anche nella sua formulazione iniziale, mirava a contemperare vari interessi configgenti: (i) quello dei contraenti *in bonis* alla regolare esecuzione del contratto (ii) quello del debitore a non essere vincolato da precedenti vincoli contrattuali nella predisposizione del piano (iii) quello dei creditori a non subire ulteriori costi derivanti dalla prosecuzione dei contratti²⁸⁸.

In virtù del fatto che il dato letterale nulla diceva, fin dall'entrata in vigore della norma si è discusso se la stessa fosse applicabile anche all'ipotesi di presentazione del ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F.²⁸⁹.

In particolare si dubitava della compatibilità dell'effetto definitivo dello scioglimento del contratto con la provvisorietà della fase prenotativa²⁹⁰.

Anche la giurisprudenza che ha ammesso fin dall'inizio la possibilità per il richiedente il termine ex comma 6 dell'art. 161 L.F. di richiedere di essere autorizzato allo scioglimento del vincolo contrattuale, ha comunque richiesto una *disclosure* da parte del debitore circa almeno la tipologia di proposta che intenderà produrre²⁹¹.

²⁸⁸ E. GAI, *Il concordato e le c.d. autorizzazioni speciali*, Focus del 06 febbraio 2013, in *Il fallimentarista.it*

²⁸⁹ Trib. Verona 31 ottobre 2012; App. Brescia 19 giugno 2013 hanno escluso che la disciplina di cui all'art. 169-bis L. F. possa essere applicata anche alla domanda in bianco, essendo applicabile unicamente nell'ambito del ricorso per concordato di cui al primo comma dell'art. 161 l fall.; contro Trib. Terni 27 dicembre 2013, che ha ritenuto che il riferimento al "ricorso di cui all'art. 161" contenuto nell'art. 169-bis L. F. possa riferirsi anche al comma 6 del citato articolo. Una tesi intermedia, invece ritiene applicabile alla procedura prenotativa solo la parte della norma che consentiva la sospensione del vincolo contrattuale. Così Trib. Piacenza 5 aprile 2013; Tribunale di Vicenza 25 giugno 2013, Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in dottrina, sulla problematica della compatibilità SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013 p. 1209; M. FABIANI, *La domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Foro It.*, 2012, I, p. 3184; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013 p. 82; E. CECCHERINI, *Il Concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 2 ; E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il decreto sviluppo: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, op. cit., p. 426; PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato, in società*, 2013, p. 565

²⁹⁰ M. VITIELLO, *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, in *Il Fallimentarista*; D. FICO, *Applicabilità dell'art. 169-bis al concordato preventivo con riserva: scioglimento di un contratto di interest rate swap*, *ivi*; F. FIMMANO', *sub art. 169 bis*, in *Il concordato e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, op. cit., p. 357, afferma che "mentre nel concordato pieno...lo scioglimento ha valore ed effetto definitivo, anche dopo la chiusura delle procedure, costituendo un modo di definizione dei rapporti pendenti nell'interesse della massa e del contraente in bonis..., nel pre-concordato, lo scioglimento è incompatibile con la natura provvisoria dello strumento, che potrebbe essere riempito da un ricorso per omologa di un accordo di ristrutturazione, al quale è sicuramente estranea la disciplina dell'art. 169-bis"

²⁹¹ Trib. Terni, 27 dicembre 2013, in *il caso.it*; App. Venezia, 20 novembre 2013, in *il caso.it*; Trib. Roma, 20 febbraio 2013, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di Vitiello, per il quale sarebbe tuttavia "indispensabile che il debitore che ha formulato la domanda di concordato ai sensi dell'art. 161 comma 6 L. F. prospetti al tribunale i contenuti di proposta e piano

Il vero problema, infatti, è che nel concordato preventivo c.d. tradizionale, l'autorità giudiziaria ai fini autorizzatori, ha sempre finito per valutare la coerenza dello scioglimento con quanto previsto nel piano e nella proposta.

Nel ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., tuttavia, per definizione è assente il piano, per cui viene meno la valutazione di coerenza con lo scioglimento²⁹².

Detto ciò a parere di chi scrive, la norma di cui all'art. 169-bis L.F. anche da un punto di vista testuale non pare escludere la propria applicabilità alla fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., riferendosi generalmente al “ricorso di cui all'articolo 161”.

Non pare cogliere nel segno, infatti, quell'indirizzo che afferma che ove il legislatore avesse voluto estendere la disciplina dei contratti in corso di esecuzione al preconcordato, lo avrebbe fatto espressamente, come è avvenuto all'art. 182-*quinquies*, L.F.²⁹³.

Tale ultima conclusione, infatti, pare non tener in debito conto la circostanza che il ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 e la disciplina di cui all'art. 169-bis L.F. sono stati introdotti contestualmente.

Tale circostanza induce a ritenere che il riferimento al ricorso di cui all'art. 161 L. F., sia onnicomprensivo di entrambe le alternative offerte dal legislatore²⁹⁴.

Non convincente, ai fini dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 169-bis L.F. alla domanda in bianco, pare essere anche un altro argomento letterale.

accompagnati da una prima relazione del professionista che sia funzionale ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità di quanto prospettato”; Trib. Monza 16 gennaio 2013; Trib. Biella 13 novembre 2012, in il caso.it; Trib. Como, 5 novembre 2012, in il caso.it; Trib. La Spezia, 24 ottobre 2012, in Fallimento, 2013, p. 77; Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in il caso.it,

²⁹² Sulla questione Trib. Arezzo 18 giugno 2013, inedita ma citata da FIMMANO', sub art. 169-bis, in Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti, op. cit. p. 384, nota 39, ha affermato che “*il presupposto per disporre lo scioglimento dei contratti ex art. 169 bis è dato dalla coerenza della cessazione di efficacia dei rapporti contrattuali con il piano al fine di assicurare un amaggiore par condicio credito rum, sicchè si rende necessario per il tribunale attendere il deposito del piano nella sua completezza, all'interno del quale il creditore darà conto della dettagliata incidenza sulla proposta concordataria di ogni singolo contratto e indicherà tra le poste passive l'eventuale importo determinato a titolo di indennizzo in favore dei contraenti in bonis*”

²⁹³ C. CAVALLINI, *Spigolature e dubbi in tema di preconcordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti*, in www.ilfallimentarista.it secondo cui “*mi pare forte l'argomento letterale e sistematico, nel contempo, della mancata esplicitazione espressa di un richiamo all'art. 161, comma 6 L. F. da parte dell'art. 169-bis L. F., soprattutto se si considera che la disciplina in esso prevista è una disciplina eccezionale e derogatoria di un principio opposto (quello della normale prosecuzione dei contratti)*”. G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in Fallimento, 2013, p. 1131

²⁹⁴ Cfr però F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale “*Secondo tale norma il ricorrente può chiedere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti o a sospenderli già subito dopo la presentazione del “ricorso”. Verosimilmente, però, il legislatore ha disegnato questa norma in un momento o in un contesto nei quali non aveva ancora ben chiaro che essa avrebbe potuto essere applicata, in forza del riferimento generico al “ricorso”, anche al pre-concordato*”.

Qualcuno²⁹⁵, infatti, ha ritenuto idoneo ad escludere tale applicabilità il riferimento fatto dalla norma al tribunale o al giudice delegato in qualità di autorità con poteri autorizzatori di sospensione e scioglimento.

Secondo tale tesi, il riferimento al giudice delegato, la cui figura non è presente nel procedimento avviato ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L.F., sarebbe idoneo ad escludere l'applicabilità a quest'ultimo delle regole di cui all'art. 169 –bis L.F.

Tale conclusione pare non considerare, tuttavia, che il riferimento ad entrambe le figure si possa giustificare proprio in virtù del fatto che la norma è applicabile ad entrambe le procedure.

Nonostante i dubbi emersi in dottrina, la novella dell'estate 2015, pur avendo operato delle modifiche all'art. 169-bis L.F., non ha preso espressa posizione sulla questione.

Dato il precedente dibattito, tale silenzio del legislatore ha indotto i primi commentatori della riforma del 2015 a pensare che lo stesso fosse conseguenza di una scelta consapevole verso la piena compatibilità della disciplina di cui all'art. 169-bis alla fase prenotativa²⁹⁶.

Si tratta di una compatibilità astratta, posto che in concreto andrà verificata la conciliabilità previa adeguata *disclosure* del debitore, attraverso anche l'assunzione di "sommarie informazioni"²⁹⁷.

Chiarita la questione dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 169-bis L.F. anche alla fattispecie del ricorso con riserva, occorre a questo punto verificare in quale lasso di tempo debba essere presentata la relativa istanza autorizzativa.

La maggioranza dei commentatori dell'art. 161 L.F. ha da sempre dedotto, dalla lettura della norma, che la richiesta di autorizzazione debba essere contestuale alla presentazione del ricorso²⁹⁸, fatta eccezione proprio per la

²⁹⁵ G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1130, per il quale "la prima parte del primo comma dell'art. 169-bis prende in considerazione esclusivamente la fattispecie del concordato pieno dal momento che solo in questo ricorre l'alternativa che a decidere possa essere il tribunale al momento dell'ammissione o, successivamente, il giudice delegato. Nel concordato con riserva questa alternativa non sussiste perché con la concessione del termine di cui al sesto comma dell'art. 161 non viene nominato un giudice delegato, che subentra soltanto quando il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato con il decreto di cui all'art. 163"

²⁹⁶ E. MARINUCCI, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti* in *Giur. It.*, 2017, 2, 508

²⁹⁷ STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Milano, Giuffrè 2016, p. 196 e segg.; nel senso dell'inammissibilità dello scioglimento nella fase "in bianco" cfr. D'AQUINO DELLADIO FONTANAMAMMONE, *Guida alla legge fallimentare*, Milano, Il sole 24 ore editore, 2016, p. 338.

²⁹⁸ Così G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013 p. 1125; F. FIMMANÒ, *Sub art. 169-bis* in *Il concordato e gli accordi di ristrutturazione*, op. cit. p. 378; Contra G.B. NARDECCHIA, *Art. 169-bis* in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2013; P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il caso.it*, p. 7; PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 268

fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., in cui si ammette la possibilità per il debitore di presentare l'istanza autorizzativa fino al deposito del piano²⁹⁹.

Tale istanza deve essere motivata, nel senso che deve contenere almeno gli elementi per consentire una comparazione tra gli oneri eventualmente da sopportare per la continuazione e l'adempimento del contratto e quelli che potrebbero conseguire in virtù dello scioglimento o della sospensione³⁰⁰.

Nel valutare l'istanza l'autorità giudiziaria dovrà contemperare gli opposti interessi, curando di verificare che l'istanza non miri a “*perseguire interessi diversi da quelli della regolazione della crisi*”³⁰¹.

Funzionale a tale tipo di verifica, pare essere quanto previsto dal legislatore del 2015 che, modificando l'art. 169-bis L.F., ha integrato la disciplina del procedimento derivante dall'istanza prevedendo l'obbligo del contraddittorio con il contraente *in bonis* e la possibilità, per l'autorità giudiziaria, di assumere sommarie informazioni.

Con riferimento all'obbligo del contraddittorio, occorre precisare che, da un punto di vista letterale, esso pare essere limitato solo alle ipotesi in cui oggetto dell'istanza di autorizzazione sia lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Non sembra, tuttavia, esistere valida motivazione per non estenderlo anche alle ipotesi in cui si richieda solamente la sospensione del vincolo negoziale³⁰².

Durante il contraddittorio, dovendosi escludere che lo stesso sia finalizzato a verificare le ragioni del contraente *in bonis* o a quantificare quello che sarà il suo indennizzo³⁰³, l'autorità dovrà verificare la pendenza del contratto³⁰⁴, l'inclusione del contratto nel perimetro applicativo dell'art. 169 bis L. F.³⁰⁵; nonché la circostanza che la richiesta di scioglimento o sospensione sia mossa nell'interesse esclusivo di regolamentare la crisi³⁰⁶.

In relazione al tipo di contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 169-bis L.F., si segnala che la novella del 2015 è intervenuta modificando la rubrica della norma che da “*contratti in corso*” è stata sostituita dalla dizione “*contratti pendenti*”.

²⁹⁹ F. FIMMANÒ, *Sub art. 169-bis in Il concordato e gli accordi di ristrutturazione*, op. cit. p. 378

³⁰⁰ F. FIMMANÒ, *Sub art. 169-bis*, p. 352 che rinvia a Trib. Biella, 13 novembre 2012, in *Il caso.it*

³⁰¹ M. FABIANI, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Foro It.*, 2013, I p. 1341

³⁰² Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *www.ilFallimentarista.it.*; In tal senso anche V. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, op. cit., pp 61 e segg.; STAUNOVO POLACCO, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo (art. 169bis L. F.)*, in *www.ilFallimentarista.it*, p. 6

³⁰³ E. MARINUCCI, *Concordato preventivo*, op. cit., p. 959;

³⁰⁴ V. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, op. cit., p. 61; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima Riforma*, in *www.FallimentieSocietà.it*, p. 36 , cit., 39; STAUNOVO POLACCO, *Speciale decreto*, op. cit., p. 6.; Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in *unijuris.it.*; Trib. Massa, 1° febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*.

³⁰⁵ FABIANI-CARAMELLINO, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, Milano, 2016, II, p. 1799.

³⁰⁶ Nel concordato preventivo, in contraddittorio, l'autorità giudiziaria dovrà invece verificare “*la funzionalità della sospensione o dello scioglimento dello stesso alla attuazione del piano e all'adempimento proposta*”. Così in E. MARINUCCI, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 508

Il legislatore ha modificato, inoltre, il comma 1 dell'articolo, facendo riferimento ora la norma ai “*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso*”.

A seguito dell'intervento normativo, quindi, si può dire superato quell'indirizzo, comunque minoritario, che sotto la vigenza del vecchio testo aveva affermato l'applicabilità dell'art. 169-bis L.F. anche ai contratti completamente eseguiti da una delle parti.

In virtù di quanto detto, dovrebbero restare esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 169 bis L. F., i rapporti unilaterali e i contratti a prestazioni corrispettive già interamente eseguiti da una delle parti³⁰⁷.

In ogni caso, sono sottratti alla disciplina di cui all'art. 169-bis L.F., per espressa previsione normativa, i contratti di lavoro subordinato e contratti di cui agli artt. 72, 8° comma, 72 ter e 80, 1° comma, L.F.

La novella del 2015, infine, pare aver fatto chiarezza anche in ordine al momento da cui decorre l'effetto dello scioglimento o della sospensione del contratto.

La norma, infatti prevede ora che “*lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente*”.

E' quindi onere del debitore provvedere a comunicare il decreto che autorizza la sospensione o lo scioglimento del vincolo contrattuale all'altro contraente *in bonis*³⁰⁸.

Divenuto efficace lo scioglimento del contratto, tale ultimo soggetto ha diritto ad un indennizzo, equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, che sarà soddisfatto, nell'ambito della procedura come un normale credito anteriore

Autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti interinali

Con particolare riferimento alla disposizione di cui all'art. 182-quinquies comma 1, si segnala, invece, che alla norma è stato aggiunto, dalla miniriforma del 2015³⁰⁹, l'inciso che chiarisce che il debitore è legittimato a richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori “*anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo*”, dunque, anche allorché presenti una domanda “in bianco”.

³⁰⁷ In questo caso, infatti, qualora ad aver adempiuto sia il contraente *in bonis* lo stesso assumerà la qualifica di creditore anteriore a cui sarà destinata la proposta di concordato; se la parte adempiente è, invece, il debitore, egli potrà esigere la controprestazione. Sulla questione, V. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, op. cit., p. 60; PETTIROSSI, *Sorte dei “contratti pendenti” nella disciplina del concordato preventivo*, op. cit., 109.

³⁰⁸ V. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale*, op. cit., p. 14.; E. MARINUCCI, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, op. cit. p. 4

³⁰⁹ D.L. n. 83/2015

La precisazione secondo i primi commentatori è da considerarsi assolutamente pleonastica³¹⁰, posto che la norma già chiariva che era legittimato a chiedere l'autorizzazione a contrarre i finanziamenti in discorso anche il richiedente il termine di cui all'articolo 161 comma 6³¹¹.

In realtà, a fronte della previsione legislativa, i tribunali si erano dimostrati restii a concedere l'autorizzazione ai sensi del comma 1 dell'art. 182- *quinquies* nell'ipotesi di ricorso con riserva³¹².

Tale posizione veniva giustificata in virtù delle difficoltà per il Tribunale di valutare la situazione, ai fini autorizzatori, in mancanza di una proposta e di un piano, anche considerando che l'attestazione predisposta dal professionista ex art. 182-*quinquies* comma 1, era comunque da intendersi come proveniente da un soggetto nominato dallo stesso debitore³¹³.

Poste tali difficoltà, in alcuni Tribunali³¹⁴ si era diffusa la prassi, definita *preater legem*³¹⁵, di richiedere almeno una bozza di piano a colui che avesse richiesto l'autorizzazione a contrarre un finanziamento ex 1 comma dell'art. 182-*quinquies*, nell'ambito della procedura prenotativa³¹⁶.

³¹⁰ V. BOTTAI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i finanziamenti interinali*, p. 6; in www.ilfallimentarista.it; BENVENUTO, *Le modifiche apportate alla procedura di concordato quale espressione dell'ottimismo della volontà*, in www.ilfallimentarista.it, 6 ottobre 2015, 13; FAROLFI, *Concordato preventivo: le novità di agosto*, in www.ilfallimentarista.it, 11 dicembre 2015, 14., 17; SABATELLI, *op. cit.*, 7-8.

³¹¹ V. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, 52, evidenzia che "non si è mai seriamente dubitato del fatto che la norma consenta al tribunale di dare l'autorizzazione anche durante il preconcordato".

³¹² A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 508; Cfr. Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *Banca dati De Jure*, il quale evidenzia che la questione era dibattuta e che l'intervento del legislatore è risultato chiarificatore concedendo l'autorizzazione in discorso "anche in assenza del piano concordatario". Sulla questione anche il Tribunale di Milano, nel *plenum* tenutosi in data 18 ottobre 2012 ha invitato ad avere un atteggiamento estremamente prudentiale, concludendo che, "di prassi, tali finanziamenti nei preconcordati non potranno essere autorizzati, almeno non fino a quando sia sciolta la riserva e siano presentati la proposta e il piano definitivi corredati dalla analitica relazione attestativa sulla fattibilità".

³¹³ V. CARBONE CORCIULO, *Le novità della riforma estiva (D.L. n. 83/2015, convertito nelle l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, *op. cit.*, p. 23; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, *op. cit.*, pp. 51 e segg.

³¹⁴ Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Modena, 29 maggio 2013, in www.unijuris.it; Trib. Roma, 20 febbraio 2013, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Monza, 21 gennaio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 21 dicembre 2012, *ivi*; Trib. Treviso, 16 ottobre 2012, *ivi*.

³¹⁵ V. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30 novembre 2015, 44.

³¹⁶ A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, in *Giur. It.*, 2017, 2, 508 afferma che "si è così giunti a configurare un concordato contraddistinto da caratteristiche intermedie fra il concordato c.d. "in bianco" e quello c.d. "pieno", da alcuni definito, proprio in ragione di ciò, concordato "in grigio"; V. LAMANNA, *La legge fallimentare*, *cit.*, 53; BENVENUTO, *op. cit.*, 13; SABATELLI, *op. cit.*, 8; FAROLFI, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, 16 novembre 2015, 6; CARBONE CORCIULO, *op. cit.*, 3.

In tale situazione, quindi, l'inciso introdotto dalla riforma del 2015 pare essere un semplice invito ai tribunali ad essere un po' più liberali nell'autorizzare i finanziamenti³¹⁷, non potendo avere efficacia prescrittiva³¹⁸.

In merito a tale tipo di finanza interinale, quindi, occorre concludere che nell'ipotesi in cui il debitore non fornisca ulteriori informazioni oltre quelle scarse richieste con la documentazione da allegare al ricorso ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L.F., non sia possibile per il Tribunale autorizzare la concessione di nuova finanza.

L'unico spazio applicativo, per la previsione di cui al comma 1 dell'art. 182 *quinquies*, nell'ambito della procedura prenotativa, sembra essere, quindi, quello delle domande che siano supportate da un corredo documentale ulteriore rispetto a quello minimo prescritto dal legislatore e idoneo a consentire l'analisi del professionista incaricato dell'attestazione "speciale" richiesta dall'art. 182 *quinquies* L. F.³¹⁹.

Autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali urgenti

Passando alla previsione di cui al comma 3 dell'art. 182- *quinquies* L.F. , occorre subito evidenziare che tale norma è stata introdotta dal legislatore del 2015 per regolare una tipologia di finanziamenti connotati dall'urgenza³²⁰, che in quanto tali, sono sottoposti ad una disciplina diversa rispetto agli altri finanziamenti interinali di cui si è detto in precedenza.

Anche tale norma, pare essere stata mutuata dalla legislazione straniera, in particolare dall'istituto del *first day orders* disciplinato dal *Chapter 11* statunitense³²¹.

In ogni caso, il precetto in discorso consente al debitore di richiedere l'autorizzazione a contrarre dei finanziamenti, utili a non compromettere l'attività d'impresa, in attesa di accedere alla vera e propria finanza interinale, ossia quella disciplinata dal primo comma del medesimo articolo³²².

Lo scopo della norma e l'interesse perseguito dal debitore che richiede l'autorizzazione, quindi, sono completamente diversi rispetto a quelli che caratterizzano tale ultima norma.

³¹⁷ V. LAMANNA, *La legge fallimentare*, op. cit., 53; A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, op. cit.

³¹⁸ BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in *www.ilcaso.it*, 2 marzo 2016, p. 11, segnala come ciò può essere spiegato agevolmente, non potendo il legislatore obbligare i tribunali a "concedere l'autorizzazione nel buio totale"

³¹⁹ SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 322; M. L. VITALI, *Finanza "ponte", finanza "in esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 1, 167

³²⁰ V. LAMANNA, *La legge fallimentare*, op. cit., p. 56;

³²¹ Tale circostanza è sottolineata anche nella Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015

³²² A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, op. cit.

Mentre nell'art. 182-quinquies comma 1 il finanziamento è autorizzabile se assicura la migliore soddisfazione dei creditori, il finanziamento di cui al comma 3 del medesimo articolo deve essere finalizzato ad evitare un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda³²³.

Oltre alla funzione, l'autorizzazione a contrarre i finanziamenti di cui al comma 3, differisce da quella di cui al comma 1 del medesimo articolo 182-quinquies L.F., anche per il dato temporale, essendo la prima autorizzazione collocabile in una fase antecedente alla seconda, funzionalizzata a sostenere l'attività proprio durante il periodo necessario per preparare l'istanza del vero e proprio finanziamento interinale di cui al comma 1.

Posta tale collocazione temporale, giustamente il legislatore ha contenuto il lasso di tempo in cui è ammessa la contrazione di tali finanziamenti "urgenti".

Tali finanziamenti, infatti, possono essere autorizzati solo dal momento della presentazione della domanda con riserva fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'art. 161, 6° comma L.F.³²⁴.

In considerazione dell'urgenza e del ridotto lasso di tempo in cui è possibile richiedere l'autorizzazione a contrarre tali finanziamenti, giustamente il legislatore ha previsto che il Tribunale presti il proprio assenso dietro una procedura molto snella, priva di particolari oneri documentali, essendo chiamato a decidere in camera di consiglio, senza poter visionare alcuna relazione del professionista attestatore, nel termine massimo di 10 giorni dal deposito dell'istanza.

Il Tribunale, così, ai sensi del comma 3 dell'art. 182-quinquies L.F. è chiamato a pronunciarsi in base ad una mera autocertificazione³²⁵ del richiedente che indichi e attesti: (i) la destinazione dei finanziamenti; (ii) di non essere in grado di reperire *aliunde* tali finanziamenti; (iii) che la mancata erogazione di questi ultimi provocherebbe "un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda"³²⁶.

A fronte di tale libertà nella forma, i commentatori hanno segnalato il rischio di abuso dell'istituto, e hanno invocato maggior potere di controllo da parte dell'autorità giudiziaria³²⁷, se non l'abrogazione della norma³²⁸.

³²³ M. VITIELLO, *Le operazioni di finanziamento nel concordato*, in www.ilfallimentarista.it, 18 aprile 2016 che fornisce un esempio di pregiudizio, indicando l'ipotesi "della cessazione dell'impresa riconducibile alla mancanza di leva finanziaria, con conseguente svilimento del valore dell'avviamento, di un marchio, dell'azienda tutta"

³²⁴ Per tale motivo il lasso di tempo è compreso tra i 60 e i 120 giorni, così nota A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, op. cit.

³²⁵ V. LAMANNA, *La legge fallimentare*, cit., p. 56; V. BOTTAI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i finanziamenti interinali*, op. cit., p. 8.

³²⁶ Sul punto si segnala che dalla Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015, pare potersi ricavare che, mentre le circostanze sub(i) e (ii) sono oggetto di allegazione del debitore, la circostanza sub (iii) deve essere provata. Sul punto A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, op. cit. che afferma che "Nella Relazione illustrativa, infatti, si sottolinea che, mentre può limitarsi (semplicemente) ad "indic[are]" la destinazione dei finanziamenti ed a "dichiar[are]" che non è in grado di reperire altrimenti le risorse necessarie, il debitore è tenuto a "dimostr[are]" che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda"

³²⁷ Anche la Relazione illustrativa al D.L. n. 83/2015 si prevede che il tribunale possa negare l'autorizzazione allorché sia riscontrabile il mero "sospetto di intenti abusivi o fraudolenti da parte del debitore".

Sul punto si ritornerà nel proseguo della trattazione.

Autorizzazione al pagamento dei creditori anteriori

Con riferimento a quanto disposto dal comma 5 dell'art. 182-quinquies, si segnala, che la possibilità per il debitore di essere autorizzato al pagamento dei creditori anteriori quando l'esperto effettui l'attestazione indicata dalla norma, nella procedura prenotativa pone alcune criticità.

Il rilascio della suddetta certificazione, infatti, presuppone l'intenzione dell'imprenditore di optare per un concordato in continuità aziendale e/o comunque la disponibilità di credibili proiezioni dei flussi in entrata e in uscita, idonee a far ritenere che la prosecuzione dei rapporti con determinati fornitori sia davvero strumentale al migliore soddisfacimento dei creditori³²⁹.

In virtù di ciò, in dottrina non è mancato chi, nonostante il dato letterale dell'art. 182-quinquies faccia espresso riferimento anche alla fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F., ha ritenuto la disciplina autorizzatoria ivi contenuta inapplicabile all'ipotesi di ricorso prenotativo³³⁰.

Tale ultima tesi, non pare condivisibile, almeno che non si ammetta una parziale abrogazione, per via interpretativa, dell'art. 182-quinquies, comma 4.

Ma tale tipo di tesi, pare anche contrastare con il *favor* manifestato dal legislatore per il debitore che denuncia tempestivamente il proprio stato di crisi, posto che tale indirizzo comporterebbe l'impossibilità per tale soggetto di soddisfare *“l'esigenza di pagare determinati fornitori considerati essenziali o strategici e il cui mancato pagamento potrebbe davvero mettere a rischio la continuità aziendale e il migliore soddisfacimento dei creditori concorsuali”*³³¹.

Dovendo quindi interpretare la norma di cui all'art. 182-quinquies comma 4, rendendo la disciplina ivi prevista applicabile anche al ricorso con riserva, non può non procedersi a dovuti adattamenti.

Secondo qualche autore, quindi, il riferimento della norma alla presentazione di *“domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale”*, nell'ipotesi in cui a richiedere l'autorizzazione sia il richiedente il termine ex comma 6 dell'art. 161 L.F. deve essere inteso nel senso che tale ultimo soggetto, per essere autorizzato deve necessariamente, nel ricorso, obbligarsi a depositare una proposta e un piano di concordato in continuità aziendale³³².

Tale tesi, a parere di chi scrive, pare però forzare la stessa struttura del ricorso prenotativo.

³²⁸ Molto critico V. LAMANNA, *La legge fallimentare*, cit., 57, che afferma che *“la richiesta dell'autodichiarazione si rivela un mero escamotage di sapore burocratico, che al debitore non costa nulla, salvo lo sfoggio di fantasia”*

³²⁹ M. AIELLO, *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, *Giur. It.*, 2014, 12

³³⁰ V. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, op. cit. p. 13

³³¹ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 153

³³² M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 153

Se caratteristica di tale fattispecie, infatti è la possibilità concessa al richiedente di scegliere fino alla scadenza del termine, tra un concordato preventivo e un accordo di ristrutturazione dei debiti, con forza si fa rientrare in tale fattispecie un ricorso in cui *ab inizio* il debitore opti per un concordato, per di più già in continuità.

Chi scrive, quindi, pur essendo convinto che, per essere autorizzato al pagamento dei creditori anteriori, il debitore debba fornire una parziale *disclosure* sulle proprie intenzioni, non può non far notare che questa responsabilizzazione³³³ del debitore debba limitarsi alla fornitura di tutti gli elementi che dimostrino che lo stesso, prima dell'istanza autorizzata, non ha compiuto alcun atto incompatibile con la futura presentazione di un piano di concordato in continuità.

Nella valutazione di cui sopra, il tribunale potrà giovare dell'opera del commissario giudiziale eventualmente nominato nonché del contenuto degli obblighi informativi periodici cui è tenuto il debitore.

Segue. Gli effetti conseguenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese

Concluso l'esame degli effetti collegati al semplice deposito della domanda, si deve segnalare che alla data di pubblicazione del ricorso ex art. 161 L.F., comma 6 L.F. nel Registro delle Imprese, invece, sono collegati gli effetti protettivi di cui all'art. 168 L.F., ritenuto applicabile anche alla procedura con riserva³³⁴.

In virtù di tale norma, quindi, dalla data di pubblicazione di cui sopra e fino alla scadenza del termine per il deposito del piano e della proposta³³⁵, o del

³³³ PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, op. cit. p. 272

³³⁴ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 68; V. LAMANNA, *LA legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, op. cit., p. 41; AUDINO, *Commento sub art. 161 L.f.* in Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1087; il Trib. di Aosta del 21 luglio 2016 in *Fallimento*, 2016, 12, p. 1385 ha precisato che “*Gli effetti protettivi anticipati sul patrimonio del debitore, previsti dall'art. 168 L. F., decorrono dalla data d'iscrizione della domanda con riserva nel Registro delle Imprese sino al momento in cui il decreto di omologazione diviene definitivo; tali effetti, peraltro, possono essere rimossi con efficacia retroattiva - fatti salvi gli atti legalmente compiuti medio tempore - qualora vi sia un provvedimento di declaratoria di inammissibilità della domanda*”; Trib. Frosinone Decreto 24 ottobre 2014, in *Fallimento*, 2015, 7, 835 nota di CONTE che ha precisato “*Il divieto posto dall'art. 168 L. F. di iniziare o proseguire azioni cautelari, tra le quali quelle volte ad ottenere il sequestro giudiziario dell'azienda, è applicabile anche in caso di concordato c.d. con riserva*”

³³⁵ Trib. di Aosta del 21 luglio 2016 in *Fallimento*, 2016, 12, p. 1385 ha precisato che “*se al momento in cui si tratta di fare applicazione dell'automatic stay ex art. 168 L. F. nel processo esecutivo, il termine di cui all'art. 161, comma 6, L. F. per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, secondo e terzo comma, L. F. non è ancora scaduto, il giudice dell'esecuzione potrà ritenere attuale l'effetto protettivo e quindi dichiarare la sospensione del processo*”

passaggio in giudicato della sentenza di omologazione³³⁶, il debitore potrà beneficiare del c.d. ombrello protettivo dell'*automatic stay*.

In forza di tale protezione, è vietato per i creditori avente causa o titolo anteriore iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore.

La violazione del divieto di cui sopra è sanzionata dal legislatore con la nullità.

Per completezza, si segnala che il divieto riguarda esclusivamente le azioni esecutive e cautelari, potendo comunque i soggetti interessati procedere con azioni di cognizione ordinarie, sommarie e monitorie³³⁷.

Quando il processo esecutivo è già iniziato, inoltre, la pubblicazione del ricorso nel registro dell'impresa non determina l'estinzione dello stesso, ma la sua improseguibilità.

L'esecuzione, in altri termini, entra così in una fase di quiescenza, poiché i beni aggrediti perdono, sebbene temporaneamente, la destinazione liquidatoria³³⁸.

Parimenti, dalla stessa data, è vietato ai creditori acquistare diritti di prelazione efficaci nei confronti degli altri creditori concorrenti e sono inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni precedenti la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

In relazione a tali effetti, si segnala, comunque, che la l' art. 6 comma 1 lett. b) della legge 19 ottobre 2017, n. 155, delega il governo a "*procedere alla revisione della disciplina delle misure protettive, specialmente quanto alla durata e agli effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura*".

In attuazione di tale norma, il governo sta predisponendo il codice della crisi e dell'insolvenza, nel cui testo l'ombrello protettivo, a favore del debitore che si riserva la presentazione del piano e della proposta, non dovrebbe essere automatico, ma consegirà ad una precisa richiesta dello stesso. La durata di tali misure protettive, inoltre, dipenderanno dalle valutazioni del giudice, che

³³⁶ Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza, 07 giugno 2016, n. 11660 in CED Cassazione, 2016 secondo cui "*in tema di concordato preventivo, la norma di cui all'art. 168, comma 1, L. F., che fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore "dalla data della presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione", non può ritenersi legittimamente applicabile anche al pagamento del terzo pignorato effettuato in adempimento dell'ordinanza di assegnazione del credito*"

³³⁷ Trib. Genova 14 giugno 2016 secondo cui "*l'art. 168 comma 1°L.F. non preclude però la possibilità di pronunciare sentenza di accertamento e condanna. La norma vieta l'esercizio di azioni esecutive o cautelari, ma non impedisce l'esercizio di quelle di cognizione ordinaria, sommaria o monitoria per l'accertamento del credito, fermo restando che il creditore una volta ottenuto il titolo giudiziario, pur se esecutivo o provvisoriamente esecutivo, non lo può eseguire per il divieto dell'art. 168 L.F.*"; Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese, 25 luglio 2014;

³³⁸ Cass. civ. 22 dicembre 2015, n. 25802 in Fallimento, 2016, 6, 677 nota di MACAGNO, secondo cui "*la proposizione di una domanda di concordato preventivo determina, ai sensi dell'art. 168, comma 1, L. F., non già l'estinzione ma l'improseguibilità del processo esecutivo, che entra in una situazione di quiescenza perché i beni che ne costituiscono l'oggetto materiale perdono "de iure" e provvisoriamente la destinazione liquidatoria così come progettata con il pignoramento, con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione correttamente provvede, ex artt. 486 e 487 c.p.c., a sospendere la vendita eventualmente fissata.*

dovrebbe revocarle ogni volta che le stesse non siano necessarie per la soluzione della crisi³³⁹.

Segue. Gli effetti conseguenti al decreto di fissazione del termine di cui all'art. 161 comma 6 L.F.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 161 L.F., con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, che il debitore deve assolvere fino alla scadenza del termine fissato.

A partire dello stesso termine, il debitore è obbligato, con periodicità mensile, a depositare una situazione finanziaria dell'impresa che, a cura del cancelliere, è pubblicata entro il giorno successivo nel registro delle imprese.

Una volta pronunciato il decreto di fissazione del termine, inoltre, in virtù del rinvio operato all'art. 170 comma 2 L.F., il debitore deve tenere a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale, se nominato, i libri contabili.

Dal momento di fissazione del termine, inoltre, il Tribunale ha la facoltà di sentire in ogni momento i creditori.

Con riferimento agli obblighi informativi periodici, occorre subito sottolineare che gli stessi sono essenziali e connaturati alla struttura della procedura, dal momento che rappresentano il contraltare degli effetti protettivi di cui all'art. 168 L.F.³⁴⁰.

L'attuale formulazione della norma di cui al comma 8 dell'art. 161 L.F., inoltre, è in realtà frutto della novella del 2013³⁴¹, con la quale si è voluto porre rimedio o comunque limitare l'uso distorto della domanda in bianco ex comma 6 del medesimo articolo³⁴².

Con tale intervento normativo, infatti, il legislatore ha imposto al Tribunale di disporre gli obblighi informativi, a fronte di una formulazione precedente in cui l'utorità giudiziaria aveva una semplice facoltà dispositiva³⁴³.

³³⁹ Sulla questione si ritornerà nel Cap. III

³⁴⁰ Trib. Rovigo, 23 giugno 2016 in Fallimento, 2016, 12, 1385

³⁴¹ c.d. "decreto del fare"

³⁴² La stessa relazione governativa al disegno di legge di conversione del d.l. 69/2013, dopo aver dato conto dei dati che rilevavano *"un non trascurabile ricorso all'istituto del cosiddetto concordato in bianco non del tutto corrispondente alle finalità che ne hanno ispirato l'introduzione"* ha affermato che *l'obiettivo dell'intervento è "conservare la flessibilità e la snellezza dello strumento" ed evitare un "uso distorto"*

³⁴³ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 101 fa comunque notare che nonostante la discrezionalità concessa dalla precedente formulazione della norma *"sono stati molto rari i casi in cui i giudici di merito hanno deciso di non predisporre gli obblighi informativi periodici"*; SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, op. cit., fa notare che *"il verbo utilizzato nel precedente testo (disporre) rendeva chiara l'imprescindibilità del primo di detti adempimenti e dunque la sua sostituzione con la previsione che il tribunale "deve disporre" in ordine a tali obblighi rende, da un lato, certa e non più discutibile l'inesistenza di discrezionalità sul punto da parte dell'organo giudiziario, ma, dall'altro ha il sapore di una superfetazione, come tale inutile"*.

L'ulteriore novità introdotta dall'intervento legislativo del 2013, inoltre, riguarda la limitazione della discrezionalità in relazione alla tempestività degli obblighi informativi, posto che tali obblighi ora dovranno essere adempiuti con "periodicità almeno mensile"³⁴⁴.

A fronte di una formulazione iniziale, secondo cui era lasciato al giudice il compito di stabilire discrezionalmente la cadenza con cui il debitore avrebbe dovuto assolvere ai propri obblighi informativi, l'attuale disciplina induce a ritenere, quindi, che al tribunale sia preclusa la fissazione di un termine più ampio, ma ben potrebbe lo stesso aggravare l'onere informativo, fissandone uno più breve³⁴⁵.

In merito al contenuto di tali obblighi, si deve segnalare che gli stessi, in virtù della novella del 2013, devono ora riguardare "anche la gestione finanziaria dell'impresa e l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano".

Con l'intervento sopra indicato, quindi, il legislatore ha voluto porre fine alla prassi consolidatasi durante la vigenza della vecchia disciplina che, non prevedendo alcun contenuto particolare per le informazioni da fornire, consentiva l'imposizione di obblighi quanto più variegati possibili³⁴⁶.

Entrando nello specifico dell'oggetto delle informazioni da fornire, le stesse si caratterizzano per avere un contenuto necessario, relativo alle notizie riguardanti la gestione finanziaria dell'impresa e l'attività compiuta ai fini della predisposizione del piano e della proposta, e un contenuto eventuale³⁴⁷, deciso al momento dal Tribunale, ma che in virtù della *ratio* della previsione, deve essere finalizzato ad evitare l'uso strumentale dell'istituto della domanda prenotativa di cui al comma 6 dell'art. 161 L.F..

In merito alle informazioni relative alla gestione finanziaria dell'impresa, nel silenzio della norma si ritiene che le stesse debbano riguardare le operazioni attive e passive compiute nel periodo di riferimento, nonché i rendiconti relativi all'andamento finanziario³⁴⁸.

Le informazioni riguardanti l'attività compiuta ai fini della predisposizione del piano e della proposta, invece, sembrano avere maggiore rilevanza, almeno sul piano dell'uso strumentale della procedura, posto che è stata introdotta una specifica sanzione per il caso in cui l'attività del debitore risulti manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano³⁴⁹.

³⁴⁴ R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 67

³⁴⁵ R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 67, che precisa che sarebbe inoltre opportuno "stabilire l'obbligo di fornire informazioni in ordine alle operazioni di valore superiore ad una data soglia"

³⁴⁶ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit., p. 102

³⁴⁷ Così pare di poter dedurre dalla circostanza che il comma 6 dell'art. 161 L.F. prevede che il tribunale deve "disporre gli obblighi informativi periodici "anche" relativi alla gestione finanziaria e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano".

³⁴⁸ R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 67;

³⁴⁹ Il legislatore ha così recepito quanto indicato nelle linee guida del Tribunale di Milano-Plenum del 20 settembre 2012, che, nel vigore della vecchia normativa, riteneva che qualora il debitore fosse rimasto inerme in relazione alla predisposizione del piano e della proposta, fosse dovere del Tribunale "convocare il debitore in camera di consiglio per predisporre

In tale ultimo caso, infatti, il Tribunale, avrà il potere³⁵⁰ di abbreviare il termine già fissato con il decreto ex comma 6 dell'art. 161 L.F.³⁵¹, essendo, però precluso allo stesso di dichiarare immediatamente inammissibile la domanda con riserva³⁵².

Tale sanzione, differisce quindi da quella prevista dallo stesso comma 8 dell'art. 161 L.F., nell'ipotesi in cui il debitore non adempia agli obblighi informativi.

In tale ipotesi, infatti, la norma dispone che, facendo applicazione di quanto disposto dall'art. 162 commi 2 e 3 L.F., il Tribunale dichiara la domanda inammissibile, procedendo eventualmente a dichiarare il fallimento del debitore, sussistendo i presupposti.

un'eventuale abbreviazione del termine già concesso, o per la sopravvenuta inammissibilità della domanda”

³⁵⁰ Previa audizione del debitore, del commissario giudiziale, se nominato, e dei creditori

³⁵¹ V. LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso del concordato*, op. cit. p. 10, rileva che “i Tribunali probabilmente in tali casi abbrevieranno il termine fino a renderlo di immediata, imminente scadenza, non avendo senso, una volta acquisita la convinzione che l'attività compiuta dal debitore sia inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, attendere oltre, creando-potenzialmente- ulteriori danni ai creditori. Si sarebbe potuto quindi consentire più semplicemente al Tribunale, anziché solo di abbreviare il termine, di applicare direttamente in via alternativa, l'art. 162 L. F. ai fini della declaratoria di improcedibilità”

³⁵² M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, op. cit. p. 104, segnala che in questo caso il legislatore pare aver concesso al debitore la possibilità di un ravvedimento operoso

CAPITOLO II

L'ABUSO DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Evoluzione storica dell'abuso del diritto – 2. La tesi negazionista e gli interventi della giurisprudenza - 3. La *ratio* del divieto di abuso del diritto - 4. Gli elementi costitutivi dell'abuso - 5. Differenze con figure affini: la condotta illecita - 6. Gli effetti della violazione del divieto di abuso del diritto: i rimedi

1. Evoluzione storica dell'abuso del diritto

La dottrina dell'abuso del diritto ha, nella tradizione giuridica, una storia lunga e abbastanza travagliata³⁵³.

Nel diritto romano, pur essendo rinvenibili alcuni spunti, era inesistente un principio generale di divieto dell'abuso del diritto c.d. sostanziale, a cui suppliva l'opera creatrice della giurisprudenza e i numerosi mezzi del diritto pretorio³⁵⁴.

L'ordinamento dell'Urbe, invece, conosceva il divieto di abuso del processo³⁵⁵, riconducibile a quella che nelle fonti classiche era la nozione di *temeritas*³⁵⁶, ossia l'attività processuale temeraria esercitata da una delle parti e capace di cagionare danni alla controparte e all'ordinamento giudiziale in generale³⁵⁷.

³⁵³ M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1923, p. 105 ss.; S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*. C) *Diritto attuale*, in Enc. dir., Milano 1958, p. 166 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1965, p. 205 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *D. priv.*, 1997, III, Padova 1998, p. 19 ss.

³⁵⁴ G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in Enc. dir., IV, Milano 1959, p. 161-163. Anche nella voce dedicata a *Atti emulativi (diritto romano)*, in Enc. dir., IV, Milano 1959, p. 27-29, lo stesso autore parla di “*spunti*» presenti nel diritto romano”, precisando che “*il problema delle radici romane del divieto degli atti emulativi si pone per il diritto postclassico e giustiniano, non per il diritto romano classico*”

³⁵⁵ C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002 pag 1 e seg.

³⁵⁶ Secondo la ricostruzione tradizionale, proposta da A.ERNOUT, A.MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, historie des mots*, Paris 1994 la radice del sostantivo *temeritas* va rinvenuta in *temus* –*eris* = oscurità.

³⁵⁷ Cfr Istituzioni di Gaio, libro IV punti 171-182 “*nunc admonendi sumus, ne facile nomine ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecunia poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tuetur*” [...].Gaio evidenzia come per ottenere una diminuzione del ricorso alla tutela giurisdizionale, sia necessario reprimere l'utilizzo temerario del processo. Individua, quindi, nella pena pecuniaria, nella *iurisiurandi religio* e nell'infamia i rimedi volti ad evitare che l'attore o il convenuto utilizzino, attraverso la proposizione di domande infondate o di difese inesistenti,

Allo scopo di evitare il moltiplicarsi di controversie fittizie e inesistenti, così, i romani prevedevano specifiche sanzioni³⁵⁸ a carico di chi usava in modo distorto lo strumento processuale.

Occorre notare, tuttavia, che, nelle fonti romane, è assente l'individuazione di una nozione generale di *temeritas*, limitandosi lo stesso giureconsulto a prevedere esclusivamente le possibili sanzioni da applicare alla condotta abusiva.

Tale assenza di inquadramento della fattispecie, tuttavia, non rendeva il concetto di abuso astratto o evanescente, ma finiva per donare allo stesso un contenuto fortemente pragmatico, idoneo a conformarsi a tutte le situazioni in cui si potesse ravvisare un uso distorto dei mezzi di tutela dei diritti³⁵⁹.

Anche il diritto medievale, caratterizzato dal pluralismo delle fonti del diritto e dall'ossequioso rispetto dell'*interpretatio* e dell'*aequitas*, non si preoccupava di teorizzare un divieto di abuso del diritto.

Certo, è possibile individuare nel diritto intermedio argomenti poi posti a sostegno dell'abuso del diritto, ma la nozione come principio manca, perché ritenuta superflua³⁶⁰, stretta dalla necessità di non confondere legge e diritto, di conformare la norma al diritto utilizzando come *ratio* unificante dell'ordinamento l'*aequitas*³⁶¹.

l'istituto processuale con fini abusivi e vessatori Per una traduzione del testo M. BALZARINI, *Le istituzioni gaiane traduzione italiana*, Torino, 2001.

³⁵⁸ la temerarietà degli attori e dei convenuti viene sanzionata, ad opera del pretore, a volte con il ricorso ad una pena pecuniaria, a volte tramite il giuramento (iurisiurandum) e a volte attraverso il timore dell'infamia. Le sanzioni, sembrano così collocarsi su piani differenti: uno strettamente giuridico, consistente nella pena pecuniaria, l'altro di natura etica-morale, in cui rientrano il giuramento e l'infamia. Il giuramento nel processo consisteva, infatti, nell'affermare di aver detto la verità e di essere nel giusto. Qualora il giuramento si fosse rivelato falso o menzognero si sarebbe attirata la vendetta degli dei. E' il caso di ricordare che, secondo il comune sentire dell'epoca, gli antichi dei non erano affatto magnanimi: capricciosi, cattivi, vendicativi, ma dotati di forza e poteri al di là di ogni immaginazione, erano in grado di incutere timore in ogni cittadino probus. Non va dimenticato, poi, che nel mondo romano la sfera religiosa si intrecciava in modo quasi inscindibile con quella giuridica. Per una trattazione più dettagliata si rimanda a BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, op. cit. cap V

³⁵⁹ C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, op. cit. pag. 161

³⁶⁰ Una prospettiva questa destinata a rimanere a lungo tale. cfr. J. BODIN, *Les six livres de la Re'publique*, Lib. I, cap. VIII – De la souverainete') teorizzando la sovranità Jean Bodin presenta, infatti, ancora la differenza fra la dimensione del diritto, che registra fedelmente l'equità, e quella della legge «che è soltanto il comando di un sovrano che esercita il suo potere. “Il y a bien diffé'rence entre le droit et la loy: l'un n'emporte rien que l'e'quite' ; la loy emport commandement: car la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance”. Sul passo P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed. accresciuta, Milano 2007, p. 37. ha segnalato come “il diritto rappresentava ancora nel momento in cui Bodin redigeva la sua “Republique”, l'estrema propaggine – destinata ad assottigliarsi e poi a scomparire – di una concezione tendente a coglierlo e a leggerlo nelle radici profonde della società, e a tradurlo in norme doverosamente rispettose di quelle radici”.

³⁶¹ Cfr. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, ora in ID., *Immagini del diritto privato. I. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino 2013, p. 227 ss., in cui si afferma che “Per tramite dell'*interpretatio*, nel contesto vario delle fonti e nel prisma unificante delle *aequitas*, si pongono tutte le premesse unificanti di un approfondimento non marginale delle problematiche degli atti emulativi e, più in generale, dell'abuso del diritto”. L'affermazione è pienamente

L'abuso del diritto come problema affiora, così, soltanto quando tutto il diritto è racchiuso nella legge; nel momento in cui, nel dramma della modernità giuridica, la distinzione fra diritto e legge si presenta come un'eresia.

L'idea stessa del divieto di abuso del diritto nasce, quindi, in connessione con l'ideologia dei codici liberali, si afferma come "questione di giustizia", come risposta alla necessità di determinare un nuovo rapporto fra legge e diritto, fra legislatore e giurisprudenza³⁶².

E' così che, apparentemente travolto dall'"idolatria della legge" inaugurata dalla rivoluzione francese, dopo meno di un secolo, il principio del divieto di abuso del diritto viene riscoperto dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese, attraverso l'approfondimento del paradigma dell'*aemulatio*³⁶³.

In questa fase, tuttavia, il divieto è analizzato solo sul terreno della proprietà, essendo ritenuto lo strumento idoneo a contrastare la concezione assolutistica del diritto di proprietà e a contemperare gli interessi del proprietario con quelli della collettività, attuando il principio della solidarietà sociale.

La riscoperta della questione, in questa fase storica, sembra trovare le sue ragioni nelle critiche che sia il pensiero cattolico³⁶⁴ che quello socialista³⁶⁵ incominciavano a muovere nei confronti dei codici civili ottocenteschi³⁶⁶.

Tale collegamento tra il concetto di abuso e l'idea di moralizzare o socializzare il diritto per via interpretativa può, probabilmente, chiarire le ragioni di un ridimensionamento del problema con l'avvento del *Welfare State*.

In tali ultimi ordinamenti, infatti, l'esigenza di solidarietà sociale è rappresentata nei Parlamenti e supportata del legislatore: la dottrina dell'abuso, comportando la sovrapposizione del giudice alla volontà popolare, incarnata dalle leggi, finisce per essere considerata, se non dannosa, superflua.

E' per tale motivo che, in questo periodo, la stessa giurisprudenza francese finisce per considerare la condotta di chi abusa del diritto come un illecito aquiliano, connotato da un elemento soggettivo, da individuarsi nella volontà di nuocere ad altri attraverso manovre maliziose e pretestuose.

Ciò che caratterizza il divieto, così, è il fatto che non sia associabile alla buona fede e che abbia un suo spazio operativo autonomo³⁶⁷.

Se tale è la situazione, è consequenziale che, con la crisi del *Welfare State*, sia la dottrina che la giurisprudenza siano stati nuovamente indotti ad avvalersi dell'abuso per tutelare i soggetti che si sentono danneggiati dalle controparti che usano in modo inappropriato il proprio diritto.

Conscio di queste esigenze, anche il nostro legislatore non è parso indifferente alla questione.

condivisibile solo assumendo come proprio della modernità "il problema" inteso – come scrive Breccia – come ricerca di un nesso tra lo schema legale di un diritto (e del suo contenuto) e il fatto del suo esercizio conforme o abusivo.

³⁶² P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna 1998, in particolare, p. 26-27.

³⁶³ L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris 1905, p. 105; A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits; réflexions sur le destin des theories de Jossierand*, in Dalloz, 1972, Cronique, p. 67 ss.

³⁶⁴ Che individuava nel divieto di abuso l'espressione di valori morali sovraordinati

³⁶⁵ Secondo cui il divieto di abuso è una sanzione dell'ordine solidale

³⁶⁶ P. RESCIGNO, *Abuso del diritto*, cit., p. 220.

³⁶⁷ G. VISENTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L'abuso del Diritto*, Centro studi Tuscolano, diretta da Visentini, Napoli, 2016, p.52

Basti pensare che l'abuso del diritto aveva ricevuto riconoscimento nell'art. 74 del " Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Italia e alla Francia " del 1927.

La norma, dopo aver ripetuto al comma 1° la formula aquiliana del vecchio art. 1151, aggiungeva al comma 2° che " *È egualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto fu riconosciuto* " ³⁶⁸.

Successivamente, il contenuto di tale disposizione, non essendo andata felicemente in porto l'esperienza italo-francese, era stato integralmente trasfuso nell'art. 74 del primo " Progetto del Quarto libro del Codice civile relativo alle obbligazioni e ai contratti " ³⁶⁹.

Facendo riferimento anche ai lavori preparatori del Progetto italo-francese, la commissione reale per la riforma dei codici, nella propria relazione, aveva evidenziato i contrasti sorti sull'opportunità " *di farsi posto nella nuova legge ad una norma che reprimesse, con l'obbligo di risarcire il danno, il cosiddetto abuso del diritto* ".

La stessa commissione reale, tuttavia, dopo aver segnalato che tali accesi dibattiti non si erano focalizzati tanto sul principio in sé, ma sulla possibile formulazione dello stesso, concludeva che quanto disposto dall'art. 74 era sembrato " *col richiamo alla buona fede e allo scopo per cui il diritto venne riconosciuto, rispondere appieno alle esigenze della precisa determinazione di un concetto così delicato* ".

Ciò nonostante, le dispute sulla figura dell'abuso non terminarono, ma si focalizzarono sull'opportunità di conservare la fattispecie come semplice articolazione della responsabilità civile ³⁷⁰ o , in alternativa, di considerarlo un principio generale applicabile all'intero diritto privato ³⁷¹.

Questa discussione condusse all'inserimento, nell'art. 7 del Progetto definitivo delle " disposizioni sulla pubblicazione e l'applicazione della legge in generale " ³⁷² di un precetto che, riproducendo il capoverso dell'art. 74, disponeva che " *nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto* " ³⁷³.

Ma la formula di quest'ultimo articolo fu, infine, anch'essa soppressa, in quanto, a causa della sua collocazione, appariva " *insufficiente, isolata e indistinta* " ³⁷⁴.

³⁶⁸ B. BRUGI, *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in Sudi in onore di Ascoli, Messina 1936, p. 79 ss.

³⁶⁹ Sul tema V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963, p. 12; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, p. 172 ss.

³⁷⁰ Conservando quindi l'allocatione della norma all'art. 74

³⁷¹ Collocando la norma all'inizio del codice, sulla falsariga dell'esperienza svizzera, che prevedeva il divieto di abuso all'art. 2 del codice civile svizzero.

³⁷² corrispondenti a quelle che saranno le " Disposizioni sulla legge in generale " del Codice civile poi promulgato

³⁷³ nella Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo si leggerà, al n. 652 che " *in relazione al divisamento di trattare in altra sede del c.d. abuso del diritto ho soppresso il comma 2° dell'art. 74 del progetto del 1936, che tanti dissensi aveva sollevato* "

³⁷⁴ Cfr. M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico* in Riv. Dir. Civ., 2014, 2, 10467

In realtà i dubbi generati dall'introduzione del precetto generale dell'art. 7 erano dovuti al fatto che un suo uso incontrollato poteva rischiare di danneggiare la certezza del diritto.

Queste resistenze, dunque, non richiedevano affatto di eliminare il principio dell'abuso dal dettato del codice, ma imponevano che tale concetto fosse meglio precisato nella trattazione dei singoli istituti³⁷⁵.

Ed è con questo "dichiarato programma"³⁷⁶ che si spiega, allora, l'introduzione degli articoli 833 c.c.³⁷⁷; 1337 c.c.³⁷⁸; 1438 c.c.³⁷⁹.

Dopo molti anni dall'emanazione del codice, il termine abuso è poi comparso nel lessico della disciplina codicistica del contratto, nel 1996, per poi uscirne nel 2005, per essere trasfusa nella legislazione speciale posta a tutela del consumatore³⁸⁰.

Sempre nella legislazione speciale, disciplinante però i rapporti d'impresa, il divieto di abuso del diritto, sottoforma di abuso dell'autonomia contrattuale, è presente nell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192³⁸¹.

³⁷⁵M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit.

³⁷⁶M. Barcellona, *Trattato della responsabilità*, cit., p. 187 ss

³⁷⁷ Art. 833 c.c. – Atti d'emulazione - "Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri"

³⁷⁸ Art. 1337 c.c.- "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"

³⁷⁹ Art. 1438 c.c.- Minaccia di far valere un diritto- "La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti"

³⁸⁰ Il riferimento è alla Legge 6 febbraio 1996, n. 52, il cui art. 25, in attuazione della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, introdusse il capo XIV-bis, artt. da 1469-bis a 1469-sexies. Detta disciplina è stata poi trasfusa nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), agli artt. 33 ss.. In realtà, poiché alla nozione di abuso si è affiancata la nozione di vessatorietà, il termine "abuso" è presente unicamente all'art. 36, quarto comma, cod. cons., all'art. 37. Che la disciplina delle clausole vessatorie o abusive ex art. 33 ss. cod. cons. sia espressiva del divieto di abuso dell'autonomia contrattuale è ormai condiviso dalla dottrina. Cfr. ad esempio: F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 663 testo e nota 2; F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 681 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 625 ss.; S. PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81 ss.; ID., *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, *ivi*, p. 91 ss.; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787 ss.; L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno, III, Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 547. Anche la giurisprudenza si è mostrata favorevole alla conclusione, così Cass., 30 aprile 2012, n. 6639, secondo cui "la ragione della normativa posta dal D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 e segg. ... è quella di garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto negoziale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziantesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale". Nella pronuncia sono citati, come precedenti Cass., 20 marzo 2010, n. 6802; Cass., 18 ottobre 2010, n. 21379, tutte in banca dati *Leggi d'Italia*.

³⁸¹ In dottrina il tema del rapporto tra abuso di dipendenza economica e abuso dell'autonomia contrattuale è presente in G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, suppl. 2006, p. 255 ss.; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova*

Anche la disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali³⁸², inoltre, è considerata espressione del divieto di abuso del diritto in materia contrattuale, anche se tale fattispecie non è mai menzionata nel dettato normativo³⁸³.

Se tale è la situazione nella legislazione italiana, diverso appare il trattamento dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto comunitario.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona del 2009, infatti, la Carta europea dei diritti fondamentali ha acquisito valore giuridico.

L'art. 54 del trattato³⁸⁴, rubricato "divieto di abuso del diritto", dispone che "*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*".

Dal 2009, quindi, secondo quanto affermato da eminenti interpreti³⁸⁵, non sarebbe più possibile, in Italia, ripetere l'antica massima "*qui suo iure utitur*

disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss., a p. 725; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 789 ss.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004; M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Aa.Vv.*, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455 ss.; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009; G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, cit., pp. 54-57 e 61 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, cit., p. 529, che individua tra l'abuso di dipendenza economica e abuso del diritto un rapporto di specie a genere

³⁸² Il riferimento è al d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 che reca modifiche al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, per il recepimento della Dir. 2011/7/UE a norma dell'art. 10, co. 1, della l. 11 novembre 2011, n.180

³⁸³ cfr. ad es. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, V. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 39 e 41; F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, cit., p. 14; G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 257; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, p. 663; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, p. 623 ss.; E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 1155 ss. Che tale disciplina sia espressione del divieto di abuso del diritto pare evidente già dall'analisi del considerando 19 della Dir. 2000/35/CE, che indicava come obiettivo della normativa "*proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*". Anche i considerando 28 e 29 della Dir. 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 indica come obiettivo in prospettiva compiere "*maggiori sforzi per evitare l'abuso*" di tale libertà

³⁸⁴ Questo articolo ricalca l'articolo 17 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che recita: "*Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione*"

³⁸⁵ F.GALGANI, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *contratto e impresa*, 2011

neminem laedit” allo scopo di giustificare la condotta di chi esercita un proprio diritto ledendo una posizione altrui³⁸⁶.

Secondo la norma del trattato, infatti, incorre nel divieto di abuso chi si avvale del proprio diritto, riconosciuto dalla Carta³⁸⁷, per svolgere attività o compiere atti miranti a ledere diritti altrui.

Per più di 5 anni dall’entrata in vigore del trattato di Lisbona, il legislatore italiano è parso muto³⁸⁸, fino all’approvazione della legge delega fiscale del 2014³⁸⁹, che, nel tentativo di rendere il nostro sistema più equo, trasparente ed orientato alla crescita, all’art. 5³⁹⁰, enunciava i criteri direttivi del Parlamento per la fissazione, in ambito fiscale, del principio generale dell’abuso del diritto³⁹¹.

Tale norma prevedeva, per quello che in questa sede interessa, che la condotta abusiva fosse definita come *“uso distorto di strumenti giuridici ... ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione”*³⁹².

Inoltre, lo stesso delegante precisava che il governo avrebbe dovuto escludere la configurabilità di un abuso del diritto *“se l’operazione è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali”*³⁹³.

In ipotesi in cui fosse stata ravvisata una condotta abusiva, infine, sempre la stessa norma, imponeva l’obbligo, per il governo, di prevedere una sanzione

³⁸⁶ Si segnala, al riguardo, che alla disposizione di cui all’art. 54 del Trattato di Lisbona, fa riferimento anche Cass. Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in Giur. It. 2009, p. 380. La suprema Corte, in tale pronuncia qualifica tale norma come diritto vigente in Italia

³⁸⁷ Sempre F. GALGANO, op. cit., nota come i diritti e le libertà protette dalla Carta non sono solo i diritti e le libertà fondamentali, ma sono anche diritti come la proprietà(art. 17), la libertà di impresa(art. 16) la libertà professionale(art. 15)

³⁸⁸ F.GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?op. cit.*

³⁸⁹ Legge 11 marzo 2014, n. 23, recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita

³⁹⁰ Rubricato “Disciplina dell’abuso del diritto ed elusione fiscale”

³⁹¹³⁹¹ E. ALTIERI, *La codificazione di una clausola generale antielusiva: giungla o wild west?*, in Rass. Trib., 2014, p. 521

³⁹² Cfr. lett. a) dell’art 5 della legge 11 marzo 2014, n. 23 che prevede che il governo è delegato a *“definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d’imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione”*

³⁹³ Cfr. lett. b) dell’art. 5 della legge 11 marzo 2014, n. 23 che prevede che il governo è delegato a *“garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale e, a tal fine: 1) considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell’operazione abusiva; 2) escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l’operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; stabilire che costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell’operazione, ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell’azienda del contribuente; c) prevedere l’inopponibilità degli strumenti giuridici di cui alla lettera a) all’amministrazione finanziaria e il conseguente potere della stessa di disconoscere il relativo risparmio di imposta; d) disciplinare il regime della prova ponendo a carico dell’amministrazione finanziaria l’onere di dimostrare il disegno abusivo e le eventuali modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati, nonché la loro mancata conformità a una normale logica di mercato, prevedendo, invece, che gravi sul contribuente l’onere di allegare l’esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative o concorrenti che giustifichino il ricorso a tali strumenti”*

corrispondente all'“*inopponibilità' degli strumenti giuridici di cui alla lettera a) all'amministrazione finanziaria*”.

In esecuzione di tale legge delega, il 1 ottobre 2015, è entrato in vigore l'art. 10-bis dello statuto dei diritti del contribuente³⁹⁴, come formulato dal decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128.

La collocazione della norma all'interno dello statuto dei diritti del contribuente, pare manifestare la volontà del legislatore delegato di conferire alla disciplina dell'abuso del diritto, in ambito fiscale, la forza di principio generale preordinato a disciplinare tutti i singoli tributi³⁹⁵.

Sempre solo ai fini che interessano la nostra trattazione, pare opportuno notare che la norma di cui all'art. 10-bis definisce come abusiva l'operazione, priva di sostanza economica e formalmente rispettosa della norma, che realizza vantaggi fiscali indebiti, indipendentemente dalle reali intenzioni del contribuente.

A parere di chi scrive, dopo questo breve *excursus* storico, che ha dato conto dei recenti arresti normativi, sia in ambito comunitario che italiano, pare opportuno analizzare la c.d. tesi negazionista, secondo cui non esisterebbe un principio autonomo di divieto di abuso di diritto, allo scopo di verificarne ancora l'attualità.

2. La tesi negazionista e gli interventi della giurisprudenza

La dottrina francese fu la prima ad affermare che il divieto di abuso del diritto non avesse una propria autonomia concettuale.

In particolare Planiol, nei propri scritti, evidenziava come una condotta qualificabile come esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento dovesse essere necessariamente intangibile e insindacabile³⁹⁶.

394 cfr. art. 10-bis legge 27 luglio 2000, n. 212 che al comma 1 dispone che” *Configurano abuso del diritto una o piu' operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni*”.

³⁹⁵ G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *L'abuso del diritto* a cura di G. Visintini, op. cit., p. 369

³⁹⁶ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, cit., p. 269

Alla base di tale conclusione, secondo l'autore, ci sarebbe stata la dualità diritto soggettivo-illecito, insita nell'ordinamento giuridico: se è possibile enucleare solo questi due concetti, la condotta di un soggetto può essere esercizio di un diritto, quindi legittima, o, nel momento in cui travalica tale diritto, fuoriuscendo da quelli che sono i limiti fissati dal legislatore, diventa illecita e sanzionabile.

Consapevole, in ogni caso, dell'interesse che la figura dell'abuso riscuoteva in ambito giurisprudenziale, l'autore terminava dicendo che se di abuso si doveva parlare, doveva essere chiaro che tale figura nulla aveva a che fare con il diritto, posto che l'abuso inizia dove finisce quest'ultimo³⁹⁷.

Anche nella dottrina italiana, alcuni autori hanno negato autonomia concettuale all'abuso del diritto, invocando l'antica esimente, di diritto romano, secondo cui "*qui suo jure utitur neminem laedit*"³⁹⁸.

Per questi commentatori l'abuso del diritto è un non senso logico e la tematica finisce per dissolversi nella nozione dell'illecito, grazie anche all'elevata atipicità di quest'ultima.

Tale tesi, tuttavia, è da sempre avversata da quella parte della dottrina che, analizzando la scriminante dell'uso del diritto, fa presente che tale esimente, al massimo, potrebbe essere confinata solo ed esclusivamente nell'ipotesi di abuso del diritto di proprietà.

Solo nell'ambito di tale situazione soggettiva, infatti, secondo l'antico insegnamento del diritto romano, l'abuso potrebbe essere equiparato all'uso, essendo la proprietà "*ius utendi abutendi*".

Fuori da questo contesto, secondo tale critica, non è possibile equiparare l'uso all'abuso³⁹⁹.

Sempre tale critica, inoltre, evidenzia che, far rientrare la figura dell'abuso nell'atto illecito, significherebbe applicare l'art. 2043 c.c., che prevede che qualsiasi condotta illecita sia fonte di risarcimento danni.

L'atto abusivo, di converso, non genera, secondo la tesi che si espone, alcun diritto risarcitorio, ma, almeno in materia contrattuale, solo l'inefficacia dell'atto⁴⁰⁰.

³⁹⁷M. PLANIOL negava l'autonomia concettuale alla figura dell'abuso perchè definiva i diritti soggettivi come limitati nella loro estensione e sottoposti a diverse condizioni per il loro esercizio ("*limités dans leur étendue et soumis par leur exercise à des conditions diverses*") e notava che la condotta abusiva si caratterizzava per il superamento di questi limiti ("*sort de ces limites*")

³⁹⁸M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in Nuova giur. civ. comm., 2010, II, 129

³⁹⁹F.GALGANO, *Qui suo iure abutitur nemine laedit?*, in L'abuso del diritto a cura di G. Visintini, op cit, pp. 31 ss

⁴⁰⁰Così come precisato dalla Cassazione, in tema di recesso abusivo della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato. In tali pronunce, infatti la Suprema Corte si era limitata a invalidare l'atto di recesso, con la conseguenza che l'apertura di credito doveva considerarsi ancora in corso. Cfr. Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in Foro It. , 1997, I, c. 4679; Cass. 22 novembre 2000, n. 15066, in Contratti, 2001, p. 791. Si evidenzia, inoltre che Galgano, in *Qui suo iure abutitur nemine laedit?*, op. cit., precisa che "*Nelle sparute ipotesi in cui l'azione di invalidazione dell'atto abusivo è inidonea alla reintegrazione dell'interesse leso, sarà esercitata l'azione di danni, ma non si tratterà di danni da fatto illecito, bensì di danno da inadempimento contrattuale, essendo rimasta inadempita l'obbligazione di eseguire il contratto secondo buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c.*". Sul tema, conforme Cass. 20 aprile 1994, n. 3775 in Corriere giur. 1994, p. 566 con nota di Carbone

Altra parte della dottrina italiana⁴⁰¹, sembra, invece, porsi in una posizione intermedia: pur avendo ben presente quanto affermato dalla dottrina francese sul tema della mancata autonomia concettuale dell'abuso, da questa si discosta nella parte in cui mette in discussione la conclusione secondo cui abuso e diritto soggettivo debbano essere considerati incompatibili⁴⁰².

L'abuso del diritto, quindi, per la tesi da ultimo esposta, lungi dall'essere un concetto giuridico autonomo, altro non è che una situazione di fatto, che, comunque, ha stretti collegamenti con le norme positive, costituendo lo strumento per la loro correzione, a scopi sociali, nel momento in cui le stesse sono inadeguate⁴⁰³.

Si nega quindi la rilevanza dell'abuso come categoria giuridica, ma si riconosce l'importanza del fenomeno in ambito sociale⁴⁰⁴.

La vera questione, quindi, secondo questa tesi della dottrina italiana, non è il conflitto tra l'esercizio di un diritto e la possibile antiggiuridicità di tale condotta, ma è il contrasto tra una norma formulata in modo troppo rigido e la "nuova coscienza giuridica del popolo"⁴⁰⁵.

Il divieto di abuso del diritto, quindi, non è un principio autonomo dell'ordinamento, ma è semplicemente l'indice del conflitto tra il diritto, la cui evoluzione è lenta, e la società, che si evolve con velocità maggiore.

Tale conflitto, tuttavia, non potrà risolversi riconoscendo in capo a chi agisce nell'esercizio di un proprio diritto una forma di responsabilità nell'ipotesi di abuso, ma dovrà essere superato attraverso l'opera dell'interprete finalizzata a "spostare i confini del diritto soggettivo"⁴⁰⁶.

Partendo da tale approccio, non è mancato chi⁴⁰⁷, sempre nell'ottica negazionista, è giunto alla conclusione che in realtà porsi il problema dell'abuso del diritto sia alla fine superfluo, posto che le medesime soluzioni possono raggiungersi, più rapidamente e in modo più lineare, attraverso gli ordinari strumenti interpretativi⁴⁰⁸ o avvalendosi di concetti quali la buona fede e l'ordine

⁴⁰¹ M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, Cedam, 1979. La pubblicazione, in realtà, rappresenta la riedizione della tesi di laurea di Rotondi che venne pubblicata sulla Rivista di Diritto Civile, XV, 1923, pp. 105-128).

⁴⁰² M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, op. cit., Prefazione, p. 5: "E' stato detto e ripetuto che - sul piano del diritto positivo abuso e diritto sono termini incompatibili, per cui la formula abuso di diritto sarebbe un non senso e una contraddizione in terminis. Eppure quello che dal punto di vista del diritto positivo sembra un non senso, è una realtà e prende un contenuto se si considera un comportamento oltre che da un punto di vista giuridico, da un punto di vista morale. "Non omne quod licet honestum est", e la divergenza della valutazione diventa tanto più facile nel processo del tempo, se si confronta, in un regime di norme scritte, la lenta modifica di queste rispetto alla continua evoluzione della coscienza morale".

⁴⁰³ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit. p. 107;

⁴⁰⁴ sul tema si segnala che P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 25, sottolinea che l'abuso viene classificato come fenomeno esterno ma non estraneo all'ordinamento giuridico, essendo destinato ad influire su esso

⁴⁰⁵ Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 695 e ss. che nega l'autonomia giuridica alla categoria dell'abuso del diritto.

⁴⁰⁶ Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., p. 695 e ss

⁴⁰⁷ Sul tema cfr. M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in Riv. Dir. Civ., 2014, 2, 10467

⁴⁰⁸ C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, I) Diritto Civile, in Enc. giur. Treccani, Roma 1988, p. 5.

pubblico, già presenti nel tessuto normativo⁴⁰⁹, senza, quindi, scomodare l'intervento del legislatore.

A fronte dei tentativi della dottrina, deve registrarsi, tuttavia, in ambito giurisprudenziale, una netta tendenza a riconoscere nel nostro ordinamento l'esistenza del divieto di abuso del diritto.

Datate, infatti, sono le pronunce della Suprema Corte che tentano, nonostante la mancanza di una espressa previsione normativa, di formulare una nozione dell'abuso⁴¹⁰.

Inizialmente, tali pronunce, provano a restringere la questione della sua applicabilità esclusivamente ai diritti reali e in specie alla proprietà⁴¹¹, per poi finire, nel più recente periodo, a individuare l'abusività della condotta anche nell'ambito dei diritti obbligatori.

E' in tale contesto che devono essere inserite le pronunce che qualificano come abusiva la condotta della banca che, a determinate condizioni⁴¹², esercita il proprio diritto di recesso ad *nutum* dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato⁴¹³; oppure quelle sentenze che condannano l'abuso del diritto di voto del socio di società di capitali⁴¹⁴ o l'abuso della pretesa esecutiva del creditore tramite il cd. frazionamento del credito⁴¹⁵, o, infine, l'abuso del diritto di chiedere il fallimento del proprio debitore⁴¹⁶.

Fondamentale, inoltre, risulta essere una pronuncia della Suprema Corte che a detta di qualche autore ha "lucidato" e "rispolverato" l'abuso del diritto⁴¹⁷.

In tale pronuncia, la Corte di legittimità ha qualificato come abusiva la condotta di una parte che esercitava il diritto di recesso dal contratto di

⁴⁰⁹ R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in Tratt. Sacco, 2, Torino, 2001, p. 373

⁴¹⁰ Cass. 27 aprile 1951, n. 1028, in Mass. Foro it., 1951; Cass., 7 marzo 1952, n. 607, ivi, 1952; Cass., 27 febbraio 1953, n. 476, in giur. It., 1954, I, 1, c. 106; in tali pronunce si legge che "quando un soggetto con la sua azione, oltrepassa i limiti entro i quali va contenuto il suo diritto, egli viene ad abusare del diritto stesso". Sul tema F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, op. cit. p. 31

⁴¹¹ Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, in Foro Italiano, 1961, I, c. 256

⁴¹² Reputa abusiva la condotta della banca che esercita il recesso con "connotati del tutto imprevisti ed arbitrari" Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in Foro It., 1997, I, c. 4679; e in Giust. Civ. 1998, I, p. 509, con nota di COSTANZA; Cass. 22 novembre 2000, n. 15066, in Contratti, 2001, p. 791 e in Corriere giur., 2000, p. 1479, con nota di DI MAIO. Sul tema cfr. con F. GALGANO, *Abuso del diritto, arbitrario recesso ad nutum della banca*, in Contratto e impresa, 1998, p. 18

⁴¹³ Per Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in Foro it., 2000, I, c. 3495 anche nell'ipotesi in cui il contratto di apertura di credito sia stato stipulato a tempo determinato, se il recesso è previsto per giusta causa, il recesso della banca è abusivo "per le modalità del tutto impreviste ed arbitrarie" quando, pur sussistendo la giusta causa, la banca in precedenza aveva manifestato, anche tramite fatti concludenti, l'intenzione di astenersi dal farla valere

⁴¹⁴ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in Giur. Comm., 1996, II, p. 329; Cass. 17 luglio 2007, n. 15942, in Mass. Foro it., 2007. Sulla questione, per approfondimenti si rinvia a F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in Contratto e impresa, 1998, p. 1

⁴¹⁵ Cass. Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in Corriere giuridico, 2008, p. 745 con nota di P. RESCIGNO

⁴¹⁶ Cass., 19 settembre 2000, n. 12405, in Foro It., 2001, I, c. 2326, che si pronuncia a favore della revocabilità del fallimento dichiarato su ricorso del creditore che lo ha proposto al solo scopo di esercitare un'indebita pressione sul debitore

⁴¹⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in Foro it., 2010, I, c. 85; in Giur. Comm., 2010, II, p. 830; in Contratti, 2010, p. 5; in Giur. It., 2010, p. 552

concessione di vendita per conseguire un obiettivo del tutto estraneo alla causa di quel contratto⁴¹⁸.

Si ha così abuso in ambito contrattuale, secondo la pronuncia della Cassazione, quando si esercita un diritto derivante dal contratto per perseguire un interesse extracontrattuale, non rientrante cioè nel novero degli interessi al cui perseguimento l'accordo è preordinato⁴¹⁹.

Ai fini della trattazione, si segnala che la Corte, evidenzia che è *“ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano”*.

Sul tema dell'abuso del diritto, anche se in via incidentale, si è pronunciata, infine, anche la Corte Costituzionale, che, in una lontana ordinanza⁴²⁰ ha avuto modo di affermare che *“sono costituzionalmente legittime le questioni di legge che impongono oneri diretti ad evitare l'abuso o l'eccesso nell'esercizio del diritto”*.

Quale che sia la definizione da attribuire all'abuso del diritto, quindi, l'applicazione che la giurisprudenza ha fatto e continua a fare della fattispecie, sembra far ritenere ormai recessiva ogni forma di teoria negazionista dell'abuso e obbligare l'interprete, che voglia avvicinarsi alla problematica, a ricostruire in maniera completa la struttura del fenomeno, per individuare anche gli effetti che la condotta abusiva può avere sulle sfere giuridiche delle parti coinvolte.

⁴¹⁸ Il caso riguardava la società Renault Italia, che aveva comunicato il recesso dal contratto di concessione di vendita a circa duecento concessionari, manifestando la legittima intenzione di ristrutturare la propria rete di vendita. La questione, tuttavia, riguardava la circostanza che contemporaneamente la stessa società aveva consensualmente risolto il contratto di lavoro con un numero elevato di propri dirigenti, con l'accordo, a favore della Renault Italia, di non dover sopportare l'onere economico della liquidazione del trattamento di fine rapporto, sostituendolo con la stipula di contratti di concessione di vendita a favore dei dirigenti il cui rapporto lavorativo era stato risolto. In tali circostanze, i ricorrenti, concessionari revocati, si lamentavano che la concedente aveva attuato, sotto le false spoglie di una ristrutturazione della rete, una riduzione del personale, economicamente vantaggiosa, ingenerando negli stessi, oltre al danno per la risoluzione anticipata del rapporto, anche gli ulteriori danni derivanti dalla frustrazione degli ingenti investimenti che il concedente li aveva recentemente indotti a fare, suscitando il legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto.

⁴¹⁹ F.GALGANO, *Qui suo abutitur neminem laedit?*, op. cit.

⁴²⁰ Corte Cost., 05 maggio 1983, n. 132 in Giur. Costit., 1983, I, 789

3. La ratio del divieto di abuso del diritto

Le moderne teorie sull'abuso, anche se con modalità diverse, evidenziano l'importante funzione che lo stesso assume come strumento di correzione dell'errore del legislatore.

Nell'ipotesi di *defaillance* dell'ordinamento, tramite il divieto di abuso del diritto, il ceto giuridico provvede, infatti, al ripristino del circuito, facendo ricorso a principi estranei alla previsione normativa⁴²¹.

La selezione di questi ultimi dipende dalla posizione ideologica dell'interprete chiamato a correggere l'errore.

Come efficacemente tramandato da valenti autori, infatti, è possibile ravvisare due grandi ideologie che sorreggono la riflessione teorica sul divieto dell'abuso del diritto⁴²².

La prima è essenzialmente l'ideologia cattolica o della morale, che legittima l'interprete a correggere la norma nelle ipotesi in cui una sua applicazione meccanica possa risultare ingiusta.

Per tale pensiero, quindi, il principio cui affidarsi per la correzione del sistema sarebbe la morale e l'esercizio del diritto potrebbe essere considerato abusivo quando l'uso dello stesso è immorale.

Facendo proprio il pensiero di Dabin, si afferma che grazie a questa legittimità morale *“il diritto legale si apre sulla moralità, che viene ad arearlo, ad umanizzarlo ed altresì ad individualizzarlo in ciò che ha di troppo astratto e di troppo tecnico. In una parola l'abuso rappresenta il correttivo della moralità, che la legalità postula”*⁴²³.

Per l'interprete di tale ideologia, quindi, ogni diritto avrebbe un limite costituito dai doveri che ciascun soggetto ha verso Dio e il prossimo.

E' evidente, che tale tipo di approccio, rischia di risolversi nella teologia morale, finendo per fare coincidere l'abuso con il peccato⁴²⁴.

⁴²¹ A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, II) Diritto comparato e straniero, in Enc. giur. Treccani, I, Roma 1988, p. 1.; sul tema M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in Riv. Dir. Civ., 2014, 2, 10467

⁴²² P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 33; G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Torino, 1911; II, *L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato*, Torino, 1918.

⁴²³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Parigi, 1952 p. 295

⁴²⁴ Cfr. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 37, in cui l'autore arriva a tale drastica conclusione essenzialmente analizzando alcuni passaggi davvero inequivocabili dell'opera di DABIN. *“La meditazione cattolica sul problema giuridico rischia così di concludersi nella teologia morale, e rischia d'identificare l'abuso col “peccato”, poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale. Questo approdo alla teologia, e ad una concezione teologica del peccato e della grazia, si rivela con estrema lucidità in alcuni passaggi del discorso: dove si parla di “biasimo” del titolare del diritto in virtù di “una norma di specie diversa da quella della giuridicità, una norma concorrente e, sotto certi aspetti, regolatrice della prima”; e, più ancora, là dove si dice, riassumendo in brevi tratti la sostanza dell'abuso di diritto, che “l'atto economicamente irreprensibile non sarà “salvato” se ha peccato per un certo eccesso (outrance) che lo renderebbe moralmente odioso”; infine nelle*

La seconda ideologia, invece, è definibile come quella socialista o laica di concezione socialista⁴²⁵.

Tale pensiero, adottando quale criterio di giudizio la coscienza sociale, sostituisce al peccato la riprovazione della coscienza collettiva⁴²⁶.

L'ideologia socialista, in altre parole, impegna l'interprete, chiamato a valutare se, nel caso concreto, la condotta di chi esercita un proprio diritto sia abusiva, a ricercare non la moralità delle intenzioni, ma gli obiettivi del legislatore rimasti inappagati nell'esercizio concreto del diritto, nonché la reazione della coscienza collettiva.

La differenza non è di poco conto posto che, mentre l'ideologia cattolica e della morale richiede all'interprete di indagare solo i motivi individuali per cui il soggetto esercita il diritto, quella laica impone, a colui che è chiamato all'applicazione della norma, di verificare i concreti interessi privati in gioco.

Occorre segnalare, infatti, che, in ogni ordinamento, l'attribuzione da parte del legislatore di un diritto o di un potere presuppone, a monte, la prefigurazione di un conflitto e la scelta da parte dell'autore delle leggi in merito all'interesse destinato a prevalere. Di fronte al soggetto portatore di tale interesse, quindi, vi è sempre qualcuno che è costretto a sacrificare il proprio⁴²⁷.

Nell'ideologia laica, così, l'interprete è sempre chiamato a ricercare, nel caso concreto, l'interesse maggiormente meritevole di tutela. Nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia quello del soggetto che, nella previsione normativa astratta, è chiamato al sacrificio, è possibile concludere che l'applicazione del diritto comporta un costo intollerabile per la collettività.

E' solo in questo modo che la questione dell'abuso non finisce per rappresentare un modo per imporre una "morale" diversa ed opposta a quella del legislatore⁴²⁸.

Facendo applicazione dell'ideologia di stampo socialista, quindi, la questione dell'abuso si risolve nel tentativo di regolare un conflitto di interessi tramite la comparazione degli stessi e l'individuazione di quello ritenuto maggiormente meritevole di tutela⁴²⁹.

Da una lettura attenta della carta costituzionale, è proprio questa ideologia laica che, nelle applicazioni giurisprudenziali e nelle teorizzazioni dottrinarie, pare destinata a prevalere.

parole che scorgono, nell'eventuale contrasto tra l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un perenne conflitto della tecnica e dell'umano"

⁴²⁵ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 33, secondo cui "l'ideologia socialista non coincide rigorosamente con la concezione marxista della vita e della storia. Sarebbe più esatto contrassegnar...(la) ... con termini più vaghi, quali solidarista o sociale".

⁴²⁶ Da questo discende che la prima differenza tra le due ideologie deve essere individuata nella mutevolezza e variabilità del pensiero laico, a causa della manifestazione di sempre nuovi bisogni che entrano nella coscienza comune, che si contrappone all'unitarietà e immutabilità della dottrina cattolica, fondata sul diritto naturale e sulla moralità. Sul punto, P. RESCIGNO, op. cit., p. 46.

⁴²⁷ M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, op. cit.

⁴²⁸ A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 2

⁴²⁹ Cfr. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in Riv. Trim., 1958, p. 18; ID, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1961, I, p. 157

I principi cardine che vengono posti in luce sono il dovere di solidarietà e la funzione sociale codificati negli artt. 2 e 42 della nostra Costituzione⁴³⁰.

Dall'art. 2 Cost., derivano infatti gli inderogabili doveri di solidarietà sociale che impongono a ciascuna parte il dovere di agire in modo da preservare gli interessi degli altri, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito dalle singole norme⁴³¹.

Dall'art 42 cost, comma 2⁴³², invece, discende il principio che il diritto di proprietà, oltre ad assicurare vantaggi per il suo titolare, deve procurare benefici anche all'intera collettività⁴³³.

In altri termini il legislatore italiano attribuisce alla proprietà una "funzione sociale", allo scopo di contemperare gli interessi dell'individuo con quelli della collettività.

Tale funzione sociale, nelle intenzioni del legislatore non dovrebbe essere una mera affermazione di principio, ma dovrebbe concretizzarsi tramite l'imposizione di limiti nell'interesse pubblico e privato, nonché di obblighi a carico del proprietario.

La formula, adoperata, tuttavia, all'atto concreto si presenta insoddisfacente perché, come è stato rilevato in dottrina, *"manca un sicuro termine di riferimento per distinguere le compressioni del diritto legittime da quelle illegittime, ed appare così arduo stabilire la consistenza del riconoscimento e della garanzia di cui al secondo comma dell'art. 42 cost."*⁴³⁴.

⁴³⁰ M. POMPEI, *L'abuso del diritto e' configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di cassazione civile sez iii, 18 settembre 2009, n. 20106*, in GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. VIII 2010, p. 298 ss

⁴³¹ Si pronuncia a favore dell'esistenza di un generale principio di solidarietà sociale, Cass. 15 febbraio 2007 n. 3462 che ne afferma la certa costituzionalizzazione. La Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., afferma che *"Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e 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"*.

⁴³² Cfr. comma 2 art.42 cost. *"La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti"*

⁴³³ Cfr. M. MISTRETTA, *L'abuso nel settore dei diritti reali*, in *L'abuso del diritto* a cura di VISINTINI, op cit. p. 77. Sul tema S.PATTI, *Il principio dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto*, Enc. Giur. Del Sole 24 ore, I, 2007, pp. 6 e 7 *"La normativa costituzionale che ha stabilito il principio della funzione sociale della proprietà non ha ovviato del tutto alla situazione descitta. Se infatti è certo che con essa contrastano i comportamenti del proprietario lesivi degli interessi della collettività, sembra dubbio che la norma, per la sua stessa struttura e formulazione, possa essere utilmente invocata quando risultano lesi gli interessi di un singolo. Ciò perché la determinazione dell'utilità sociale comporta una complessa e delicata valutazione di ordine generale, che addirittura tenga conto dell'assetto del paese, pur quando si tratta di dettare una disciplina giuridica. Essa, quindi, anche per i nessi che la legano a condizioni continuamente mutevoli, può essere compiuta soltanto da chi, come il legislatore, gode della più ampia possibilità di valutazione e giudizio"*

⁴³⁴ M. TAMPONI, *Il contenuto del diritto di proprietà alla luce dell'art. 42 Cost.*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano 1989, p. 165

Il problema, quindi, è quello di stabilire quale sia il giusto limite che si può porre al diritto del privato.

E' questo, a ben vedere, il vero problema del divieto di abuso del diritto: fino a che punto è lecito da parte dell'interprete comprimere la posizione giuridica di un soggetto, portatore di un interesse valutato in astratto come prevalente dal legislatore, allo scopo di tutelare un interesse di un terzo, ritenuto, per motivi contingenti, maggiormente meritevole di tutela⁴³⁵.

4. Gli elementi costitutivi dell'abuso

Secondo una recente definizione l'espressione "abuso del diritto" indica l'esercizio di un diritto o di un potere con modalità o per finalità che risultano oltremodo lesive della posizione giuridica di un altro soggetto, ancorché questi sia tenuto a "subire" l'esercizio di quel diritto⁴³⁶.

Come ha statuito la giurisprudenza⁴³⁷, quindi, quello che definiamo come abuso del diritto, "*lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore*".

Come detto, inoltre, è comunque necessario che la finalità perseguita dal soggetto che esercita il diritto sia considerata non meritevole di tutela e idonea a pregiudicare in modo sproporzionato la situazione giuridica di terzi⁴³⁸.

Fatta tale doverosa introduzione, occorre segnalare che quando si cerca di enucleare da tali affermazioni un'elencazione degli elementi costitutivi della figura di abuso, sia in dottrina che in giurisprudenza si aprono ampi dibattiti.

⁴³⁵ R. SACCO, *Abuso del diritto*, in Digesto online, Pluris, afferma che "*l'ultima trasformazione della dottrina dell'abuso vuole che il carattere censurabile dell'atto di esercizio dipenda da una valutazione comparativa fra la situazione dell'agente e quella della vittima. La diversa dignità dei contrapposti interessi comporterebbe divieti più angolosi quando l'interesse della vittima è di maggior momento, e viceversa*"

⁴³⁶ V. IANNI, *L'abuso del diritto*, in Responsabilità civile, di P.CENDON, I, Torino, 2017, pp.377 ss

⁴³⁷ Cass. Civ. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁴³⁸ F.MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in Fallimento, 2014, 1, 13

Non è questa la sede per dar conto delle varie tesi che nel tempo si sono affrontate, ci limiteremo, nel proseguo della trattazione, a segnalare che tale confronto, in realtà, può essere sintetizzato in due tipologie di approccio.

Il primo, che potremmo definire soggettivo, secondo cui, in ogni forma di abuso del diritto, riguardi esso diritti reali o altre posizioni giuridiche, devono ricorrere sempre gli stessi elementi.

Tale teoria, si fonda sulla lettura di una delle norme, contenute nel nostro codice civile, tra le poche che espressamente disciplina, secondo alcuni, una forma di abuso del diritto di proprietà.

L'art. 833 c.c., infatti, testualmente dispone che “*il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*”.

Dall'analisi della norma la dottrina concorda nel ritenere necessaria la compresenza di più elementi per qualificare un atto come emulativo.

Innanzitutto l'esercizio di un diritto da parte del proprietario deve concretizzarsi in un comportamento commissivo⁴³⁹ da cui scaturisce il pregiudizio altrui.

E' necessario poi che detta condotta sia realizzata con *l'animus nocendi*, da intendersi come intenzione di nuocere ad altri come unico scopo che determina il proprietario a compiere l'atto.

Altro elemento necessario per configurare un atto emulativo, infine, è l'inutilità dell'atto⁴⁴⁰, nel senso che non può essere considerato abusivo il comportamento del proprietario che compie un atto che arreca a se un qualsiasi tipo di vantaggio⁴⁴¹, anche non economico⁴⁴².

Emulativa, quindi, secondo tale indirizzo, è solo la condotta gratuita che provoca danni certi.

Devono quindi escludersi i comportamenti che pure essendo gratuiti, ovvero non collegabili alla promozione di un qualche interesse proprietario, danno origine solo a situazioni di rischio per altri⁴⁴³.

Facendo applicazione delle conclusioni appena riportate, riguardanti gli atti emulativi, la tesi che si espone afferma che per realizzarsi un abuso del diritto sia necessario il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di

⁴³⁹ Un comportamento invece omissivo, come il mancato esercizio di una delle facoltà spettanti al proprietario, se collegato all'intenzione di nuocere ad altri, può costituire un atto riprovevole, ma non incarnerebbe la fattispecie dell'art. 833, che si riferisce ad atti. Sul punto M. COSTANTINO, *La proprietà*, in Tratt. Rescigno, 7, Torino, 1982, p. 224

⁴⁴⁰ Si segnala che secondo tale teoria gli elementi dell'*animus nocendi* e dell'inutilità dell'atto, finiscono per sovrapporsi, poiché se la condotta del proprietario non genera per lui alcuna utilità ed invece genera danni ad altri, *l'animus nocendi* si presume

⁴⁴¹ Il vantaggio può essere anche minimo, futuro, non economico. Cfr. COSTANTINO, *La proprietà*, op. cit. p. 220; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in Tratt. Cicu, Messineo, Milano, 1995, 325.

⁴⁴² Una condotta omissiva, quindi, secondo la tesi che si espone, non può rappresentare mai un atto di emulazione ex art. 833 c.c., sia perché, come detto, la norma espressamente fa riferimento solo agli atti, ma anche perché il non fare, comporterebbe sempre un vantaggio in termini di risparmio di spesa o di energia psico-fisica. Cfr. Cass. 20 ottobre 1997, n. 10250 in Resp. Civ. e Prev., 1998, 1054 nota di GUARNERI; Foro It., 1998, I, 69 nota di MOLITERNI e PALMIERI; Nuova Giur. Civ., 1998, I, 605 nota di CASERTA; contra Cass. 15 novembre 1960, n. 3047 in Mass. Giur. It., 1960

⁴⁴³ A. GAMBARO, *Emulazione*, in Digesto civ., VII, Torino, 1991, p. 440

utilità per chi esercita il diritto e di un elemento soggettivo costituito *dall'animus nocendi*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestie ad altri⁴⁴⁴.

La seconda tesi, che possiamo definire oggettiva, ritiene, invece, che la nozione di abuso del diritto sia più ampia di quella presente nell'art. 833 c.c., che disciplina solo gli atti emulativi⁴⁴⁵ ed è confinata solo nell'ambito dei diritti reali⁴⁴⁶.

Fuori da quest'ultimo⁴⁴⁷, invece, esisterebbero ulteriori campi⁴⁴⁸ in cui è possibile ravvisare il divieto di abuso del diritto, per cui, gli elementi costitutivi di quest'ultimo vanno analizzati in modo più approfondito.

La tendenza ormai maggioritaria in dottrina è quella di considerare il divieto di abuso come una *“fattispecie oggettivata, la cui operatività prescinde dalla presenza e dalla prova dell'intento riprovevole o comunque illecito in capo a chi l'abuso pone in essere”*⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ M. POMPEI, *L'abuso del diritto e' configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di cassazione civile sez. iii, 18 settembre 2009, n. 20106*, in GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente Vol. VIII, 2010, pp. 306 ss.

⁴⁴⁵ R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in Digesto online, op. cit.: *“La costruzione fondata su quella tradizione che aveva tenuto a battesimo e poi sponsorizzato per secoli la dottrina dell'atto emulativo doveva però apparire inutilmente restrittiva nel momento in cui gli interpreti del C. Nap. sentivano il bisogno di esportare fuori dall'area dell'atto emulativo la repressione dell'abuso. Fuori dal settore del diritto di vicinato la combinazione dei requisiti dell'inutilità, del danno e dell'intento protervo non rendeva tutti i servizi di cui l'interprete aveva bisogno.”*

⁴⁴⁶ L'ampio dibattito sulla figura dell'abuso del diritto, non rende possibile un'indicazione compiuta, ma sono a favore della teoria che la estende all'ambito contrattuale: S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2012; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in Riv. Dir. civ. 2014, II p. 467; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in Resp. Civ. e prev., 2010, p. 354; F. GALGANO, *Qui suo iure abitur neminem laedit?*, op. cit.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in Contratti, 2010, p. 11; C. SCOGLIAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in Contratti, 2012, p. 5; A. CAUTADELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in Riv. Dir. civ., 2014, I, p. 747 ss.; C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in Riv. Crit. di diritto privato, 2014, pp. 27 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in Europa dir. priv., 2013, pp. 75 s.s.; A.M. BENEDETTI, *L'abuso dei(nei) rimedi contrattuali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di Visintini, op. cit., p. 83.

⁴⁴⁷ E' ovvio che quanto previsto in tema di atti di emulazione valga anche per le servitù. Sul tema R. SACCO, *Abuso del diritto*, Digesto online, op. cit., che precisa *“Quanto diciamo vale altresì per la pratica delle servitù, che già al tempo degli antichi romani si doveva operare «civiliter». In Italia, provvedono in merito gli artt. 1065, 1067, 1068, 2° co., 1069 c.c.”*

⁴⁴⁸ La migliore dottrina non ha mancato di osservare che la figura dell'abuso presenta rilevanza in molte materie del diritto privato, riguardando in definitiva l'intero campo delle prerogative individuali e delle libertà; sul tema RESCIGNO, op. cit., p. 240.

⁴⁴⁹ G. MERUZZI, *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, in *L'abuso del diritto*, op. cit., pp. 111 s.s.; R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in Digesto online, secondo cui *“All'origine, il divieto dell'atto emulativo era rivolto alla repressione di fattispecie dolose, ossia connotate da un'intenzione prava. Con il tempo, questo punto fermo è stato abbandonato”*. Conforme anche S. PATTI, *Abuso del diritto*, in Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile, vol. I, Utet, Torino, 1987, pp. 1-9 secondo cui *“L'affermazione della responsabilità non dipende dalla ricorrenza di un elemento soggettivo, difficilmente accertabile, ma da una valutazione complessiva di tutte le caratteristiche della fattispecie. In un ordinamento che prevede il principio di solidarietà il risarcimento del danno non può essere*

Tale ultima tesi, infatti, fa notare che è consolidata nel nostro ordinamento la tendenza a considerare le ipotesi di abuso come fattispecie di responsabilità oggettiva⁴⁵⁰.

Inoltre, secondo la tesi che si espone, poiché è predominante l'indirizzo che considera l'abuso in rapporto di *species a genus* con la buona fede oggettiva e poiché ormai tutti riconoscono a quest'ultima natura di rimedio oggettivo, anche il divieto di abuso del diritto deve prescindere da qualsiasi valutazione dell'aspetto psicologico.

Sul tema, si è pronunciata anche la giurisprudenza, che in un arresto⁴⁵¹, ormai non recente, avente ad oggetto l'ipotesi di abuso del diritto ad impugnare il bilancio di esercizio, ha espresso l'esigenza di *“disancorare gli elementi costitutivi da aspetti e valutazioni essenzialmente soggettive e di ricercare, per quanto possibile, più chiari e sicuri contorni di natura oggettiva. Non si può negare, infatti, che un'impostazione esclusivamente o prevalentemente soggettivistica rischia di far sovrapporre la personale valutazione dell'interprete e, in particolare, del giudice, alle regole di corretto svolgimento della vita dei singoli istituti giuridici e, per quanto qui interessa, alla disciplina delle società”*⁴⁵².

Successivamente a tale pronuncia, la Suprema Corte⁴⁵³ si è nuovamente espressa in relazione alla necessità di indagare l'esistenza dell'*animus nocendi* ai fini della valutazione della sussistenza dell'abuso, precisando che nel caso *“di eventuale, provata disparità di forze tra contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso del potere contrattuale o di dipendenza economica”*.

Per la tesi che si espone, quindi, la possibile qualificazione di una condotta come abusiva non dipende, fuori dalle ipotesi normativamente tipizzate, dall'individuazione dell'*animus nocendi*.

Nell'accertamento dell'abuso del diritto, invece, rileva l'aver esercitato il diritto per il perseguimento di scopi diversi da quelli per la cui realizzazione il diritto è riconosciuto dal nostro ordinamento e comunque non meritevoli di tutela⁴⁵⁴.

Alcuna rilevanza, assume, per quanto detto, l'intenzione di danneggiare colui che subisce la condotta.

ineluttabilmente legato all'assenza di una prerogativa individuale astrattamente tutelata in capo al danneggiante, né all'accertamento dei fini che hanno determinato il compimento dell'atto”

⁴⁵⁰ A. GAMBARO, *Abuso del diritto. Il Diritto comparato e straniero*, op. cit., p., 7; G. MERUZZI, *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, op. cit. p. 112

⁴⁵¹ Cass. Civ. 11 dicembre 2000, 15592, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2439

⁴⁵² Per la Cassazione, quindi, non è abusiva la condotta di chi in qualità di amministratore di una società, dopo aver concorso all'approvazione del bilancio di esercizio, proceda, successivamente all'impugnazione dello stesso bilancio in qualità di socio, qualora non sia data prova della violazione da parte di questi del dovere di correttezza

⁴⁵³ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, citata

⁴⁵⁴ G. MERUZZI, *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, op. cit., p. 113. Conforme Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 cit.

Fatta tale doverosa premessa, occorrerà, facendo uso sia dell'elaborazione dottrinale sia degli arresti giurisprudenziali, enucleare gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, alla luce dell'indirizzo cd oggettivo.

Segue. La titolarità di una posizione di vantaggio con modalità di esercizio non rigidamente predeterminate

La prima circostanza che deve sussistere affinché si possa porre un eventuale problema di abuso è che il legislatore non abbia, al momento dell'attribuzione della posizione di vantaggio ad un determinato soggetto, già determinato in maniera completa le modalità di esercizio o godimento⁴⁵⁵.

In quest'ultimo caso, infatti, nell'ipotesi in cui il titolare della posizione giuridica trascenda i limiti compiutamente imposti dal legislatore all'esercizio del diritto, non si rinviene una fattispecie abusiva ma una condotta illecita, o, secondo alcuni, la fattispecie di eccesso di potere, da intendere come superamento dei limiti normativi che circoscrivono l'esercizio del diritto⁴⁵⁶.

Quando le modalità di esercizio sono puntualmente predeterminate, infatti, al titolare è attribuita solo la scelta se esercitare il diritto o astenersi, ma nell'ipotesi in cui propenda per esercitarlo, dovrà attenersi a quanto stabilito a monte dal legislatore, con la conseguenza che sarà impossibile affermare che la condotta in concreto posta in essere contrasta con gli scopi della norma attributiva della posizione giuridica⁴⁵⁷.

Nell'ipotesi in cui le modalità di esercizio del diritto, invece, non sono predeterminate con precisione, è possibile realizzare una condotta che svia lo scopo per cui il diritto è stato riconosciuto⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit. p. 134; R.SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto*, op. cit. secondo cui "La ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna delle regole puntuali. Si dimentica di regolare la concorrenza; il diritto applicato ricorrerà a regole fabbricate sul campo, e può darsi che invochi... l'abuso".

⁴⁵⁶F. SCHAUER, *Can Rights Be Abused?*, in «*Philosophical Quarterly*», 31, 1981, p. 225

⁴⁵⁷G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 134, osserva che, ad esempio, "nella materia delle distanze legali tra costruzioni, puntigliosamente disciplinata a livello legislativo, l'operatività meccanica di regole predeterminate toglie ogni possibilità di ricorso alla teoria dell'abuso del diritto". Nella stessa sede si rinvia per approfondimenti a R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 111; A. PALMIERI, M. CAPUTI, *Distanza delle costruzioni dalle vedute: misure fisse o modello variabile?*, in «*Foro italiano*», 2000, I, c. 353

⁴⁵⁸M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, cit., p. 442 secondo cui l'abuso finisce dunque per risolversi in un "cattivo esercizio di un potere discrezionale". Nel testo citato l'autore scrive che si può "sensatamente parlare di abuso di un potere discrezionale quando la discrezionalità è illimitata, ossia quando tutte le scelte possibili sono ammesse, e quindi tutte le alternative sono "indifferenti" e perfettamente fungibili o intercambiabili"; per cui "più ridotto è l'ambito della discrezionalità, ossia la varietà delle ipotesi ammesse, maggiore è il rischio che scelte discrezionali vengano compiute in modo scorretto, esorbitando dai limiti della discrezionalità consentita". Contro tale conclusione G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit. p. 135

Fatta tale doverosa premessa, si ritiene opportuno analizzare le varie posizioni giuridiche il cui esercizio, in concreto, può dar luogo ad una condotta abusiva⁴⁵⁹.

La prima da approfondire, come è facile intuire, è l'effettiva⁴⁶⁰ titolarità di un diritto soggettivo⁴⁶¹.

Occorre segnalare che quando l'ordinamento riconosce ad un soggetto un diritto, anche di contenuto meramente patrimoniale, attribuisce al titolare non solo l'utilità consistente nel valore economico di quel diritto, ma anche un ulteriore valore, derivante dalla consapevolezza che la propria posizione è regolare e in quanto tale tutelabile dalle altrui pretese⁴⁶².

La figura del divieto di abuso del diritto, tuttavia, pare disattendere tale conclusione, nella parte in cui consente una tutela alle altrui pretese contro il titolare del diritto.

In realtà, chi ha approfondito la questione, ha evidenziato che, poiché in relazione alla figura del diritto soggettivo esistono varie ricostruzioni dottrinarie, occorre preliminarmente individuare quale teoria del diritto soggettivo venga "normalmente impiegata o presupposta in sede dogmatica o giudiziaria quando si fa ricorso alla formula dell'abuso del diritto"⁴⁶³.

A tale scopo, occorre evidenziare che essenzialmente le varie teorie sul diritto soggettivo possono essere sintetizzate tutte in due indirizzi fondamentali.

Il primo, la cd. teoria della volontà, considera il diritto soggettivo come un potere attribuito ad un soggetto consistente nella garanzia di una sfera di azione in cui la volontà del titolare del diritto regna sovrana.

Per tale tesi, quindi, il diritto soggettivo può essere considerato come lo spazio entro cui il titolare può svolgere la propria attività in maniera libera⁴⁶⁴, perché la sua volontà "domina indipendentemente da ogni volontà altrui"⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ R. SACCO, voce Abuso del diritto, in Digesto, op. cit. secondo cui "Nessun comportamento può essere considerato abuso di un diritto, finché, esaminato il sistema giuridico in questione, non si individui il diritto rispetto al quale il comportamento di cui parliamo costituisce un esercizio abusivo. Se l'ordinamento accorda la maggiore età al diciottenne, non verranno detti abusivi gli atti di esercizio di potestà parentale compiuti dal genitore nei confronti del figlio trentenne"

⁴⁶⁰ E' ovvio, infatti, che nell'ipotesi in cui un soggetto eserciti apparentemente un diritto soggettivo di cui non è titolare, più che di abuso del diritto si dovrebbe discorrere di usurpazione dello stesso

⁴⁶¹ Possiamo definire il diritto soggettivo come una pretesa garantita dall'ordinamento giuridico la cui attribuzione in via generale ed astratta rappresenta l'esito di una scelta di valore: garantire una determinata forma di protezione di un particolare bene della vita. Sul tema si veda N. MACCORMICK, *Rights, Claims and Remedies*, in «Law and Philosophy», 1, 1982, pp. 337-357; R. GUASTINI, *Diritti* (1995), in Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 147-156; G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto* in "Ragion pratica", 24, 2005, pp. 161-180

⁴⁶² G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 167

⁴⁶³ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115-175

⁴⁶⁴ Entro questi spazi di libertà il titolare del diritto, ritenuto un agente morale razionale, è libero di effettuare qualsiasi scelta, compreso quella di stenersi dall'esercitare il diritto

⁴⁶⁵ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840), trad. it. di V. Scialoja, Utet, Torino, 1886, pp. 336-337; Cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in

Secondo tale teoria, “ i diritti soggettivi sono conferiti al privato a suo esclusivo vantaggio e profitto, in libera concorrenza con gli altri soggetti. Il principio del rispetto dei corrispondenti diritti ed esigenze altrui dovrebbe essere sottinteso»⁴⁶⁶.

Per tale indirizzo, così, la condotta del titolare del diritto è insindacabile quando corrisponde a ciò che è previsto dalla norma per il suo esercizio. In questi casi, infatti, il contemperamento degli interessi in gioco è già stato effettuato a monte dal legislatore.

Da tale affermazione discende, infine, il corollario che per la teoria della volontà è vietato all'interprete, chiamato a pronunciarsi nel caso concreto sulla modalità di esercizio di un diritto, contemperare i vari interessi utilizzando fattori quali l'interesse sociale o l'equità.

Adottando la teoria della volontà per l'identificazione dei diritti soggettivi, quindi, non pare possibile un'interpretazione in termini di abusività della condotta di chi esercita un diritto e lo spazio per il divieto di abuso sembra al massimo ristretto alle ipotesi in cui la condotta analizzata sia stata diretta, intenzionalmente ed esclusivamente, a causare un danno ad altri⁴⁶⁷.

Per la seconda tesi, quella dell'interesse, invece, il diritto soggettivo essendo, appunto, un interesse protetto dall'ordinamento giuridico, rappresenta l'esito di una selezione, da parte dell'ordinamento giuridico, di interessi meritevoli di tutela, siano essi di natura individuale, collettiva, o entrambe le cose⁴⁶⁸.

Secondo la tesi che si espone, l'interesse del singolo è tutelabile solo se è conforme all'interesse astratto per il cui perseguimento il diritto è concesso e l'interesse che il diritto protegge è un interesse oggettivo (o meglio: oggettivato), la cui titolarità può ricadere tanto su singoli individui quanto sulla collettività nel suo complesso.

In altre parole l'interesse che viene riconosciuto e protetto dal diritto non è uno specifico interesse contingente di qualche specifico titolare del diritto, ma è piuttosto un interesse astratto⁴⁶⁹.

Se è quello astratto l'interesse da tutelare, lo stesso può confliggere con altri interessi, individuali o collettivi, astrattamente meritevoli di tutela⁴⁷⁰.

Alpa, Graziadei, Guarneri, Mattei, Monateri, Sacco, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 37; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit. pp. 127 ss

⁴⁶⁶ Così A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparata del diritto francese*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 175-176.

⁴⁶⁷ Tale è l'ispirazione dell'art. 833 c.c., sul divieto di atti emulativi. Sul tema G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit. p. 128

⁴⁶⁸ Cfr. P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, pp. 411-433 (spec. p. 420); R. ALEXI, *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed. by), *Rights*, Aldershot, Dartmouth, 1992.

⁴⁶⁹ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit. p. 129

⁴⁷⁰ I diritti soggettivi, confliggendo tra loro, espongono le regole che li disciplinano alla possibilità di revisioni caso per caso nel tentativo di commisurare costantemente l'ambito di applicazione delle regole che disciplinano i diritti alla portata degli interessi che esse sono chiamate a proteggere. Cfr. N. E. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, cit. p. 145: «*within an interest-based theory, however, the resolution of such conflicts [conflitti tra diritti, ndr] will necessitate recourse to the general balancing of interests that underlay the enactment of rules in the first place. It seems hard to avoid the conclusion that the decision will have to be shaped by*

Come fatto notare, “(...) ad una logica binaria del permesso e del proibito del tipo “tutto-o-niente”, che abbiamo ritenuto di rinvenire nell’ambito della teoria della volontà, si sostituisce qui una percezione gradualista della legittimità giuridica”⁴⁷¹.

Quello che appare evidente è che la valutazione dell’interesse in termini oggettivi, tipici della teoria che si espone, ha come conseguenza il considerare legittimo un controllo sulle modalità di esercizio del diritto da parte del titolare, allo scopo di verificarne la conformità con l’interesse astratto previsto dal legislatore.

Il diritto soggettivo, così, acquisisce un connotato teleologico⁴⁷², che trascende l’utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta invece ad una funzione sociale⁴⁷³.

Se questo è vero, quindi, è possibile concludere che solo utilizzando una nozione di diritto soggettivo come interesse protetto dall’ordinamento è possibile trovare degli spazi per la figura dell’abuso di cui si sta trattando⁴⁷⁴.

Detto ciò si segnala che l’abuso del diritto può riguardare sia diritti assoluti che relativi.

Con riferimento ai primi, ovviamente viene in rilievo il diritto di proprietà, da cui è partita l’intera riflessione in virtù del già citato art. 833 c.c..

Altra fattispecie tipizzata di abuso di un diritto reale è quella dell’art. 1015 c.c. 1° comma, rubricato “abusi dell’usufruttuario”⁴⁷⁵.

Tale norma dispone la sanzione della cessazione del diritto di usufrutto, quando il suo titolare ne abusi.

La norma tipizza le condotte abusive consistenti essenzialmente nell’alienare o comunque nel deteriorare i beni oggetto di usufrutto.

Tale elencazione, tuttavia, essendo di carattere meramente esemplificativo⁴⁷⁶, non impedisce di considerare abusiva la condotta

considerations drawn from the collective project»; L. ROSS MEYER, Unruly Rights, cit., pp. 7-9.

⁴⁷¹ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, op. cit. p. 129

⁴⁷² Cfr. F. OST, *Entre droit et non-droit: l’intérêt*, cit., p. 141 secondo cui che il paradosso che l’esercizio di un diritto sia illecito « s’explique s’il l’on admet que le droit subjectif n’est pas une fine en lui-même; plutôt un moyen en vue de l’intérêt qu’il consacre (tantôt l’intérêt du titulaire, tantôt celui de tiers, tantôt les deux). (Il paradosso è spiegato se si ammette che il diritto soggettivo non è fine a se stesso; piuttosto, un mezzo per tutelare l’interesse (a volte gli interessi del proprietario, a volte quello di terzi, a volte i due che dedica

⁴⁷³ Cfr. S. PATTI, *Esercizio del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. VII, UTET, Torino, 1991, cit.

⁴⁷⁴ Cfr. G. PATON, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3rd edition by D. Derham, Clarendon, Oxford, 1964, p. 428: che facendo riferimento alla dottrina dell’abuso segnala che “to carry the doctrine to its logical end we should have to dethrone the individualist theory of rights and use as a test the measure by which that particular exercise was useful to the community”. Nella dottrina francese si segnala L. JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*, Paris, 1927.

⁴⁷⁵ Art. 1015 c.c. comma 1 “L’usufrutto può anche cessare per l’abuso che faccia l’usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni”

⁴⁷⁶e comunque le ipotesi ivi previste possono interpretarsi estensivamente cfr. CARNACINI, *Sull’abuso dell’usufruttuario*, in *RTDPC*, 1978, 474).

dell'usufruttuario che esercita facoltà a lui non spettanti o che viola obblighi a lui imposti nell'interesse del nudo proprietario⁴⁷⁷.

La dottrina⁴⁷⁸, nel tentativo di delimitare la nozione di abuso del diritto di usufrutto, aggiunge che, affinché l'esercizio del diritto possa essere considerato abusivo, la violazione di tali obblighi non deve avere il carattere dell'episodicità o della lieve entità⁴⁷⁹.

Con riferimento ai diritti relativi e in particolare alla materia contrattuale, occorre segnalare che l'esistenza di un generale dovere di non abusare della propria posizione nell'ambito del contratto è stata a lunga dibattuta.

A fronte, infatti, delle già citate pronunce giurisprudenziali⁴⁸⁰ che ne enunciavano l'esistenza, parte della dottrina⁴⁸¹ si è lamentata del possibile depotenziamento del vincolo contrattuale paventando appunto il rischio "*che adepti, sin troppo zelanti, del nuovo credo facciano cattivo uso dell'abuso del diritto, infierendo su quel che resta del vincolo contrattuale*".

In realtà, il ruolo che la moderna teoria dell'abuso è destinata ad assumere è quello di garantire l'equilibrio contrattuale e la sua permanenza nel tempo⁴⁸².

Da questo punto di vista, la tematica dell'abuso svolge la stessa funzione di clausole generali come quella della meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.⁴⁸³ e dell'equità del contratto previsto all'art.1374 c.c.⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ Si pensi agli obblighi di custodia, gestione o manutenzione

⁴⁷⁸ la norma, infatti, mira a punire l'usufruttuario che, comportandosi da proprietario, modifica l'organizzazione produttiva del bene. Il deterioramento dei beni o la mancanza di ordinarie riparazioni sono infatti chiaramente lesivi della destinazione economica; la stessa alienazione parziale del bene oggetto dell'usufrutto suppone, peraltro, un atto di destinazione economica, mentre nell'ipotesi di alienazione dell'intero bene oggetto dell'usufrutto, si mette a rischio la stessa titolarità del diritto in capo al proprietario). cfr. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2a ed., in Tratt. Vassalli, Torino, 1973, p. 591; M. COSTANTINO, *Proprietà, II, Profili generali*, dir. civ., in EG, XXV, Roma, 1991, p. 5; A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 88

⁴⁷⁹ M. COSTANTINO, *Proprietà*, cit., p 5.. E' il caso di segnalare, inoltre, che non ogni ipotesi di abuso può determinare la sanzione dell'estinzione dell'usufrutto. Il giudice, infatti, valutate le circostanze, in primis la gravità dell'abuso, potrà scegliere a sua discrezione di imporre di prestare garanzia all'usufruttuario che sia esente dall'obbligo di prestarne, di ordinare che i beni siano locati o messi sotto amministrazione a spese dell'usufruttuario o, ancora, che siano dati in possesso al proprietario con l'obbligo di pagare annualmente all'usufruttuario, durante l'usufrutto, una somma determinata. Sulla questione Cass. 2 marzo 1976, n.699 in Mass. Giur. It., 1976; Cass. 18 giugno 1971, n. 1878 in Mass. Giur. It., 1971

⁴⁸⁰ Cass. 27 aprile 1951, n. 1028 cit. ; Cass., 7 marzo 1952 n. 607, cit; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁴⁸¹ A. PALMIERI e R. PERDOLESI, *Della serie a volte ritornano:l'abuso del diritto alla riscossa*, in Foro it., 2010, I, c 95 in cui si legge che "*il Supremo collegio, in nome della repressione dell'esercizio abusivo di un diritto di matrice contrattuale, arriva a privare di effetti un'inequivoca pattuizione (sotto ogni altro profilo pienamente enforceable), o quanto meno a depotenziarla in maniera significativa*".

⁴⁸² F.GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, cit. p. 34

⁴⁸³ Art. 1322 comma : "*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*"

⁴⁸⁴ Art. 1374 cc. *Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*. Quest'ultima deve essere intesa come criterio di valutazione dei reciproci interessi,

L'abuso, inoltre, può riguardare anche quei particolari diritti-funzione che corrispondono alla tradizionale figura della potestà, da intendersi come la posizione soggettiva riconosciuta ad un soggetto non per il perseguimento di un proprio interesse ma di un interesse altrui⁴⁸⁵.

In tale contesto utile appare il riferimento all'art. 330 c.c.⁴⁸⁶, un tempo disciplinante la decadenza della potestà genitoriale, oggi rubricato semplicemente, in virtù della riforma del diritto di famiglia, "*decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*".

In tale ipotesi il termine abuso è già presente nello stesso linguaggio normativo ed è utilizzato per far decadere dalla propria potestà (ora responsabilità) il genitore che abusi dei relativi poteri con grave pregiudizio per il figlio⁴⁸⁷.

Ma è possibile abusare, anche dei diritti potestativi⁴⁸⁸, ossia dei diritti che si caratterizzano per attribuire al titolare la possibilità di modificare, con una propria manifestazione di volontà, la propria e l'altrui posizione giuridica.

Si tratta di diritti "discrezionali", in quanto il loro esercizio non è di regola assoggettato alla sussistenza di particolari ragioni sostanziali, quali, ad esempio, il ricorrere di una "giusta causa", e ai quali corrisponde una mera soggezione della controparte.

Ebbene, l'utilizzo di tali diritti è stato sottoposto, proprio grazie alla teoria dell'abuso del diritto, ad un rigoroso sindacato giudiziale.

La giurisprudenza, infatti, ha vagliato le modalità di esercizio di tali posizioni giuridiche di vantaggio alla luce di parametri quali la giustizia, la correttezza e l'equità, non predeterminati dal legislatore.

Tale approccio, ad esempio, è già presente in una pronuncia della Suprema Corte⁴⁸⁹ in cui si evidenzia che la titolarità di una libertà negoziale non autorizza

secondo «*l'economia dell'affare*» così M. BIANCA, *Diritto civile*, III, 2a ed., Milano, 2000, p. 578

⁴⁸⁵ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 129

⁴⁸⁶ Art. 330 c.c. : "*il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio*"

⁴⁸⁷ M.V. DE GIORGI, *L'abuso del diritto nelle relazioni familiari*, in *L'abuso del diritto* a cura di VISINTINI, op. cit., p. 103

⁴⁸⁸ rientrano nel paradigma, a titolo esemplificativo, gli istituti del recesso del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'esclusione del socio, il gradimento al trapasso delle azioni, lo sciopero, il diritto di voto del socio, ma anche il diritto di azione.

⁴⁸⁹ Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 852 ss. con nota di PICARDI. Il caso sottoposto a vaglio della Cassazione era il seguente: il Comune di Fiuggi aveva concesso ad una società la gestione delle sorgenti, prevedendo che il canone fosse rapportato al prezzo di vendita delle bottiglie di acqua minerale. Tuttavia, la società concessionaria era riuscita nel tempo a mantenere fisso tale prezzo nonostante l'inflazione galoppante, curando di vendere le bottiglie ad una società controllata, deputata a rivenderle a maggior prezzo. L' "astuto accorgimento", che evitava alla società concessionaria di subire aumenti del canone di concessione, fu giudicato quale violazione del canone di cui all'art. 1375 e, conseguentemente, quale inadempimento contrattuale, idoneo a giustificare la risoluzione del contratto. Il nesso con l'abuso del diritto era evidente : "all'eccezione 'feci, sed iure feci', opposta dalla società concessionaria, poteva essere dal concedente vittoriosamente replicato che dei propri diritti (del diritto di fissare liberamente il prezzo di vendita dell'acqua minerale, tanto da parte sua quanto da parte della controllata) essa aveva abusato, giacchè li aveva esercitati in modo da pregiudicare l'interesse della controparte

a suoi esercizi abusivi, dovendosi valutare sia lo specifico contesto di mercato in cui si situa il rapporto, sia i contrapposti interessi delle parti⁴⁹⁰.

Qualsiasi posizione giuridica soggettiva, di natura discrezionale, quindi, secondo la Cassazione, non si risolve in uno spazio di “piena libertà”, ma, allo scopo di verificare se l’esercizio del diritto si sia tradotto in un abuso, è necessario che la compressione dell’aspettativa di un soggetto sia giustificata da un interesse antitetico, meritevole di tutela, di chi il diritto lo esercita⁴⁹¹.

L’abuso del diritto d’azione: l’abuso del processo

Con riferimento alle ipotesi di abuso di un diritto discrezionale, pare il caso di segnalare che, secondo la giurisprudenza⁴⁹², tale fattispecie si rinviene

contrattuale. Cfr. F. GALGANO, *Abuso del diritto: l’arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e Impr.* 1998, p. 19

⁴⁹⁰ I giudici di legittimità sottolineano che “*ammesso che la legge pattizia attribuisse davvero l’Ente Fiuggi “piena libertà” nel determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall’osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina intergativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l’interpretazione (art. 1366 c.c.) e l’esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l’interesse dell’altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio. Se questo è il ruolo della buona fede (in senso oggettivo) e se essa, quindi, concorre a creare la “regula iuris” del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano e che, quale “principio cardine” dell’ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto, appare per lo meno sorprendente relegare nel “metagiuridico” (come la denunciata sentenza ha fatto, sotto l’influsso, evidente, di persistenti differenze verso il principio in esame, ancorché denunciate dalla dottrina con particolare vigore a partire dai primi anni sessanta e in parte rimosse dalla giurisprudenza più recente) l’aspettativa del Comune all’aumento del prezzo sol perché demandato a scelte pretesamente discrezionali dell’altra parte, ignorando, oltre a tutto, che la correttezza costituisce proprio regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l’abuso..”*

⁴⁹¹ Cass. Civ. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 852 ss. con nota di PICARDI cit.

⁴⁹² Cons. Stato ad. Plenaria 23 marzo 2011, n. 3 in *Giur. It.*, 2012, 2, 442 nota di PAPPANO in cui si legge che “*Il divieto di abuso del diritto si applica allora anche in chiave processuale: il creditore deve evitare di esercitare un’azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera del debitore, sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo. Si giunge, così, all’elaborazione della figura dell’abuso del processo quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa*”; Cons. Stato Sez. IV Sentenza 02 marzo 2012, n. 1209 in *Giur. It.*, 2013, 2, 470, con nota DI P. M. VIPIANA PERPETUA; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giur. it.*, 2008, p. 929 ss. per cui “*E’ contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all’esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitari*”. Tale pronuncia è stata oggetto di

anche in sede processuale, quando il potere discrezionale della parte di scegliere le strategie di difesa più convenienti si tramuta in un esercizio improprio sul piano funzionale e modale.

E' vigente nel nostro ordinamento, infatti, secondo la citata giurisprudenza, *“un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, il quale, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto...”*⁴⁹³.

Ma più in generale, in altro contesto⁴⁹⁴, la giurisprudenza evidenzia che deve essere riconosciuta anche in sede processuale, un *“generale principio di condizionamento della tutela del diritto alla sua concreta socialità, cui consegue la valutazione di abusività dell'esercizio dello stesso per finalità che appaiano contrarie a quelle per le quali la posizione di vantaggio viene riconosciuta al titolare”*⁴⁹⁵.

Si tratta, comunque, di un principio generale valevole in qualsiasi tipo di giurisdizione poiché *“il carattere generale del principio discende dal fatto che ogni ordinamento che aspiri a completezza e funzionalità deve “tutelarsi” per evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera “abusiva”, ovvero eccessiva e/o distorta”*⁴⁹⁶.

commento da parte di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, ivi; M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2008, p. 1435 ss.; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in Foro it., 2008, I, c. 1514 ss.; R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in Nuova giur. comm., 2008, I, p. 458 ss.. Altr pronunce sul tema si rinvencono in , Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, in Danno e resp., 2009, p. 516; Cass., sez. lav., 3 dicembre 2008, n. 28719, in Mass. Giust. civ., 2008, p. 1736 s.; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, in Giur. it., 2012, p. 2263 ss.; Cass. Sez. Unite, del 22 luglio 2014, nn. 16627, 16628 e 16629, pubblicate su GT Riv. Giur. Trib., 2015, 2, 110 ; Corriere Giur., 2014, 12, 1538 nota di SCARSELLI; Riv. Dir. Proc., 2015, 4-5, 1198. Con riferimento alla giurisprudenza di merito cfr., Trib. Busto Arsizio, Sez. dist. Gallarate, 23 settembre Sez. dist. Gallarate, 23 settembre 2010, in Giur. di Merito, 2010, p. 2722 ss. Per un'ipotesi di abuso del processo cautelare e, in particolare, dell'istanza ex art. 669 duodecies c.p.c., cfr. Trib. Napoli, Sez. dist. Pozzuoli, 17 ottobre 2008, in Giur. mer., 2009, p. 1269 ss.

⁴⁹³ Cons. Stato Sez. IV Sentenza 02 marzo 2012, n. 1209 in Giur. It., 2013, 2, 470

⁴⁹⁴ T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 24 aprile 2012, n. 1124, in Giur. It., 2013, 2, 470, con nota DI P. M. VIPIANA PERPETUA

⁴⁹⁵ Il T.A.R. Sicilia, nella citata sentenza del 24 aprile 2012, n. 1124 cita la recente posizione, in una prospettiva spiccatamente processualistica, della V Sezione del Consiglio di Stato che ravvisa nel divieto di venire *contra factum proprium* un distorto esercizio del potere di ricorso giurisdizionale, paralizzabile con *l'exceptio doli generalis*, e costruisce un principio generale che sanziona l'abuso del diritto con il rifiuto della tutela giurisdizionale. Si segnala che anche Cass Ord., 25 gennaio 2016, n. 1252 ha precisato che *“l'abuso del processo, consistendo in un abuso del diritto di azione, finisce per coincidere con l'abuso del diritto e che, se è vero che l'abuso è l'esercizio del potere da parte di chi ne è pur sempre titolare legittimo, ma per fini diversi da quelli per i quali quel potere è riconosciuto dalla legge, l'abuso del processo consiste nella promozione di una lite da parte di chi è legittimato ad agire, ma l'iniziativa processuale trasmoda il fine stesso per il quale è garantita dall'ordinamento ed al contempo è contraria al principio di buona fede, per avere l'attore agito con modalità sleali”*

⁴⁹⁶ Cass. Sez. Un. 1 luglio 2014, n. 16627 in GT Riv. Giur. Trib., 2015, 2, 110 secondo cui *“è ormai acquisita una nozione comune dell'abuso del processo (civile e penale) elaborata a partire dall'altrettanto consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto,*

Tali pronunce, quindi, fanno applicazione delle conclusioni cui è pervenuta la dottrina⁴⁹⁷ favorevole alla configurabilità dell'abuso anche in sede processuale, in virtù del principio per cui le parti del processo sono tenute a comportarsi secondo buona fede cd. processuale, ossia con lealtà e probità, così come disposto dall'art. 88 comma 1 c.p.c.⁴⁹⁸.

Se tale è la giustificazione per la configurabilità di un abuso del processo come *species* del più ampio abuso del diritto, occorre segnalare che, secondo la giurisprudenza, alcune condotte anche astrattamente censurabili sotto il profilo etico, non sono contrarie ai principi di cui all'art. 88 c.p.c. e per tale motivo non possono essere considerate abusive.

Così, non integrano comportamenti processuali contrari alla buona fede processuale le prospettazioni di tesi giuridiche e le ricostruzioni di fatti riconosciute poi errate dal giudice, né i comportamenti che possano far conseguire effetti vantaggiosi solo in conseguenza di un concorrente difetto di normale diligenza della controparte⁴⁹⁹.

Non può considerarsi in malafede e quindi eventualmente abusivo, inoltre, il comportamento della parte contrario ad un precedente giudicato esterno, qualora tale condotta si basi su tesi giuridiche non manifestamente pretestuose e infondate⁵⁰⁰.

riconducibile al paradigma dell'utilizzazione di esso per finalità oggettivamente non solo diverse ma in alcuni casi perfino pregiudizievoli all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto. Il carattere generale del principio discende dal fatto che ogni ordinamento che aspiri a completezza e funzionalità deve "tutelarsi" per evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera "abusiva", ovvero eccessiva e/o distorta. L'esigenza di individuare un limite agli abusi si estende dunque dal diritto sostanziale al processo, trascende le peculiari connotazioni dei vari sistemi, trovando ampio riscontro non solo negli ordinamenti processuali interni, ma anche in quelli sovranazionali e venendo univocamente risolta, sia a livello normativo che interpretativo, nel senso che l'uso distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, volto alla realizzazione di un vantaggio diverso e/o contrario allo scopo per cui il diritto o la facoltà processuale sono riconosciuti, non ammette tutela"

⁴⁹⁷ Sul tema M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, in *L'abuso del diritto* a cura di G. VISINTINI, op. cit., p. 209; M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 171 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, passim; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2012, p. 1450; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2008, p. 319; A. DONDI-A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 193; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in Riv. dir. proc., 2012, p. 1284; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

⁴⁹⁸ Art. 88 comma 1 c.p.c.: "Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità". Secondo, PICÒ Y JUNOY, *El principio de buena fe procesal*, Saragozza 2003, la buona fede nel processo deve essere ricondotta alle garanzie fondamentali dell'amministrazione della giustizia; *contra* M. TARUFFO, *Labuso del processo*, op. cit., p. 209

⁴⁹⁹ Cass. 16 ottobre 1998, n. 10247, in Mass. Giur. It., 1998 che cita quali precedenti Cass. 24 luglio 1981, n. 4781 e Cass. 12 aprile 1983, n. 2593

⁵⁰⁰ Cass. Civ. 18 gennaio 1991, n. 428 in Mass. Giur. It., 1991

In ogni caso, poiché l'abuso del processo altro non è che un abuso del diritto di azione (id est: pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria), tale forma di condotta non può essere mai realizzata tramite una semplice omissione⁵⁰¹.

In ogni caso, infine, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che mentre la buona fede processuale si presume, per la malafede è necessario uno specifico accertamento, facendo applicazione dei generali oneri di deduzione e di prova gravanti sulle parti⁵⁰².

A fronte di tale indirizzo affermativo, si deve in questa sede dare conto anche della tesi negazionista, secondo cui non è mai ipotizzabile un abuso del diritto di azione, per cui non esisterebbe nel nostro ordinamento la fattispecie di abuso del processo.

Per tale indirizzo, la tesi contraria, che punta ad individuare l'abuso anche nel processo, presuppone una visione moralista che mira ad interpretare *“il processo come una specie di elegante balletto tra gentiluomini piuttosto che come una contesa dialettica, eventualmente anche dura, finalizzata alla vittoria nella soluzione di una controversia”*⁵⁰³.

Secondo la tesi negazionista, invece, poiché il processo dovrebbe essere paragonato ad un gioco⁵⁰⁴, o addirittura a un *war game*⁵⁰⁵, lo stesso finisce per essere una competizione tra due soggetti sottoposta a regole sue proprie, le uniche che individuano ciò che è permesso da ciò che non lo è⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ Cons. Stato 31 gennaio 2018, n. 643 secondo cui *“..che un'astensione dallo svolgere iniziative defensionali possa integrare "abuso del diritto" è escluso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale ha precisato in via generale che i presupposti della mala fede "devono coinvolgere l'esercizio dell'azione processuale nel suo complesso, cosicché possa considerarsi meritevole di sanzione l'abuso dello strumento processuale ... In altri termini, l'abuso del diritto è sempre un abuso del diritto di azione (id est: pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria) e non di omissione.”*; sulla questione anche Cass. Ord., 25 gennaio 2016, n. 1252, ha precisato che *“il concetto di colposa inerzia allude ad un'omissione giuridicamente rilevante, la quale a sua volta presuppone un obbligo di attivarsi. Questo potrebbe rinvenirsi nell'art. 88 cod. proc. civ., anche in relazione all'art. 111 Cost. Tuttavia, l'art. 88 cod. proc. civ. (è questa, sostanzialmente la norma richiamata da S. nell'evocare il dovere di correttezza e buona fede processuale) per pacifica giurisprudenza, può costituire criterio di applicazione di altre norme, quale ad esempio gli artt. 94 e 96 cod. proc. civ. in materia di condanna alle spese, ma non risulta finora che abbia costituito fonte diretta di un obbligo specifico nel senso predetto”*

⁵⁰² Sempre Cass. Civ. 18 gennaio 1991, n. 428 cit.

⁵⁰³ M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, in *L'abuso del diritto* a cura di VISINTINI, op. cit., pp. 201 e 202

⁵⁰⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in ID, *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, pp. 537 e ss, il quale però lungi dal negare l'abuso, ne riconosce la configurabilità. Sul punto SCARSELLI, *Sul cosiddetto abuso del processo* in Riv.dir.proc, 2012 pag. 1450

⁵⁰⁵ V. FERRARI, *Etica del processo: profili generali*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna 2015, p.23 secondo cui il processo è un *war game* in cui *“ la strategia processuale induce...gli attori a interpretare il loro ruolo col massimo possibile di libertà e sfruttando ogni opportunità per compiere le loro mosse”*

⁵⁰⁶ La prima conseguenza è che nel processo non valgono regole morali ma solo le regole giuridiche; cfr GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik der prozessualen Denkens*, Berlino, 1925, p.

Con particolare riferimento al processo civile, inoltre, tale tesi fa notare che nel nostro codice di procedura esiste già una norma che disciplina le condotte scorrette⁵⁰⁷: l'art. 96 c.p.c.⁵⁰⁸.

L'indirizzo negazionista, quindi, considerando l'elencazione delle condotte di cui all'art. 96 c.p.c. come tassativo, conclude nel senso che “*non sarebbe possibile individuare altre ed ulteriori ipotesi di abuso*”, ammesso che di abuso sia possibile parlare⁵⁰⁹.

Ma la dottrina che nega l'esistenza di un abuso del diritto di azione, sottopone a critica anche il cd. principio di buona fede processuale, che può avere, secondo la tesi che si espone, al massimo una considerazione di carattere etico.

Criticabile sembrerebbe, infatti, lo stesso fondamento dell'istituto della buona fede nel processo, da ricercarsi, come detto in precedenza⁵¹⁰, nelle garanzie fondamentali dell'amministrazione della giustizia⁵¹¹.

Con riguardo poi al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., dalla dottrina pro abuso utilizzato per trarre il principio di buona fede processuale, si fa presente che l'eventuale violazione del dovere non è sanzionato dal legislatore⁵¹².

Oltre a ciò, si evidenzia che ancora dubbia pare la sussistenza, nel nostro ordinamento, di un dovere di verità⁵¹³ o di un dovere di completezza⁵¹⁴.

⁵⁰⁷ Cfr. F. CARDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *L'abuso del processo*, I e II Padova, 2000, pp 59 e ss

⁵⁰⁸ Art. 96 c.p.c.- Responsabilità aggravata- 1 comma : “*Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza*”

⁵⁰⁹ M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, in *L'abuso del diritto* a cura di VISINTINI, op. cit. p 203. L'autore fa presente che quello dell'abuso del processo è il tipico fenomeno di “*entificazione delle parole. Esso si realizza quando si prende un'espressione linguistica, la si ripete un numero sufficiente di volte, sino a formare il convincimento che oltre alla parola esista in realtà anche la cosa che tale parola indicherebbe... Nel nostro caso ciò condurrebbe a dire che la sola circostanza che si parli moltissimo di abuso del processo non implica affatto che l'abuso del processo esista davvero*”

⁵¹⁰ PICÒ Y JUNOY, *El principio de buena fe procesal*, Saragozza 2003 cit.

⁵¹¹ M. TARUFFO nel suo scritto *L'abuso del processo*, in *L'abuso del diritto*, op. cit., p. 209 afferma che sia possibile “*immaginare che un processo si concluda con una decisione giusta in fatto e in diritto benchè la parte vittoriosa si sia comportata in malafede. Vale la pena di ricordare, infatti, che l'art. 96 c.p.c. configura come ipotesi di responsabilità aggravata la mala fede del solo soccombente (forse presupponendo che sempre vi sia soccombenza per la parte a cui si riferisce tale responsabilità)*”

⁵¹² salvo la comunicazione al consiglio dell'ordine professionale nel caso in cui sia il difensore a non osservare tale dovere e salvo la rara eventualità prevista dall'art. 92, secondo cui il giudice può condannare una parte a rimborsare all'altra le spese che ha causato con la violazione dell'art. 88 c.p.c

⁵¹³ Per dovere di verità s'intende l'obbligo delle parti di non asserire coscientemente il falso in giudizio sia in relazione alle proprie allegazioni sia per quanto attiene alle posizioni dell'avversario. L'esistenza nel nostro processo di un dovere siffatto è posto in dubbio in quanto la verità che interessa nel processo, non è la verità storica, bensì quella che scaturisce dal contraddittorio. Contro tali conclusioni G.CALOGERO, *Probità, lealtà e veridicità nel processo civile* in R.v.dir.proc., 193I p. 1473 seg; M.GRADI, *Sincerità dei litiganti e etica della narrazione nel processo civile* in Lo Sguardo, Riv. di filosofia, 2012 n. 8 pp. 95 e ss.. L'inserimento di un dovere di verità nel processo fu oggetto di numerosi progetti di riforma del codice: il progetto Chioventa, il progetto Carnelutti, il progetto Solmi

Ma anche ritenendo tali doveri esistenti, scendendo nell'analisi delle singole condotte abusive, quali i comportamenti menzogneri, reticenti, dilatori, la tesi negazionista fa presente che, nella maggior parte delle ipotesi, le suddette condotte sono attribuibili al difensore e non alla parte.

Altro autore⁵¹⁵, invece, giunge a negare l'esistenza dell'abuso del processo, in quanto nel nostro ordinamento non esisterebbe una sanzione di natura reale per tale condotta.

Secondo tale tesi, infatti, in virtù del principio di legalità e in considerazione della mancanza di norme specifiche che autorizzino il giudice a valutare la "meritevolezza della tutela", ogni domanda proposta innanzi ad un giudice ha diritto di essere esaminata nel merito.

La tesi che si espone, giunge alla citata conclusione classificando tutte le ipotesi di possibili abusi del processo in quattro categorie.

Nella prima categoria rientrerebbe l'ipotesi di frazionamento del credito⁵¹⁶. In tali circostanze, pur giungendo il giudice a pronunciarsi per l'inammissibilità della domanda, tale tipo di decisione non sarebbe giustificata dall'abuso del processo ma dai limiti imposti, nel nostro ordinamento, al giudicato⁵¹⁷.

La seconda categoria di condotte abusive riguarderebbe, invece, l'uso deviato o indiretto degli strumenti processuali.

Anche in tali ipotesi la giurisprudenza, secondo la dottrina che si espone, si è limitata sempre ad applicare l'art. 96 c.p.c., sanzionando il comportamento sul piano delle spese e del risarcimento danno, ma mai rifiutando una pronuncia nel merito⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Il dovere di completezza non è imposto dal diritto positivo né potrà mai essere sancito, in quanto lo stesso contrasterebbe con lo stesso concetto di parte, che si contrappone alla completezza dell'intero. La parte infatti vanta, nel processo, un interesse ed ha, come obiettivo, quello di non vederlo realizzato. Il particolare utile che egli trae dalla causa esclude la sua imparzialità e con essa l'obbligo di riferire fatti *contra se*. Per una trattazione approfondita del tema si rimanda a G. SCARSELLI, Sul c.d. abuso del processo, in Riv. dir. proc., 2012, pag. 1463.

⁵¹⁵ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit., secondo cui "Il problema, tutto al più, può porsi de iure condendo, ovvero v'è da chiedersi se non sia il caso di introdurre una nuova norma, che sanziona l'abuso del processo, e consenta al giudice di non provvedere sul merito con riferimento ad azioni o difese non meritevoli. Ma, per le ragioni già esposte in questo scritto, non ritengo affatto sia opportuno inserire nel sistema una norma di questo genere".

⁵¹⁶ Oggetto della pronuncia Cass., sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726, sopra citata. La fattispecie riguarderebbe le ipotesi in cui la parte, che vanta un diritto la cui fonte trova origine in un unico rapporto giuridico, attiva due o più processi, anziché l'unico processo necessario per il conseguimento del risultato utile. Tale condotta sarebbe censurabile in quanto aggrava ingiustificatamente la posizione del debitore, ponendosi in contrasto tanto con il principio di correttezza e buona fede, quanto con il principio costituzionale del giusto processo.

⁵¹⁷ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit. ritiene un principio ormai accertato, anche in giurisprudenza, la circostanza per cui, dedotto in giudizio un diritto inerente ad un rapporto giuridico, oggetto del processo, e poi del giudicato, non è solo la coppia pretesa-obbligo fatta valere, bensì l'intero rapporto giuridico, poiché, infatti, il giudicato si forma anche sui presupposti e gli antecedenti logici necessari, nonché sul dedotto e sul deducibile.

⁵¹⁸ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit. a titolo esemplificativo cita la fattispecie dell'abuso che fu fatto del regolamento preventivo di giurisdizione, prima della riforma del '90. La cassazione considerò scorretto l'utilizzazione del regolamento al fine esclusivo o prevalente di ottenere la sospensione del processo di merito piuttosto che una decisione sulla

Una terza categoria di abuso del processo riguarderebbe, invece, la condotta della parte che pone in essere attività menzognera, reticente, dilatoria, superflua, o comunque in contrasto “*allo standard di diligenza proprio del professionista*”.

In questo caso il rimedio a tali comportamenti sarebbe di ordine più pratico e consentirebbe al giudice di interpretare la legge oltre il suo tenore letterale allo scopo di evitare attività processuali superflue⁵¹⁹. Ma anche in questo caso non pare possibile per il giudice astenersi dal pronunciarsi nel merito⁵²⁰.

L'ultima tipologia, infine, sarebbe di natura residuale e riguarderebbe tutte le ipotesi, diverse dalle precedenti, nelle quali il giudice, discrezionalmente, ritenga un comportamento abusivo.

Tale categoria, infine, sarebbe l'unica ad avere un riscontro normativo, precisamente nel 3° comma dell'art. 96 c.p.c..

Per tale motivo, anche in questo caso il giudice può solo condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, essendo impregiudicato il dovere di pronunciarsi nel merito.

Nonostante tali posizioni, è indubbio che oggi l'abuso del processo costituisca il fondamento teorico di plurimi interventi normativi, essendo un tema affiorato sin dalla nascita del nostro ordinamento, tanto che già nel diritto romano l'abuso del ricorso al mezzo processuale⁵²¹ era stato preso in considerazione e disciplinato.

Segue. La censurabilità dell'esercizio del diritto

In altra sede abbiamo segnalato che il problema dell'abuso non presuppone una violazione, in senso formale, della norma attributiva del diritto, ma delinea un'utilizzazione alterata dello schema imposto dal legislatore, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi rispetto a quelli indicati dalla norma.

giurisdizionale, ma ha sempre provveduto a decidere sul regolamento di giurisdizione, limitandosi ad applicare l'art. 96 c.p.c.. Sul tema Cass., sez. un., 3 novembre 1986 n. 6420, in *Foro it.*, 1987, I, 57, con nota di BARONE-PROTO PISANI-CIPRIANI-PIZZORUSSO,

⁵¹⁹ Così, ad esempio, il giudice potrebbe non concedere un termine per l'omessa notifica di un ricorso per cassazione ad una parte del giudizio, oppure non concedere un termine per l'integrazione del contraddittorio al litisconsorte necessario pretermesso. Cfr. Cass. 8 febbraio 2010 n. 2723

⁵²⁰ Cfr. G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, op. cit., secondo cui esiste sempre per il giudice l'obbligo di pronunciarsi nel merito perché “*il comportamento non corretto potrebbe esser posto in essere dalla parte che ha ragione, che non per questo perde il diritto alla sentenza favorevole e alla decisione di merito*”

⁵²¹ C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002 pag 1 e seg

Tale fenomeno è possibile in virtù della particolare natura del precetto normativo, che, per definizione, si connota per generalità prescrittiva⁵²².

A causa di tale caratteristica, la norma può essere sovra-inclusiva, quando la regola include nel proprio ambito di applicazione alcuni casi che non dovrebbero esservi compresi o sotto-inclusiva, nell'ipotesi in cui la regola esclude dal proprio ambito di applicazione alcuni casi che dovrebbero esservi inclusi⁵²³.

L'accertamento dell'abuso presuppone una situazione di sovra-inclusività, nella parte in cui presuppone l'esistenza di una condotta prevista dalla norma attributiva di quel diritto, ma che in realtà, in base a determinati parametri, dovrebbe esserne esclusa⁵²⁴.

I criteri in base ai quali effettuare tale censura, ovviamente, non sono predeterminati e la loro individuazione, nel corso del tempo, ha impegnato gli autori che si sono occupati del tema.

Prima dell'elencazione dei criteri adottati dagli interpreti allo scopo di dequalificare l'esercizio del diritto occorre, a questo punto, distinguere tra coloro che sembrano fare uso di parametri di ordine soggettivo, dalle teorie che utilizzano criteri di natura oggettiva.

Nella prima categoria rientrano, sicuramente, gli indirizzi che utilizzano canoni morali per valutare la sussistenza dell'abuso.

Secondo tale dottrina, il fondamento dell'abuso deve essere individuato nel contrasto tra l'esercizio di una prerogativa attribuita dalla norma giuridica e i dettami della morale⁵²⁵.

Qualche autore, con origini per lo più francesi, finisce per individuare l'immoralità della condotta nell'anormalità del danno che il comportamento provoca⁵²⁶.

Altri⁵²⁷ sottolineano che, quando si parla di morale, in realtà, si può far riferimento sia alla cd. morale critica del giudice, sia alla cd. morale sociale e sia, infine, alla cd morale interna dell'ordinamento.

L'indirizzo che afferma che il giudice, ai fini della valutazione dell'abuso deve valutare la condotta in base alla propria morale critica, cioè facendo

⁵²² G.PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 136

⁵²³ F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 66-70, 166-169.

⁵²⁴ G.PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 136

⁵²⁵ J. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1951; J. DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p.307 ss., e ID. *Le droit subjectif*, Parigi 1952.

⁵²⁶ J. SAVATIER *Traité de la responsabilité civile en droit français*, op. cit.; C. CHARMONT, *De l'abus de droit*, in *Revue trimestral de droit civil*, 1902, p. 122 ss.; contro questa impostazione V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op. cit., in cui osserva che " *parlare di danno "anormale", al fine di discriminare l'esercizio abusivo dall'esercizio lecito del diritto, vuol dire fare implicitamente appello a un elemento che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto, e quindi tale che ad esso venga connessa una responsabilità. Nel qual caso, è troppo evidente che è quest'ultimo, il criterio dirimente l'esercizio lecito dall'esercizio abusivo del diritto: non già, cioè, l'anormalità del danno, ma ciò che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto* "

⁵²⁷ La distinzione è presente in G.PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 136

espesso riferimento a propri personali criteri di valutazione, è invero molto criticato e poco diffuso⁵²⁸.

Si nota infatti, che il consentire al giudice di fare riferimento al proprio bagaglio morale contrasterebbe con il principio di universalizzabilità⁵²⁹, perché non sarebbe possibile applicare la decisione fondata sulle valutazioni personali del giudice a tutti i casi simili.

Anche volendo superare tale ultima obiezione, inoltre, consentire al giudice di utilizzare dei criteri, fondati sulla propria morale personale, determinerebbe quello che è stato definito il paradosso della “*convenzione che si auto annulla*”⁵³⁰.

In considerazione di tali critiche, qualche autore⁵³¹ ritiene possibile che il giudice, ai fini della valutazione di una condotta come abusiva, tragga il criterio di valutazione dai canoni della morale sociale o dalla coscienza sociale, parametri, quindi, condivisi all’interno della comunità e non frutto di una precedente scelta individuale di valori⁵³².

Tale indirizzo, viene criticato da chi fa notare che tale conclusione presuppone delle accurate indagini di tipo sociologiche, allo scopo di individuare un campione rilevante da cui estrarre un attendibile criterio di valutazione.

Secondo tale critica, il giudice non sarebbe professionalmente attrezzato per procedere all’analisi⁵³³.

⁵²⁸ cfr. LUZZATI, *La vaghezza delle norme, del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, spec. cap. X.cit., p. 321; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 380.

⁵²⁹ Per tale principio i giudizi morali sono prescrizioni universalizzabili e predominanti, ossia prescrizioni che devono poter essere applicate a tutti i casi simili a quelli ai quali sono state applicate originariamente e tali che la loro forza motivazionale è maggiore di quella di qualunque altra considerazione (valutativa e non valutativa). Sul concetto di universalizzazione, cfr. N. MACCORMICK, *Universalisation and Induction in Law*, in C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 91-105; cfr. anche M. TARUFFO, *La motivazione delle decisioni fondate su standards* (1988), in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 311-344 (spec. p. 336).

⁵³⁰ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, op. cit., p. 136 secondo cui “*Il paradosso consiste nel fatto che una convenzione (il diritto) stabilisce una certa disciplina, ma lascia aperta la possibilità di superare sempre tale disciplina per mezzo di argomenti che sono del tutto esterni rispetto alla convenzione stessa. In questa ipotesi, la decisione relativa al caso individuale diventa un esercizio di massima discrezionalità, e l’interprete potrà scegliere la soluzione tra un insieme di alternative non predeterminate*”. Tale situazione per l’autore è “*estranea al modo di funzionare delle organizzazioni giuridiche contemporanee ispirate all’ideologia legale-razionale e al principio di legalità nella giurisdizione*”. L’espressione “*convenzione che si auto annulla*” è di J.C. BAYÓN, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in «*Isonomía*», 13, 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 110-111); Id., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «*Diritto & Questioni Pubbliche*», www.dirittoeququestionipubbliche.org, 2, 2002, p. 12.

⁵³¹ C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 315- 317; J.J. MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, in P. Navarro, M.C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93- 116 (spec. p. 100)

⁵³² Così P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., pp. 114-117, 136-140

⁵³³ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., p. 379; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, mette in luce la differenza tra la mera rilevazione

Ma pur volendo ritenere, da un punto di vista professionale, tale soggetto capace, c'è chi fa notare che, nella società odierna, non omogenea e pluralista, è difficile se non impossibile individuare dei criteri morali univoci da applicare al caso concreto⁵³⁴.

Volendo adottare dei parametri morali per valutare le condotte abusive non resterebbe, così, che fare applicazione della morale interna all'ordinamento, cercando di ricostruire i valori perseguiti dal legislatore.

Si tratta, tuttavia, di un'impostazione che finisce per confondersi con quei parametri indicati dalle teorie cd. oggettive, soprattutto teleologiche, di cui si parlerà nel proseguo.

Altri interpreti della teoria dell'abuso hanno, ancora, fatto utilizzo di criteri intenzionali-soggettivi, fondando la propria tesi sull'esistenza dell'*animus nocendi*.

Per tale tesi, la condotta è abusiva se il titolare del diritto, nel suo esercizio formalmente legittimo, ha intenzionalmente recato un danno alla controparte.

Tale teoria, come pare evidente, per le difficoltà di provare l'intenzionalità dell'agente, finisce per restringere l'ambito di operatività del divieto di abuso del diritto.

Qualche autore, consapevole di tale conseguenza, allo scopo di rendere più semplice l'accertamento della violazione del divieto, propone di fare ricorso a presunzioni giudiziali, affermando che l'*animus nocendi* deve presumersi in tutte le ipotesi in cui l'atto di esercizio del diritto non abbia una seria giustificazione⁵³⁵.

Altri, invece, più che all'intenzione dell'autore della condotta, affermano di volersi dedicare agli effetti che tale comportamento ha avuto, cercando di comparare l'utilità perseguita dall'agente con quella del terzo danneggiato⁵³⁶.

Anche qui, come nell'indirizzo moralistico, si rinviene la tendenza a correggere il criterio soggettivo con parametri oggettivi di valutazione della condotta abusiva.

E' il caso quindi di passare in rassegna le teorie secondo cui una condotta che integra l'esercizio di un diritto può essere valutata come abusiva, quando, anche rispettando formalmente quanto previsto dal legislatore a tale

(“sociologizzante”) di ciò che è effettivamente approvato/disapprovato da parte (della maggioranza?) dei membri di un gruppo sociale, e l'accertamento dei criteri di fatto utilizzati in quella società nel giudizio di approvazione/disapprovazione (le due attività possono avere un esito differente, perché i membri della comunità possono sbagliarsi nell'applicare i propri criteri).

⁵³⁴ cfr. M. TARUFFO, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, op. cit.; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, pp. 677 ss. Sul tema G. PINO *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit. p. 143, afferma che “*La coscienza sociale può dunque rivelarsi un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, e rendere meno trasparente la sua decisione*”

⁵³⁵ A. TORRENTE, *Emulazione* (diritto civile), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1975, pp. 521-526.

⁵³⁶ Cfr. ad esempio, S. ROMANO, *Abuso del diritto* (diritto attuale), in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 166-170; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 100-101; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, Jovene, 1971, p. 200

comportamento può essere mossa una censura in virtù dell'applicazione di criteri oggettivi.

Tra queste la prima da analizzare è la teoria economica.

Secondo tale indirizzo la valutazione di abusività della condotta è la conseguenza di un mero calcolo economico, ispirato ad un criterio di efficienza di tipo paretiano: è abusiva la condotta di chi, esercitando una propria prerogativa, peggiora la situazione di altro soggetto senza migliorare la propria⁵³⁷.

Tale tesi ha sicuramente il merito⁵³⁸ di utilizzare criteri oggettivi di valutazione della condotta abusiva, ma, secondo alcuni, sconta una certa mancanza di univocità di risultati.

Se è vero, infatti, che tale teoria si affida a calcoli matematici per confrontare gli interessi dei soggetti in gioco, l'elencazione delle voci che devono rientrare nei calcoli non è predeterminata a monte, ma è frutto sempre della discrezionalità dell'operatore⁵³⁹.

Altro indirizzo che utilizza, ai fini della valutazione della condotta come abusiva, parametri oggettivi, è quello teleologico⁵⁴⁰.

In realtà, sotto tale orientamento si distingue una pluralità di tesi diverse, sia di ordine dottrinale che giurisprudenziale, ciascuna caratterizzata dall'utilizzo di sotto-criteri anche tra loro eterogenei.

Il primo sotto-criterio che viene in considerazione è quello della funzione sociale⁵⁴¹.

⁵³⁷ In questo caso l'abusività della condotta deriverebbe dall'inefficienza di tipo paretiano della condotta costituente esercizio del diritto. Sul tema Cfr. P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile, vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 420

⁵³⁸ Secondo G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 140 l'utilizzo di calcoli economici nella teoria dell'abuso è utile sia in tema di diritto di proprietà che nell'ambito dei diritti relativi. In relazione al diritto di proprietà, saranno considerati abusivi, in quanto non efficienti, i comportamenti in cui "il proprietario scarica su terzi i costi della propria attività al di fuori di un accordo di mercato". Per i diritti relativi, l'autore afferma che dovranno considerarsi abusive "le condotte che incrementano in maniera ingiustificata i costi transattivi (e pertanto, in estrema sintesi, risulta abusiva una condotta contraria a buona fede)".

⁵³⁹ P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in «Diritto privato», 1997, pp. 89-120; G. PINO *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 140 secondo cui "questo tipo di analisi non sempre riesce a pervenire a risultati univoci; e ciò sembra dipendere dal fatto che chi valuta gli interessi in conflitto nei termini di un calcolo di costi-benefici ha in realtà una certa discrezionalità nello scegliere le voci che possono entrare nel calcolo stesso: ad esempio, il decisore giungerà a conclusioni opposte a seconda che includa o meno nel calcolo l'utilità del proprietario, consistente nel poter «vendere» alla controparte la propria desistenza dalla condotta «abusiva»".

⁵⁴⁰ Poiché l'abuso del diritto viene spesso definito come un'ipotesi di non conformità tra l'atto di esercizio e la funzione tipica del diritto, i criteri teleologici, astrattamente intesi, sono i più ricorrenti nella letteratura sull'abuso del diritto

⁵⁴¹ La funzione sociale di un diritto può, a seconda dell'interprete, coincidere con la funzione economica dell'istituto, oppure rinviare a idee come la solidarietà sociale e simili. In quest'ultimo caso la funzione sociale consisterebbe negli scopi etici per cui il diritto stesso viene riconosciuto, con sconfinamento nella morale

Per coloro che utilizzano tale parametro la condotta è abusiva quando è possibile ravvisare nell'atto di esercizio del diritto una deviazione della stessa funzione sociale del diritto⁵⁴².

Un altro sotto-criterio teleologico può essere individuato nella funzione tipica del diritto: è abusivo l'esercizio del diritto per fini diversi da quelli per cui il diritto è stato attribuito⁵⁴³.

Tale criterio teleologico, tuttavia, sconta le difficoltà che emergono nell'accertare, in maniera certa e insindacabile, l'unica funzione tipica di ogni posizione giuridica di vantaggio.

Anche nella scelta della funzione tipica, quindi, entra in gioco quella che è la discrezionalità dell'interprete⁵⁴⁴, che sembra trovare l'unico limite nel fatto di non poter attribuire al diritto uno scopo assurdo.

Occorre, inoltre, considerare che l'analisi della funzione tipica, ai fini della dichiarazione di abusività, implica anche ulteriori valutazioni aventi ad oggetto la "*sua compatibilità o congruenza con altri scopi rilevabili nell'ordinamento giuridico*"⁵⁴⁵.

Il criterio teleologico così impostato, quindi, non pare in grado di consentire all'interprete un accertamento oggettivo della funzione tipica del diritto, costringendolo ad operare valutazioni tra più scopi astrattamente concorrenti⁵⁴⁶.

Per ovviare a tali inconvenienti, filoni evolutivi della teoria teleologica, propongono di utilizzare parametri endo-sistematici⁵⁴⁷.

Secondo tale indirizzo, la condotta è abusiva quando l'esercizio del diritto in concreto finisce per contrastare con un principio generale o fondamentale dell'ordinamento giuridico.

E' compito dell'interprete, quindi, secondo la teoria che si espone, ricercare, per ogni diritto attribuito dall'ordinamento, un principio che costituisca la sua giustificazione e valutare poi se, all'atto pratico, le modalità di esercizio di quella posizione giuridica siano state conformi a quel principio.

Come pare ovvio, anche tale indirizzo, finisce per attribuire all'interprete un certo grado di discrezionalità, nella parte in cui presuppone sempre l'obbligo,

⁵⁴² G. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, spec. p. 195

⁵⁴³ Così M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1957, pp. 95-96; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 32; S. ROMANO, *Abuso del diritto* (diritto attuale), in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 166-170;

⁵⁴⁴ cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 495, secondo cui il riferimento alla funzione tipica della situazione proprietaria che ne giustifica l'attribuzione "*rimanda necessariamente ad una discrezionalità del giudice al quale non è fornita una guida qualsiasi*"

⁵⁴⁵ G. PINO *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit., p. 140

⁵⁴⁶ Per una attenta analisi dell'argomento teleologico, cfr. DICIOTTI, op. cit., p. 414-425; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 129-133.

⁵⁴⁷ Si esprime a favore di questo filone, L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in «*Ars Interpretandi*», 7, 2002, pp. 373-386.

per chi valuta la condotta di esercizio del diritto, di ponderare o bilanciare tra loro più principi eventualmente tra loro in conflitto⁵⁴⁸.

A prescindere dal criterio adottato, ciò che pare evidente è che l'esercizio del diritto, nel nostro ordinamento, deve necessariamente essere contestualizzato, non essendo possibile prescindere dalla considerazione *“degli interessi così come vivificati dalle concrete situazioni da cui originano e su cui detto esercizio è destinato ad incidere”*⁵⁴⁹.

Ai fini della valutazione dell'abusività, quindi, non occorre ricercare i limiti all'esercizio del diritto nella norma attributiva della prerogativa, ma occorre cercare in altre regole e riferimenti esterni⁵⁵⁰ le ragioni per cui è possibile qualificare come illecita una condotta apparentemente conforme al diritto⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Sul tema E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 185 ss.; F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 171-216. Al riguardo risolutivo pare essere quanto affermato da G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, pp. 161-180, dove si legge *“Ovviamente, la ricerca del principio giustificativo non è mai un affare semplice, perché si può rintracciare sempre più di un principio rilevante per la soluzione di un determinato caso concreto, e un diritto soggettivo può trovare la propria giustificazione in più principi contemporaneamente. Inoltre, abusare di un diritto significa imporre un sacrificio ad un altro soggetto, il quale può a sua volta vantare un interesse giuridicamente rilevante alla luce di un altro (o finanche dello stesso) principio generale. Il ricorso all'argomento dei principi generali o fondamentali impone dunque all'interprete un giudizio di ponderazione o bilanciamento tra principi in conflitto”*

⁵⁴⁹ L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, Riv. Dir. Civ., 2017, 3, p. 541

⁵⁵⁰ pare opportuno in questa sede trascrivere quanto sottolineato da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, RDC, 1965, I, p.243 secondo cui *“ il divieto d'abuso è il rinvio ad un criterio socialgiurisprudenziale che consente la repressione di una serie di comportamenti che, in una sede preterlegale, sono giudicati immeritevoli. Rimarrà certo possibile inventariare circostanze di fatto che nelle varie situazioni dequalificano la condotta esponendola alla sanzione; ma nella sede definitoria si dirà, in modo tautologico, che è abusivo quell'esercizio che è reso tale dalle circostanze concomitanti*

⁵⁵¹ Così, M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit., p. 472. L'autore nota che solo così si esce fuori dalla contraddittorietà su cui l'antica dottrina fondava la propria insofferenza verso la categoria dell'abuso. Dal rischio del paradosso è agevole uscire quando si riconosca che la condotta costituente esercizio del diritto viene valutata come abusiva non già in ragione del parametro valoriale contenuto nel precetto bensì in ragione di un parametro esterno. Sul tema anche L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, Riv. Dir. Civ., 2017, 3, 541, evidenza che *“È infatti evidente che se alla qualificazione abusiva si pretende di pervenire muovendo e rimanendo unicamente nel perimetro tracciato dalla norma che facoltizza una determinata condotta, la contraddizione logica su cui l'antica dottrina fondava la propria insofferenza verso la categoria in esame appare inevitabile: se è in forza della norma N che la condotta C è lecita e produttiva dell'effetto E, ogni qual volta l'interprete operi sulla norma N e ritrovi in essa, all'esito del percorso ermeneutico, le ragioni per disconoscere la liceità della condotta C e negare la produzione dell'effetto E, dovrà convenirsi sul fatto che non si è abusato di alcun diritto, in quanto nessun diritto è stato, in realtà, esercitato. Se, invece, il parametro dell'abusività è rinvenuto nella norma N1, allora l'abuso del diritto è ben possibile, ma come fattispecie autonoma e concorrente di qualificazione, che rinviene in altro precetto la sua ragion d'essere”*

Segue. La sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio della controparte

La giurisprudenza, nelle già citate decisioni sul tema⁵⁵², ha indicato, tra i requisiti dell'abuso del diritto, “una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche controparte”.

Tale affermazione è stata subito oggetto di critica⁵⁵³, soprattutto a causa di quello che è stato considerato un accenno troppo vago alla sproporzione tra beneficio arrecato al titolare del diritto e il sacrificio imposto alla controparte.

Il concetto di proporzione, così come formulato, secondo qualche autore è di difficile collocazione all'interno del nostro ordinamento dove vige il principio di legalità.

Lo stesso, inoltre, sempre per la mancata specificazione, risulterebbe incompatibile con un sistema di economia di mercato come quello attuale.

Ciò posto, si ritiene doveroso approfondire la questione, con l'avvertimento che, in considerazione della mancanza di dibattito dottrinale in merito, occorrerà enucleare i concetti attraverso l'analisi dell'intero ordinamento.

A ben vedere, ciò che si limita ad affermare la giurisprudenza è la necessità per cui ciascun soggetto ha l'obbligo di esercitare il proprio diritto seguendo un principio di proporzionalità.

Occorre a questo punto approfondire il concetto di proporzionalità, dovendo però precisare che, mentre inesistente appare la speculazione dottrinale civilistica, il suddetto concetto è stato, nel corso degli anni, oggetto di un ampio dibattito all'interno della dottrina amministrativista⁵⁵⁴, fin ad assurgere a vero e proprio principio, allo scopo di delineare in maniera compiuta l'esatta modalità con cui la pubblica amministrazione è tenuta ad esercitare il proprio potere⁵⁵⁵.

⁵⁵² Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.; Consiglio di Stato, 07 febbraio 2012, n. 656, cit.; Tar Milano 11 ottobre 2017, n. 1951, in Foro Amministrativo (II) 2017, 10, 2078

⁵⁵³ A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario* in Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2011, p. 109

⁵⁵⁴ G. D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, ristampa ISAP per il XXV della fondazione, Milano, 1985. Il quale sottolinea l'importanza del principio di proporzionalità in quanto “Senza di questa regola limitatrice e regolatrice non si trova più punto d'appoggio, né confine onde arrestare l'arbitrario e fissare qualche regola alla pubblica amministrazione: nella stessa guisa, che rotto il principio dell' equità, ossia dell'eguaglianza dei diritti civili, nei quali in sostanza consiste la giustizia, convien cadere nell'estremo opposto del diritto del più forte, che è un assurdo in termini, vale a dire nel solo esercizio arbitrario della forza”. Sul tema si legga anche V. E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Lodi, 1897, pp. 159 ss., in cui si afferma che: “non c'è diritto senza limite” e che lo Stato “deve far sentire il suo intervento solo in quei rapporti in cui esso è necessario o almeno più utile, lasciando nel resto che i suoi sudditi si determinino ed agiscano seguendo gli impulsi della propria volontà.”

⁵⁵⁵ In quella sede, si è affermato il principio per cui nell'esercizio dei compiti attribuiti dalla legge, l'amministrazione è tenuta ad adottare la soluzione più idonea e necessaria, comportante il minor sacrificio possibile per la posizione dei privati coinvolti. Per soluzione più idonea, deve intendersi quella più adeguata all'obiettivo da perseguire, mentre per necessità della soluzione va intesa l'indisponibilità di altro strumento ugualmente efficace ma meno incisivo, in negativo, sulla sfera della controparte. Sul tema U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano* in Liuc Papers n. 220, Serie Impresa e Istituzioni, 26, settembre 2008

Si tratta di un principio, di matrice comunitaria, che trova oggi fondamento normativo nell'art. 5, par. 3 del Trattato istitutivo delle comunità europee⁵⁵⁶, secondo cui l'azione della Comunità europea non deve andare oltre quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi indicati nel Trattato⁵⁵⁷.

Senza dilungarsi sulla questione, a chi scrive pare sufficiente evidenziare che secondo la giurisprudenza comunitaria l'applicazione del principio di proporzionalità implica una duplice valutazione.

Per un verso, infatti, affinché una condotta possa essere considerata legittima è necessaria una proporzione tra mezzi utilizzati e obiettivi da realizzare⁵⁵⁸.

Dopo tale valutazione è necessario verificare se, fra i diversi mezzi alternativi a disposizione del soggetto che agisce, sia stato utilizzato lo strumento meno eccessivo in relazione alla finalità perseguita, tale cioè da comportare conseguenze negative di minore entità⁵⁵⁹.

Il rilevante ruolo svolto dal diritto comunitario sul tema è ben evidente nella giurisprudenza amministrativa, che non si è limitata a confinare il principio alle sole materie in cui è più forte l'influenza del diritto comunitario⁵⁶⁰, ma ne ha fatto applicazione anche in materie in cui l'influsso del diritto dell'Unione è meno evidente⁵⁶¹, in virtù dell'esplicito riferimento fatto al diritto comunitario dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo⁵⁶².

⁵⁵⁶ Art. 5 par 4 del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea 2012/C 326/01: *“L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.... In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”*.

⁵⁵⁷ Il principio di proporzionalità trova applicazione nel sistema comunitario sia quale parametro normativo per verificare la legittimità di un atto di diritto derivato o di una sanzione comminata agli Stati membri o a persone fisiche e giuridiche comunitarie, sia in materia di osservanza delle norme comunitarie da parte degli organi nazionali, ivi compresi i comportamenti statali assunti sulla base di deroghe espressamente concesse dal diritto comunitario. Esso, inoltre, assume rilevanza anche in materia di interpretazione del diritto comunitario, fornendo elementi utili di carattere ermeneutico e persino integrando, in determinati casi, il contenuto delle disposizioni comunitarie. Sul tema cfr. U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano* in Liuc Papers n. 220, Serie Impresa e Istituzioni, 26, settembre 2008

⁵⁵⁸ Sono quindi considerate sproporzionate le misure del tutto inadeguate, o manifestamente eccessive rispetto allo scopo prefissato. Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza del 12 novembre 1996, causa C-84/94, Regno Unito c. Consiglio, in *“Raccolta della giurisprudenza”*, p. I-5755 e ss., spec. punto 54 e ss.

⁵⁵⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza dell'11 luglio 1989, causa 265/87, Schrader, in *Raccolta della giurisprudenza*, p. 2237 e ss., punto 21

⁵⁶⁰ Si pensi alla materia dell'evidenza pubblica e alla tutela dell'ambiente

⁵⁶¹ In coerenza con la valenza di principio generale dell'ordinamento riconosciuta alla proporzionalità, che la porta a permeare di sé potenzialmente tutto l'agire amministrativo. ai contributi economici richiesti per interventi di assistenza sociale Così in A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, p. 710 che sottolinea che *“Gli ambiti in cui trova applicazione giurisprudenziale il principio di proporzionalità sono oggi pertanto molto vari: accanto a decisioni che riguardano le materie di più immediato rilievo per la disciplina europea, vi sono anche molte pronunce che declinano il principio in relazione alle limitazioni*

Grazie a tale ultima norma, così, la proporzionalità diventa lo strumento per far emergere gli interessi cd. secondari e per calibrare l'agire della pubblica amministrazione in modo che essi, nella fase procedimentale, siano considerati⁵⁶³.

Per tale scopo, in sede amministrativa si riconosce la proporzionalità nella condotta della pubblica amministrazione che esercita un proprio potere quando ricorrono tre requisiti.

Il primo è l'idoneità del provvedimento emesso nei confronti del privato. Secondo tale criterio la pubblica amministrazione è tenuta ad emanare solo le misure che sono in grado di realizzare il fine per cui il potere è stato attribuito dal legislatore.

Il secondo requisito per cui la condotta possa considerarsi corretta e priva di censure è la necessità del comportamento: l'amministrazione, quindi, ha il dovere di adottare la misura che comporta il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi sui cui il provvedimento è destinato ad incidere⁵⁶⁴.

L'adeguatezza, o proporzionalità in senso stretto, terzo requisito, indica infine l'esigenza che il mezzo adottato, anche se idoneo e necessario, non risulti troppo gravoso rispetto alla convenienza del risultato ottenibile. Essa è il vincolo quantitativo della scelta e misura il grado di soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela.

Passando al diritto privato, si reputa opportuno analizzare quanto previsto in materia di servitù dall'art. 1065 c.c.⁵⁶⁵.

Tale norma, detta il cd criterio del minimo mezzo: nell'ipotesi in cui dal titolo costitutivo non sia possibile determinare in maniera compiuta il contenuto del diritto e le modalità di esercizio, la servitù deve essere esercitata assicurando al fondo dominante il minimo di beneficio occorrente per soddisfare il bisogno cui la servitù di quel tipo è normalmente destinata e garantendo, soddisfatta tale esigenza, al fondo servente la sopportazione del minimo aggravio⁵⁶⁶.

alla proprietà, ai vincoli posti ai beni culturali, alle sanzioni amministrative, alle misure di ordine pubblico (e, in tale contesto, ai provvedimenti di necessità e urgenza), all'ammissione ai concorsi pubblici"

⁵⁶² Art. 1 legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*

⁵⁶³ A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, cit.

⁵⁶⁴ La necessità della condotta, è la sua irrinunciabilità, vale a dire *"la sua insostituibilità con altro mezzo meno gravoso (più mite) per la realizzazione altrettanto efficace del fine in parola"*. Così in S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1197

⁵⁶⁵ Art. 1065 c.c.: *"Colui che ha un diritto di servitù non può usarne se non a norma del suo titolo o del suo possesso. Nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guisa da soddisfare il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente"*

⁵⁶⁶ Cfr. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XII, Milano, 1967, 418 secondo cui i due criteri del bisogno del fondo dominante e del minore aggravio del fondo servente non si

Applicando quanto analizzato sopra alla valutazione della condotta di chi esercita un diritto, è possibile affermare che non si ha abuso quando il titolare della posizione soggettiva la esercita per soddisfare l'interesse per cui il diritto è stato attribuito, con le modalità che comportano il soddisfacimento del proprio interesse con il minor sacrificio possibile per gli altri.

5. Differenze con figure affini: la condotta illecita

Come detto in altra sede, ciò che caratterizza la figura dell'abuso del diritto è il presupposto che l'atto sia formalmente conforme al dettato normativo, ma sia censurabile in virtù dell'applicazione di norme, valori e criteri estranei alla norma attributiva del diritto.

Da tale sintesi, deriva che non è possibile discorrere di abuso quando il diritto sia esercitato *contra legem*⁵⁶⁷.

In tale ultima ipotesi, infatti, il diritto è esercitato “*fuori dalla ricorrenza dei presupposti ai quali l'ordinamento ricollega il suo sorgere e/o la possibilità del suo esercizio*”⁵⁶⁸.

Sia nella fattispecie dell'abuso che nella condotta *contra legem*, l'agente vuole appropriarsi di utilità che non gli spettano. Mentre, però, nel secondo tipo di condotta chi agisce vuole far propria l'utilità che inerisce in astratto al contenuto di quel diritto⁵⁶⁹, nel caso dell'abuso le utilità perseguite dall'agente sono diverse rispetto a quelle inerenti il diritto di cui è titolare⁵⁷⁰.

E' da segnalare, quindi, il superamento delle tesi che, allo scopo di negare cittadinanza nel nostro ordinamento alla figura dell'abuso del diritto, affermano

escludono, né si sommano, ma si coordinano tra loro, dando luogo ad un necessario contemperamento tra bisogno ed aggravio.

⁵⁶⁷ F. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fallimento*, 2014, 1, p. 13 che afferma che “*benché la reazione dell'ordinamento sia la stessa (anche nel caso di abuso del diritto, l'ordinamento rifiuta qualsiasi tutela al soggetto che abbia posto in essere la condotta abusiva), nel caso di comportamento contra legem, la condotta del soggetto agente si colloca al di fuori della formale cornice predisposta dal legislatore, sicché viene a mancare uno dei presupposti dell'abuso del diritto*”.

⁵⁶⁸ V. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 19

⁵⁶⁹ di cui però non è titolare

⁵⁷⁰ In virtù di tale conclusione, parte della dottrina ha dedotto che, nell'ipotesi in cui la condotta sia già oggetto di una norma specifica, non è necessario ricorrere alla figura dell'abuso del diritto, posto che il legislatore ha già manifestato in modo certo il proprio orientamento sulla suddetta condotta. Sul tema M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2443; S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 4 che afferma che “*Il problema sembra essere quello di una verifica degli strumenti giuridici disponibili. Se, cioè, il nostro sistema offre dei criteri di soluzione più sicuri di quel principio [i.e. l'abuso del diritto] che ha dimostrato di non voler letteralmente accogliere, appare logico che l'interprete debba cercare di utilizzare questi, mentre al contrario si dovrà favorire l'operatività del principio dell'abuso o di un'analoga clausola generale qualora manchi il modo di sanzionare forme di esercizio del diritto soggettivo che l'ordinamento, considerato nel suo insieme, mostra di condannare*”; F. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fallimento*, 2014, 1, p. 13

che esso sia un non senso logico, finendo per dissolversi “*nello spazio dell’illecito, che tutto attira nella propria sconfinata atipicità*”⁵⁷¹.

Segue. La violazione della buona fede

La tendenza a confondere il divieto di abuso del diritto con il principio di buona fede⁵⁷² è abbastanza diffusa sia nell’ambito degli ordinamenti stranieri⁵⁷³, sia nell’ambito della dottrina italiana.

In quest’ultima, in particolare, l’associazione del concetto dell’abuso a quello della buona fede, almeno inizialmente, era dovuta alla necessità di evitare un’interpretazione soggettiva della fattispecie abusiva, nonché al tentativo di disancorare quest’ultima dal disposto di cui all’art. 833 c.c. in tema di atti emulativi⁵⁷⁴.

Con il proposito di immedesimare i due concetti, così, si è affermato che chi abusa del proprio diritto, in realtà, pone in essere un atto contrario a buona fede oggettiva⁵⁷⁵, delineando in questo modo un rapporto di *species* a *genus* tra le due figure⁵⁷⁶, in cui il divieto di abuso del diritto finisce per diventare uno dei

⁵⁷¹ M. ORLANDI, *Contro l’abuso del diritto*, cit.; Sul tema F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, op. cit. secondo cui “*l’atto abusivo non è trattato come fatto illecito, fonte di danno risarcibile ex art. 2043 c.c.*”

⁵⁷² Si precisa che tale termine è utilizzato in questo scritto come sinonimo di correttezza o lealtà. Il suo significato quindi, non coincide con quello, del tutto diverso, utilizzato in materia di possesso (possesso di buona fede) e nelle tante norme che, in materia di invalidità del contratto, di simulazione ecc., fanno salvi i diritti dei terzi di buona fede. La “buona fede” in questi ultimi due casi indica uno stato soggettivo: significa, semplicemente, ignoranza di ledere l’altrui diritto (art. 1147). Nel caso di cui si scrive, invece, il termine buona fede è utilizzato per indicare un dovere, posto a carico delle parti contraenti, di comportarsi con correttezza e lealtà. Ha perciò, il medesimo significato di quel più generale dovere di correttezza che il codice civile impone al debitore e al creditore (art. 1175). Per distinguere questo concetto della buona fede come dovere di comportamento dalla buona fede come stato soggettivo si parla comunemente di buona fede contrattuale o di buona fede oggettiva. Sul punto cfr. Cass. 18 febbraio 1986, 960, in Mass. Foro it., 1986 che precisa che “*la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all’altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede*”

⁵⁷³ Si pensi all’art. 2 del codice civile svizzero che dispone “*“Ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede nell’esercizio dei propri diritti. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*”. Altri esempi di previsioni del divieto di abuso associato alla contrarietà alla buona fede si trovano nell’art. 7 del codice spagnolo, art. 281 del codice greco e all’art. 13 del codice olandese

⁵⁷⁴ G. VISINTINI, *L’abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L’abuso del diritto* a cura di Visintini, op. cit., pp.41 ss

⁵⁷⁵ G. MERUZZI, *L’oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale* In *L’abuso del diritto* a cura di G. Visintini, op. cit., pp. 107 ss

⁵⁷⁶ F. GALGANO, *Trattato di Diritto civile*, Padova, 2015, II, p.659

criteri di condotta in cui si estrinseca il generale dovere di buona fede oggettiva⁵⁷⁷.

Occorre segnalare, tuttavia, che, nonostante la confusione presente anche in giurisprudenza, i due concetti sembrano essere distinti, innanzitutto sul piano strettamente storico⁵⁷⁸.

Le recenti teorie sull'abuso, infatti, risalgono alla dottrina francese del 1700, che approfondisce la questione soprattutto in tema di diritto di proprietà e atti emulativi.

La nozione di buona fede, invece, così come la conosciamo, nasce in un contesto più recente⁵⁷⁹.

Certo, da un punto di vista strettamente storico, i due concetti sono stati accomunati per lungo tempo da un atteggiamento di sfavore⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Cfr. Cass. 18 ottobre 2003, n. 15482, in Nuova giur. civ. comm., 2004, I, p. 305 con nota di GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*. In tale pronuncia la Suprema Corte evidenzia che “*specifica ipotesi di violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto viene considerata proprio l'abuso del diritto, individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati*”. Sulla questione rilevante anche quanto precisato da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., secondo cui “*i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione fra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti*”.

⁵⁷⁸ Sempre G. VISINTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L'abuso del diritto* a cura di Visintini, op. cit., pp. 52-53

⁵⁷⁹ Si segnala che tale è la tesi di Visintini, cui pare contrario A. D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto*, op. cit. p. 60 che riconduce il principio della buona fede al diritto romano e comune. Vedi anche A. D'ANGELO, *La buona fede*, in Tratt. Dir. priv. diretto da Bessone, IV, Torino, 2004, pp. 14-23. Anche G. MERUZZI, *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale* In *L'abuso del diritto* a cura di G. Visintini, op. cit., pp. 107 ss, ricostruisce la storia della clausola generale della buona fede in modo diverso, notando che “*E' ben noto che lo sviluppo giuridico della regola di buona fede è radicata nella tradizione del diritto romano, che alla fides bona e ai iudicia bonae fidei affidò un ruolo costruttivo dell'ordinamento e di giustificazione alla creazione pretoria del diritto. Tale visione della buona fede, che teneva insieme i profili soggettivi e oggettivi della nozione, ha ricevuto una più compiuta elaborazione ad opera della dottrina civilistica di fine ottocento, che ha saputo distinguere le nozioni di buona fede soggettiva, intesa come ignoranza di ledere l'altrui diritto, e buona fede oggettiva, concepita come clausola generale e dovere a contenuto generico, da cui scaturiscono i doveri a contenuto specifico enucleati dal giudice coi giudizi di valore, resi in sede di applicazione del generale criterio di condotta*”. A prescindere dall'esatta ricostruzione, si segnala che il risultato del ragionamento non cambia, posto che anche questi autori giungono alla conclusione che da un punto di vista storico i concetti di buona fede e abuso del diritto differiscono, essendo in questo caso il concetto di buona fede più antico di quello di abuso.

⁵⁸⁰ Oltre ad essere accomunati per un certo atteggiamento di sfavore, i due concetti sembrano avere anche un comune fondamento costituzionale. Così come detto in tema di abuso, anche la buona fede, infatti si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà ex art. 2 cost. 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*. Tale impegno solidaristico trova il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto,

Avendo in altra sede approfondito le teorie sfavorevoli ad un generale divieto di abuso del diritto⁵⁸¹, in questa sede pare necessario evidenziare che lo sfavore espresso dalla dottrina nei confronti della buona fede era dettato principalmente da ragioni pratiche, ossia dalla necessità di garantire la certezza dei rapporti⁵⁸².

Anche tale sfavore, quindi, nasceva da una certa valorizzazione della categoria del diritto soggettivo e si concretizzava nella negazione di una qualsiasi forma di illegittimità, nell'ipotesi di un comportamento contrario a correttezza, ma non lesivo di un diritto soggettivo riconosciuto in precedenza dal legislatore⁵⁸³.

In ogni caso, la distinzione di ordine storica impone all'interprete di segnalare le eventuali divergenze concettuali tra le due figure.

Allo scopo, a chi scrive pare opportuno analizzare, nello specifico, la collocazione della clausola generale della buona fede.

Senza dilungarsi, è possibile affermare che la citata clausola generale è prevista, anche implicitamente, in numerose norme del codice civile italiano, tra cui le più invocate sono gli artt. 1175⁵⁸⁴, 1337⁵⁸⁵, 1366⁵⁸⁶ e 1375⁵⁸⁷ c.c..

Dall'analisi di tali previsioni, alcuni autori⁵⁸⁸ hanno fatto notare che il canone della buona fede dovrebbe essere essenzialmente confinato al diritto delle obbligazioni e dei contratti⁵⁸⁹.

tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico. Sul tema cfr. Cass. 30 luglio 2004, n.14605 in Mass. Giur. It., 2004

⁵⁸¹ Si rinvia a quanto scritto sulle teorie negazioniste al paragrafo 2.2. del presente capitolo

⁵⁸² Cfr. A. D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in L'abuso del diritto a cura di Visintini, op. cit., p. 61

⁵⁸³ Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in Foro pad., 1964, I, 1284

⁵⁸⁴ Art. 1175 c.c.: "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*". Anche se non espressamente citata la buona fede, secondo la dottrina, il significato normativo del principio di correttezza coincide, sostanzialmente, con quello della buona fede in senso oggettivo, anche se la regola di correttezza ha una portata più ampia, con riferimento alla generalità dei rapporti obbligatori e non solo a quelli derivanti da contratto. Sul tema BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica, Zatti, Milano, 1990, 232, 359; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 290; contra, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 67 secondo cui gli obblighi nascenti dalla correttezza avrebbero contenuto negativo – in quanto doveri di protezione della sfera giuridica altrui – mentre gli obblighi nascenti da buona fede avrebbero carattere positivo – in quanto doveri di cooperare nell'interesse altrui; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 149. secondo cui gli obblighi nascenti dalla correttezza avrebbero contenuto negativo – in quanto doveri di protezione della sfera giuridica altrui – mentre gli obblighi nascenti da buona fede avrebbero carattere positivo – in quanto doveri di cooperare nell'interesse altrui.

⁵⁸⁵ Art. 1337 c.c.: "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*"

⁵⁸⁶ Art. 1366 c.c.: "*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*"

⁵⁸⁷ Art. 1375 c.c.: "*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*"

⁵⁸⁸ F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in Banca borsa e titoli di credito, 3, 2009 p. 241, che a sostegno della propria conclusione richiama i principi Unidroit, in cui all' art. 1.7. si prevede che "*Ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale*" e il Draft common frame of reference che al Libro III, § 1:103 prevede: "*Good faith and fair dealing: (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair*

Da tale conclusione, a detta di qualche autore, discende una prima differenza tra la buona fede oggettiva e il divieto dell'abuso del diritto: mentre quest'ultimo ha un ambito operativo ampio, individuabile nell'intero ordinamento giuridico, la clausola della buona fede ha un campo più ristretto, limitato alla sola materia contrattuale e/o delle obbligazioni⁵⁹⁰.

Altra parte della dottrina, più che sulla collocazione, distingue i due concetti in virtù di un diverso criterio.

Secondo tale tesi, infatti, mentre la valutazione dell'abuso ha ad oggetto lo scopo per cui la condotta censurabile viene posta in essere, la clausola di buona fede impone all'interprete di analizzare le modalità con cui il diritto viene esercitato⁵⁹¹.

Tale risultato, viene tuttavia criticato da chi fa notare che essendo una tesi costruita sulla lettura e applicazione dell'art. 1175 c.c., la stessa finisce per sconfinare nella teoria dell'inesigibilità della prestazione alla stregua della buona fede.

Secondo la critica che si espone, quindi, la tesi che distingue le nozioni della buona fede e del divieto di abuso del diritto in virtù dell'oggetto da valutare, finirebbe per qualificare come condotta abusiva la pretesa del creditore ad una prestazione inesigibile alla stregua della buona fede.

dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract. (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have”.

⁵⁸⁹ Per un'estensione del canone della buona fede al diritto amministrativo E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, nel volume *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di Garofalo, I, Padova, 2003, 371 ss. in cui si richiamano l'art. 2 cost. e l'art. 97 cost.

⁵⁹⁰ Cfr. G. MERUZZI, *L'oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, in *L'abuso del diritto* a cura di G. Visintini, op. cit., pp. 107 ss. secondo cui i due concetti non possono facilmente sovrapporsi essendo difficile limitare l'ambito operativo del divieto di abuso al solo diritto delle obbligazioni e dei contratti in quanto tale conclusione sarebbe “*contraddetta non solo dal dato normativo (v. per tutti l'art. 840 c.c. in tema di atti emulativi e l'art. 330 c.c. sull'abuso della potestà genitoriale) ma da quella stessa giurisprudenza che applica senza difficoltà il divieto in ambiti ben diversi dal diritto delle obbligazioni e dei contratti*”

⁵⁹¹ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 22, secondo cui “*la differenza tra le due forme di sindacato ... va precisamente riposta in ciò, che mentre l'applicazione della tecnica dell'abuso del diritto implica (come già visto) un controllo "causale" dell'atto di esercizio del diritto (perché mira ad evitare che quest'atto di esercizio possa ipoteticamente essere stato posto in essere per conseguire uno scopo/risultato diverso e ulteriore rispetto alle utilità che l'ordinamento garantisce al titolare della situazione giuridica attiva), nel caso in cui il controllo sull'esercizio del diritto viene operato attraverso il canone della buona fede non si indica lo "scopo" per il quale tale esercizio è avvenuto (scopo che, in tesi, si deve immaginare corrispondente alla finalità per la quale è avvenuta l'attribuzione del diritto), ma si censurano piuttosto le modalità con le quali esso si è realizzato, modalità che per l'appunto possono essere tali da fare ritenere sleale la condotta del contraente*”.

In questo modo si finisce per confondere la correttezza con la diligenza richiesta al debitore, che, nel sistema del codice, sono distinti⁵⁹².

Qualche autore⁵⁹³, favorevole ad una distinzione tra buona fede e divieto di abuso del diritto, fonda il proprio pensiero su una diversità tra le due figure da un punto di vista della natura degli istituti.

Tale autore, dopo aver segnalato che l'abuso non rappresenta un principio autonomo nel nostro ordinamento, lo considera solo uno schema di ragionamento⁵⁹⁴ cui fare ricorso quando è necessario risolvere un conflitto tra opposte pretese o interessi non coincidenti.

La buona fede, invece, avrebbe una natura diversa, di principio generale, e in quanto tale, rappresenta uno dei criteri con cui risolvere il possibile conflitto d'interessi⁵⁹⁵.

Secondo tale tesi, quindi, “*non è perché vi è il dovere di buona fede che si interroga lo schema dell'abuso, ma è perché si pone un problema comprensibile*

⁵⁹² F. MACRI, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva in Fallimento*, 2014, 1, 13. In dottrina segnalano la differenza tra il dovere di diligenza di cui all'art. 1176 cc, riferito solo ed esclusivamente al debitore, e l'obbligo di correttezza ex art. 1175 cc, che esprime un canone di condotta leale e corretta reciproca, che riguarda entrambe le parti del rapporto, BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica, Zatti, Milano, 1990 pp 230, 356; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988 p. 295; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1987, p 227

⁵⁹³ M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, cit.

⁵⁹⁴ di tipo funzional-teleologico

⁵⁹⁵ In realtà il principio di buona fede-correttezza, nelle obbligazioni e nei contratti, risulta utilizzato dagli interpreti, nel nostro ordinamento, con funzioni diverse, anche eterogenee. Secondo un orientamento, il principio di buona fede-correttezza sarebbe uno strumento di integrazione del contenuto dell'obbligazione, ponendosi come fonte di doveri ulteriori delle parti, rispetto a quelli direttamente previsti da norme specifiche o dal contratto (c.d. funzione integrativa). Tale tesi è fatta propria da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65; BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in RTDPC, 1960, p. 1342; CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in ED, X, Milano, 1962, p. 709; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1987, pp. 231-239. Altra tesi, invece, afferma che la buona fede si configurerebbe non già come fonte di doveri ulteriori per le parti, bensì come criterio di valutazione della condotta delle parti in *executivis* - in relazione al contenuto del rapporto e alle circostanze del fatto - in funzione di correzione dello *strictum ius*, ove questo dovesse produrre risultati ingiusti o comunque inopportuni (funzione valutativa). A favore di tale tesi si pronunciano BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica, Zatti, Milano, 1990 p. 232; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, pp. 4, 37. Altra corrente, invece, riconosce alla buona fede un funzione c.d. integrazione in *executivis*: essa costituisce un parametro per "governare" le forme di discrezionalità nell'esecuzione e in tal senso possono anche sorgere a carico delle parti, ad esempio, obblighi positivi di cooperare a realizzare condizioni che rendano possibile l'esecuzione del contratto, doveri di protezione della persona o dei beni del contraente, obblighi di avviso. Tale funzione è segnalata da DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, pp. 302, 324. Nello scritto di quest'ultimo autore, infine, è attribuita alla buona fede anche un'altra funzione che è quella di limite-controllo all'esercizio di pretese da parte del creditore o all'adempimento di obblighi da parte del debitore. Tale funzione di limite-controllo si manifesta attraverso il diniego di effetti al comportamento (presunto) scorretto (ad esempio, eccezione di inadempimento da parte del creditore per difformità trascurabili della prestazione dovuta) o tramite eccezioni o poteri di autotutela (ad es., recesso) riconosciuti alla parte leale.

secondo lo schema dell'abuso che si interroga la buona fede (quando questa sia il parametro che il tipo di problema proposto dall'abuso mostra appropriato).

Tale teoria, tuttavia, sembra contraddetta da quella parte della giurisprudenza che qualifica il divieto di abuso del diritto come principio generale⁵⁹⁶.

Per tale motivo, altra dottrina è propensa ad affermare che mentre nel settore dei contratti e delle obbligazioni la buona fede non lascia all'abuso del diritto altro ruolo che quello di propria formula rappresentativa, in altri settori il divieto di abuso acquisisce un autonomo e significativo ruolo normativo⁵⁹⁷.

Segue. L'eccesso di diritto

Coloro che configurano l'abuso del diritto come una fattispecie in cui si esercitano le proprie prerogative per il soddisfacimento d'interessi diversi rispetto a quelli per cui il diritto è riconosciuto si trovano nella necessità di distinguerlo da un'altra figura affine: l'eccesso del diritto.

Quest'ultima espressione è utilizzata per indicare le ipotesi in cui il titolare di un diritto lo esercita in maniera esorbitante rispetto a quanto previsto dal legislatore.

La differenza tra le due figure risiederebbe nel fatto che, pur presupponendo entrambe uno sconfinamento dell'*agere* permesso al soggetto, nell'abuso, contrariamente all'eccesso, la condotta è in apparenza conforme al contenuto del diritto⁵⁹⁸.

Ne deriva che mentre la valutazione di un'ipotesi di eccesso richiede un semplice e immediato accertamento statico dello sconfinamento dai limiti del diritto, nel caso di abuso, non essendo tale superamento del dettato normativo rilevabile in via immediata, occorre accertare in modo dinamico l'interesse che il titolare della posizione giuridica vuole effettivamente soddisfare con la propria condotta⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Cass. Sez. un. 23 dicembre 2008, n. 30055,30056 e 30057; Cass, 13 maggio 2009, n. 10981; Cass. 27 febbraio 2013, n. 4901

⁵⁹⁷ A. D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto* a cura di Visintini, op. cit., p. 64

⁵⁹⁸ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007 pp 83 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958 p. 37 secondo cui costituisce una caratteristica dell'abuso del diritto "*l'apparente conformità dal comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto onde abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere*".

⁵⁹⁹ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 85 ss., il quale evidenzia che "*l'eccesso dal diritto risulta valutando l'atto staticamente; l'abuso si realizza valutandolo in una prospettiva dinamica, che metta a nudo l'interesse per il quale esso è stato posto in essere. Solo questa prospettiva, che si traduce nella necessità di compiere un accertamento in concreto e a posteriori, può mostrare l'eventuale abuso*".

6. Gli effetti della violazione del divieto di abuso del diritto: i rimedi

Secondo un'affermazione alquanto sommaria, l'ordinamento, qualora l'esercizio del diritto sia abusivo, risponde negando qualsiasi forma di tutela all'atto che normalmente dovrebbe ricevere protezione se posto in essere conformemente allo schema previsto dal legislatore⁶⁰⁰.

In realtà dopo questa affermazione di principio, si ritiene utile approfondire la questione partendo da una fondamentale differenziazione: occorre, cioè, distinguere le ipotesi in cui è lo stesso legislatore a tipizzare una fattispecie come abusiva⁶⁰¹ e a dettare la relativa sanzione, dalle ipotesi in cui la censura di abusività è frutto di una valutazione dei fatti da parte dell'interprete⁶⁰².

Nella prima ipotesi, il rimedio esperibile sarà diverso in relazione alla situazione giuridica lesa e alla tutela apprestata per il caso specifico⁶⁰³.

In particolare, in caso di abuso del diritto di proprietà e quindi di atto emulativo ai sensi dell'art. 833 c.c., il codice civile, all'art. 949, prevede una tutela sia inibitoria che risarcitoria.

Così come nelle ipotesi di abuso del diritto di usufrutto, uso o diritto di abitazione, la sanzione prevista dal legislatore consiste nella perdita del diritto per cessazione ex art. 1015 c.c..

La sanzione della perdita del diritto, inoltre è presente anche nella legislazione speciale.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, ad esempio, stabilisce la decadenza del diritto ad ottenere la fornitura, qualora l'utente utilizzi il servizio di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per finalità abusive⁶⁰⁴.

Vi sono, inoltre, ipotesi in cui, pur non essendo la condotta qualificata espressamente dal legislatore come abuso, la fattispecie è così considerata dalla dottrina.

Si pensi ad esempio alla minaccia di far valere un diritto con lo scopo di conseguire un vantaggio ingiusto. In questa ipotesi, qualora si ritenga la condotta censurabile, in quanto integrante una fattispecie di abuso del diritto, si dovrebbe

⁶⁰⁰ F. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fallimento*, 2014, 1, 13.; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto*, cit., 380,

⁶⁰¹ Si segnala che in tali ipotesi la categoria dell'abuso del diritto potrebbe avere un valore meramente classificatorio

⁶⁰² R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010

⁶⁰³ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 284 ss..

⁶⁰⁴ Art. 70 del D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) secondo cui *“i consumatori ed altri utenti finali che ne facciano richiesta, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico... L'utente finale che utilizzi, o dia modo ad altri di utilizzare il servizio per finalità abusive o fraudolente, decade dal contratto di fornitura del servizio, fattasalva ogni altra responsabilità prevista dalle leggi vigenti”*.

concludere che la relativa sanzione è, in questo caso, l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1438 c.c.⁶⁰⁵.

Particolare, infine sarebbe la sanzione prevista nell'ipotesi in cui l'abuso riguardi la libertà negoziale.

In particolare, qualora tale prerogativa sia oggetto di abuso tramite una condotta simulatoria, il legislatore disporrebbe una sanzione consistente nell'attribuire alla controparte la possibilità di far valere il negozio dissimulato, a tutela degli interessi che potrebbero essere pregiudicati dall'accordo simulatorio⁶⁰⁶.

Fuori dalle ipotesi espressamente previste, allo scopo di approfondire i rimedi esperibili nell'ipotesi in cui una condotta sia censurabile per violazione del divieto di abuso del diritto, è necessario effettuare un'ulteriore distinzione.

Qualche autore, infatti, segnala la necessità di verificare, nel caso concreto, se l'abuso del diritto si sia verificato nella materia negoziale o meno.

Nell'ipotesi in cui la condotta abusiva non attenga ad un diritto sorto per via pattizia, infatti, l'unico rimedio posto a tutela del soggetto leso pare essere, secondo la tesi classica, il risarcimento del danno ex art. 2043 cc, qualora ne sussistano i requisiti⁶⁰⁷.

Nella diversa ipotesi in cui il diritto esercitato in modo abusivo derivi da un rapporto negoziale, invece, la dottrina si divide in merito ai possibili rimedi esperibili.

La problematica, in verità, risente molto delle tesi contrapposte relative al rapporto tra divieto di abuso del diritto e clausola di buona fede.

Coloro che, anche sulla scia degli arresti giurisprudenziali⁶⁰⁸, ritengono le due fattispecie in rapporto di *genus a species*, infatti, finiscono per riconoscere alla violazione del divieto di abuso gli stessi effetti previsti nell'ipotesi di condotta posta in essere in violazione della buona fede.

Ciò considerato, quindi, in virtù dell'assimilazione tra divieto di abuso del diritto e violazione della buona fede, il rimedio esperibile da chi lamenta un esercizio abusivo del diritto nascente da fonte negoziale, sarebbe solo ed esclusivamente di natura risarcitoria.

Questo è quanto affermato, infatti, in tema di violazione di buona fede, dalla dottrina tradizionale e dalla giurisprudenza, anche della Suprema Corte⁶⁰⁹,

⁶⁰⁵ Tutela identica è quella prevista dall' art. 1394 c.c.. Tale norma, infatti, dispone, l'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, qualora il conflitto fosse conosciuto o conoscibile dal terzo. In questo caso, l'abuso si realizza attraverso lo sviamento di interesse

⁶⁰⁶ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op. cit., 284 ss..

⁶⁰⁷ F. CARINGELLA, *Studi di Diritto civile*, II, Milano, 2005, 1984; Così anche R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010

⁶⁰⁸ Su tutte la già pluricitata Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; 80Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256 con commento di P. RESCIGNO;

⁶⁰⁹ Cass. Sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26724 in *Corr.giur.*, 2008, p. 223, che in tema di violazione di obblighi di informazione dell'intermediario finanziario ha ritenuto che "la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla

che, pronunciandosi sul tema, hanno più volte distinto tra regole di validità e regole di comportamento.

Mentre la violazione delle prime determina la nullità del contratto, la violazione di una regola attinente alla condotta, come quella dell'obbligo di buona fede, determina un'obbligazione risarcitoria a favore del soggetto leso⁶¹⁰.

Occorre inoltre evidenziare che, parte della dottrina, è propensa a riconoscere la possibilità, nell'ipotesi di violazione della buona fede, di ottenere un'esecuzione in forma specifica del dovere⁶¹¹. Considerando quest'ultimo, infatti, come integrativo del contenuto del contratto⁶¹², la sua violazione potrebbe realizzare un inadempimento. A fronte di tale comportamento, quindi, il creditore insoddisfatto potrebbe far valere tutti i rimedi previsti dal legislatore a suo favore⁶¹³.

Lo stesso indirizzo, segnala, infine, anche un ulteriore rimedio esperibile nell'ipotesi di violazione della buona fede oggettiva: *l'exceptio doli generalis*, invocabile quando l'altrui pretesa si manifesti, in quanto contraria ai principi della buona fede o della correttezza, come doloso esercizio di un diritto⁶¹⁴.

*risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.”; si ritiene che la violazione della buona fede non dà luogo a nullità. In altro passo la sentenza evidenzia che il dovere di buona fede è legato alle circostanze del caso concreto e non può costituire un requisito di validità che la certezza dei rapporti richiede di accertare in base a regole predefinite. Sul tema anche R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, op.cit.*

⁶¹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 495; Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento v. A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1486; F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, op. cit., p. 92. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (23 ottobre – 19 dicembre 2007, n. 26724)

⁶¹¹ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in generale. Contratti in generale, Padova, 1999, p. 560. Secondo l'autore, ad esempio, un'espressa previsione di esecuzione forzata in forma specifica del dovere di buona fede è contenuta nell'art. 1359 c.c., che dispone che si considera avverata la condizione che non si è verificata per una causa imputabile a colui che aveva un interesse contrario al suo avveramento. In tal caso la violazione della buona fede determina l'efficacia del contratto nonostante la condizione sospensiva a cui era subordinato non si sia verificata

⁶¹² In altra sede abbiamo già segnalato che quella integrativa è solo una delle funzioni riconosciute alla buona fede

⁶¹³ Quindi la tutela dettata dall'art. 1218 c.c., ma anche 1453 cc, o 1460 cc.

⁶¹⁴ Per il diritto romano *l'exceptio (o la replicatio) doli* era rimedio generale, suscettibile di sventare ogni forma di abuso del diritto. La tendenza giurisprudenziale odierna è nel senso di applicare il rimedio, in quanto basato sulle clausole generali di correttezza e di buona fede, oltre le predette fattispecie legislative, come dimostrano le sue frequenti applicazioni in materia di contratto autonomo di garanzia, restituendogli così l'originaria portata generale. Attribuisce portata generale all'*exceptio doli* Cass., 18 marzo 1991, n. 2890, in *Mass. Foro it.*, 1991. In argomento, NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell' "exceptio doli generalis"*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 197.

Altra parte della dottrina, invece, nel tentativo di estendere la tutela del soggetto leso, ritiene che la violazione della buona fede incida sulla stessa validità del negozio⁶¹⁵.

A sostegno della tesi, si richiama quanto previsto dal diritto comunitario in tema contrattuale⁶¹⁶.

Secondo tale indirizzo, quindi, verificato l'assetto di interessi in conflitto e accertati eventuali effetti pregiudizievoli sul regolamento contrattuale derivanti dalla violazione del principio di buona fede, il giudice potrebbe anche dichiarare la nullità del negozio⁶¹⁷.

In virtù di tale conclusione, coloro che propendono per l'assimilazione dell'abuso del diritto alla buona fede, ritengono che la violazione del divieto di abuso possa comportare la nullità⁶¹⁸.

A sostegno, si richiama quanto disposto all'art. 9 della legge sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive⁶¹⁹, ritenendo il rimedio ivi previsto applicabile anche ad altre forme di abuso⁶²⁰.

Di diverso avviso, invece, sono coloro che, analizzando i rapporti tra abuso del diritto e buona fede, concludono per la diversità dei concetti⁶²¹.

Secondo taluni, infatti, la natura autonoma del divieto dell'abuso del diritto garantirebbe, al soggetto che lo subisce, di ottenere una tutela reale attraverso rimedi differenti dal risarcimento del danno⁶²².

In primis, tale tesi, individua negli strumenti preventivi, i primi mezzi di tutela volti a reagire all'esercizio abusivo del diritto⁶²³.

Al riguardo, per superare il principio di necessaria tipizzazione della tutela inibitoria, gli interpreti richiamano l'esperienza dell'ordinamento francese, in cui è consentito al giudice disapplicare tutte le clausole del contratto qualora sussistano gli estremi "*d'un abus de nature à la priver d'effet*"⁶²⁴.

Relativamente alla tutela successiva⁶²⁵, invece, lo strumento con cui sarebbe possibile ottenere tutela è l'*exceptio doli generalis*⁶²⁶.

⁶¹⁵ F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, I, (Diritto civile), in Enc. Giur., XVII, Roma, 1991, 7 ss.; F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 93 ss

⁶¹⁶ V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in Riv. dir. civ., 2007, 853 ss., *contra* G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 105.

⁶¹⁷ V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., pp. 855 ss

⁶¹⁸ R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*

⁶¹⁹ Art. 7 legge 18 giugno 1998, n. 192, rubricato abuso di dipendenza economica: "*Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo*"

⁶²⁰ G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto* 2010, cit., pp. 64 ss

⁶²¹ A titolo esemplificativo G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, p. 22.

⁶²² G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 23. Si segnala che secondo R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, cit., p. 28 "*la categoria dell'abuso del diritto sarebbe maggiormente giustificata se consentisse al soggetto nei cui confronti il diritto viene esercitato abusivamente di ottenere una tutela reale*"

⁶²³ In tal senso U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 30 ss., il quale evidenzia che fin dalle sue origini lo studio dell'abuso del diritto è stato legato alla verifica dei presupposti fondanti l'obbligo risarcitorio nella responsabilità extracontrattuale.

⁶²⁴ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 32 ss

⁶²⁵ diversa da quella risarcitoria

Altra dottrina⁶²⁷, consapevole della varietà delle forme di abuso, ha un approccio, in tema di rimedi, più variegato, fermo sempre l'obbligo eventualmente di risarcire il danno.

Nel tentativo di attribuire a ciascun tipo di abuso la propria sanzione, tale dottrina individua una prima categoria di condotta abusiva, connotata da un "*comportamento materiale nocivo*" giustificato apparentemente come esercizio di un diritto.

Se tale comportamento minaccia l'esistenza o la misura di un altrui diritto, secondo la dottrina che si espone, la controparte potrebbe richiedere in giudizio un provvedimento di accertamento⁶²⁸.

Qualora la condotta astrattamente abusiva sia di natura duratura e/o reiterabile, invece, la tutela invocabile è costituita da un provvedimento interdittivo, finalizzato a far cessare il comportamento.

Qualora l'abuso si sia concretizzato in opere materiali, il provvedimento ottenibile, infine, sarà di rimozione.

La seconda categoria di abusi, invece, sarebbe costituita dalle condotte omissive.

In tali ipotesi, il comportamento è censurabile perché il soggetto aveva un dovere di tenere una condotta, in virtù di una norma corrispondente o a causa del generale obbligo di cui all'art. 1175 c.c.⁶²⁹.

Anche a fronte di tali comportamenti omissivi il soggetto che lamenta un abuso potrà richiedere un provvedimento di accertamento o la condanna all'adempimento dell'obbligo, fatta salva sempre la possibilità del risarcimento danni.

Una diversa serie di condotte abusive, infine, riguarda i casi in cui il soggetto, in fase processuale, formula pretese o difese fondate su una visione abusivamente rigida delle proprie ragioni.

In tali circostanze, secondo la tesi che si espone, il rimedio apprestato dall'ordinamento è il rigetto della domanda giudiziale⁶³⁰.

Tale ultimo approccio, di tipo casistico, obbliga l'interprete, che si accinge ad analizzare il tema dell'abuso della domanda di concordato con riserva, ad approfondire i rimedi specifici approntati dall'ordinamento nell'ipotesi in cui non

⁶²⁶ R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, op. cit., p. 29. Un'ipotesi legislativa di abuso del diritto sanzionato col rimedio dell' *exceptio doli generalis* sarebbe rinvenibile, in materia di società, nell'art. 2384, comma 2, c.c., che prevede l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, salva la prova che i terzi abbiano intenzionalmente agito a danno della società. Sul tema F. GALGANO, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Manuale di dir. civ. e comm.*, I vol., 497

⁶²⁷ R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Settimo aggiornamento*, 2012

⁶²⁸ Dell'abusività della condotta

⁶²⁹ Si evidenzia che in tali circostanze, si ritiene il richiamo all'abuso del diritto superfluo

⁶³⁰ Si segnala che tale dottrina, individua anche l'ipotesi in cui l'abuso del diritto sia realizzato in materia negoziale: in tale caso la reazione dell'ordinamento è l'annullabilità assoluta del negozio. Tale ipotesi è diversa dal caso in cui l'abuso consista proprio nel rifiutarsi di concludere il negozio: in questo caso chi si lamenta della condotta abusiva potrà richiedere al giudice o una condanna al compimento del negozio, o una pronuncia che prenda il posto del negozio non concluso. Così R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Settimo aggiornamento*, 2012

si verta sul piano del c.d. abuso sostanziale ma censurabile sia un condotta tenuta dal soggetto nella fase processuale.

Segue. I rimedi previsti per l'abuso del processo

Come visto in altra sede, i differenti ambiti in cui l'abuso del diritto è chiamato ad operare, siano essi di natura sostanziale o processuale, non determinano particolari differenze sul piano strutturale della condotta censurabile.

Dal punto di vista strettamente dei rimedi, invece, il contesto in cui l'abuso si realizza sembra destinato ad incidere sul tipo di soluzione apprestata dall'ordinamento a tutela del soggetto leso⁶³¹.

Quest'ultimo, infatti, secondo la teoria tradizionale, nell'ipotesi di abuso sostanziale, potrà far valere in suo favore l'irrilevanza della condotta abusiva, non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento⁶³².

Nell'ipotesi in cui la condotta abusiva sia tenuta nell'ambito del processo, invece, la dottrina sembra dividersi tra coloro che riconoscono la possibilità di servirsi di rimedi di natura "reale" e coloro che limitano la reazione ai soli rimedi di natura risarcitoria.

Partendo dal rimedio risarcitorio, che nessuno nega, pare opportuno segnalare che, in tema di abuso del processo, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno valorizzato molto il dettato di cui all'art. 96 c.p.c. comma 3⁶³³.

Tale norma, infatti, introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, proprio con il proposito di rafforzare le sanzioni per l'uso distorto degli strumenti processuali, attribuisce al giudice la facoltà di condannare⁶³⁴, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata⁶³⁵.

Come può desumersi dall'analisi dei lavori preparatori alla riforma, il legislatore del 2009, con l'intenzione di attribuire all'istituto portata generale, ha sostanzialmente ripetuto quanto previsto dal contestuale abrogato art. 385 comma 4 c.p.c.⁶³⁶, circoscritto al solo ricorso per Cassazione.

⁶³¹ G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, I, 2016 pp. 304 ss

⁶³² Poiché il tema è stato già approfondito, si richiama, per tutti, S. ROMANO, *abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 169

⁶³³ Art. 96 c.p.c. comma 3: *"In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata"*

⁶³⁴ contestualmente alla statuizione sulle spese di lite

⁶³⁵ ulteriore rispetto alle spese processuali

⁶³⁶ Che disponeva *"Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave"*

In considerazione di tale intenzione legislativa, paiono applicabili, al nuovo comma 3 dell'art. 96 c.p.c., le medesime conclusioni cui la giurisprudenza e la dottrina erano giunti in relazione all'istituto di cui all'abrogato art. 385 c.p.c..

Così, immediatamente è sembrato possibile estendere alla nuova norma quanto affermato in alcune pronunce della Suprema Corte, che aveva qualificato la fattispecie, ora abrogata, come una sanzione per l'abuso del processo perpetrato dalla parte soccombente⁶³⁷.

La funzione del rimedio previsto nel terzo comma dell'art. 96 c.p.c. è stata, poi, analizzata dalla Corte costituzionale⁶³⁸.

Quest'ultima, chiamata a sindacare la legittimità della scelta del legislatore di individuare il beneficiario della somma liquidata a titolo di sanzione nella controparte processuale⁶³⁹, ha affermato che innanzitutto il rimedio ha una funzione indennitaria per quest'ultima, nelle *“non infrequenti ipotesi in cui sia per essa difficile provare l'ano il quantum del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ.”*.

A questa si assocerebbe, secondo i giudici costituzionali, una funzione sanzionatoria⁶⁴⁰, con finalità deflattive, della disposizione scrutinata.

La norma, quindi, da questo punto di vista, pare finalizzata alla tutela di un interesse che trascende (o non è, comunque, esclusivamente) quello della parte stessa, e si colora di connotati innegabilmente pubblicistici⁶⁴¹.

⁶³⁷ Cass. 7 ottobre 2013, n. 22812 in CED Cassazione, secondo cui la misura configura *“evidentemente una vera e propria sanzione processuale dell'abuso del processo perpetrato da una delle due parti, sia pure optando per una sorta di privatizzazione del risultato, rendendo del relativo esborso beneficiaria, quale danneggiato immediato, la controparte”*

⁶³⁸ Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, in Nuova Giur. Civ., 2016, 12, p. 1642 nota di Visconti

⁶³⁹ Secondo il giudice rimettente, il censurato art. 96, terzo comma, cod. proc. civ. aveva introdotto nel processo civile una fattispecie a carattere sanzionatorio, con struttura tipica delle cosiddette *“condanne afflittive”*, avendo come scopo quello di scoraggiare l'abuso del processo, a tutela dell'interesse pubblico al buon andamento della giurisdizione civile e al giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Per tale motivo secondo lo stesso Tribunale, sarebbe stato ragionevole *“che della condanna derivante dalla lesione dell'interesse dello Stato al giusto processo, che danneggia tutti”* si fosse avvantaggiato lo Stato invece che la parte privata. Per tale motivo la disposizione impugnata avrebbe evidenziato un profilo di *“intrinseca irragionevolezza ed arbitrarietà nella modulazione dell'istituto processuale”*, al quale si sarebbe potuto rimediare solo con una pronuncia di *“illegittimità costituzionale nella parte in cui la condanna di che trattasi è disposta a favore della controparte”* (vittoriosa) *“anziché a favore dell'Erario”*.

⁶⁴⁰ Attribuisce alla norma funzione sanzionatoria anche Cass. 17 ottobre 2017, n. 24410, secondo cui *“La condanna de qua ha natura sanzionatoria ed officiosa, persegue indirettamente interessi pubblici, quali il buon funzionamento e l'efficienza della giustizia e, più in particolare, la ragionevole durata del processo con lo scoraggiare le cause pretestuose”*. La pronuncia cita quali precedenti Cass. 30 luglio 2010, n. 17902; Cass. 11 febbraio 2014 n. 3003; Cass. 22 ottobre 2014 n. 22465

⁶⁴¹ La corte, dichiara tuttavia, la conformità della norma alla costituzione, in quanto *“la motivazione, che ha indotto i redattori della novella a porre a favore della controparte l'introdotta previsione di condanna della parte soccombente al pagamento della somma in questione, è, ..., plausibilmente ricollegabile ... all'obiettivo di assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico”*

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, la condanna prevista dall'art. 96 comma 3 c.p.c. si pone come rimedio all'offesa arrecata alla giurisdizione, *“che deve manifestare e garantire la ragionevole durata di un giusto processo, in attuazione di un interesse di rango costituzionale intestato allo Stato”*.

Interessante, sul tema, appare anche una recente pronuncia della Corte di legittimità⁶⁴² che, chiamata a giudicare proprio sull'art. 96 comma 3 c.p.c., ha segnalato che tale norma, ponendosi come presidio dell'abuso dei diritti processuali, introduce nel nostro ordinamento una sanzione con natura sostanzialmente non difforme dal danno punitivo⁶⁴³.

Con riferimento a forme di tutela reale, invece, la giurisprudenza, ad eccezione di casi isolati, ha in genere affermato il proprio dovere di pronunciarsi nel merito, anche nell'ipotesi di condotta abusiva della parte processuale.

I casi in cui i giudici si sono pronunciati per l'inammissibilità della domanda, causata da un abuso degli strumenti processuali, a ben vedere, sono riferibili solo al caso particolare della parcellizzazione delle domande di adempimento riferibili ad un unico credito⁶⁴⁴.

In ipotesi diverse, in cui la condotta abusiva derivava dall'uso deviato, o indiretto, degli strumenti processuali, la giurisprudenza pare in genere essersi limitata ad applicare il disposto dell'art. 96 c.p.c., sanzionando, così, il comportamento sul piano delle spese e del risarcimento danno, ma non rinunciando mai a decidere nel merito⁶⁴⁵.

⁶⁴² Cass. 21 febbraio 2018, n. 4136, in *Quotidiano giuridico* 2018, secondo cui l'art. 96 comma 3 c.p.c. è *“una norma che il legislatore ha introdotto nel 2009 come presidio dell'abuso dei diritti processuali, abuso che per sua natura aggrava il sistema impedendo pertanto quella ragionevole sua celerità che esige l'art. 111 c.p.c., comma 2, essendo il processo uno strumento collettivo che non può essere utilizzato, quindi, con modalità abusive che contrastano l'obbligo di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost., ovvero aggravandolo con cause in cui il diritto processuale viene abusato ma la cui presenza inevitabilmente rallenta gli ulteriori processi compresenti in quel momento nel c.d. servizio giustizia (cfr. p. es. Cass. sez. 3, 29 settembre 2016 n. 19285); e la natura intrinsecamente non difforme dal danno punitivo propria della sanzione che, nell'art. 96 c.p.c., comma 3, il legislatore ha posto appunto come presidio del corretto funzionamento del sistema processuale è stata espressamente riconosciuta anche nel recente intervento nomofilattico attinente in genere al danno punitivo e alla sua compatibilità con l'ordinamento giuridico nazionale di S.U. 5 luglio 2017 n. 16601”*

⁶⁴³ Nell'ambito della giurisprudenza di merito già il Tribunale di Varese, con sentenza del 30 ottobre 2009, n. 1094, in *Giur. mer.*, 2010, 2, p. 431 aveva affermato che tale fattispecie a carattere sanzionatorio fosse riconducibile alla categoria delle cc.dd. condanne punitive e che potesse essere considerata una vera e propria sanzione dell'abuso del processo

⁶⁴⁴ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1435; in *Foro it.*, 2008, I, 1514, con note di PALMIERI-PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*; in *Giur. it.*, 2008, 929, con nota di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Corriere giur.*, 2008, 745, con nota di RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, e 2009, con nota di GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione*.

⁶⁴⁵ Cfr. Cass., sez. un., 3 novembre 1986 n. 6420, *Foro it.*, 1987, I, 57, con nota di BARONE-PROTO PISANI-CIPRIANI-PIZZORUSSO. La sentenza aveva ad oggetto l'abuso che prima della riforma del '90 fu fatto del regolamento preventivo di giurisdizione. Con questa decisione la Cassazione, pur valutando scorretto l'utilizzo del regolamento al fine esclusivo o prevalente di ottenere la sospensione del processo di merito piuttosto che una decisione sulla giurisdizione,

D'altra parte, come efficacemente fatto notare in dottrina, sarebbe difficile considerare una domanda giudiziale abusiva, pur se fondata. Ne deriva che l'accertamento dell'abusività della condotta deve necessariamente passare attraverso la pronuncia del giudice che respinge nel merito la richiesta⁶⁴⁶.

E' da segnalare, infine, che in anni recenti, la giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi nuovamente sul tema dell'abuso, mentre con riferimento alla proposizione dell'eccezione di giurisdizione, ha affermato generalmente che questa non deve ricevere tutela⁶⁴⁷, con riferimento all'abusiva proposizione di distinti ricorsi per equa riparazione⁶⁴⁸, ai sensi della L. n. 89 del 2001, ha precisato che il citato abuso non è sanzionabile con l'inammissibilità dei ricorsi, *"non essendo illegittimo lo strumento adottato ma le modalità della sua utilizzazione"* pur ribadendo la necessità di eliminare, per quanto possibile, gli effetti distorsivi che dalla condotta abusiva derivano.

Con tale ultima pronuncia, la Corte, sembra quindi voler distinguere le ipotesi in cui ad essere oggetto di censura è proprio il diritto ad accedere allo strumento processuale, il cui abuso è sanzionabile con la dichiarazione di inammissibilità della domanda, dalle ipotesi in cui la disapprovazione riguardi il

non giunse alla conclusione di doversi rifiutare di decidere se il giudice di merito fosse o meno dotato del potere di giurisdizione. In dottrina cfr G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, I, 2016 pp. 304 ss che afferma che nelle *"ipotesi in cui pure la giurisprudenza ha evocato il tema dell'abuso del processo, ha riconosciuto l'obbligo per il Giudice di decidere nel merito, salvo poi fare ricorso ad altri tipi di correttivi per sanzionare la condotta illegittima della parte"*

⁶⁴⁶ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit.. L'autore ritiene che *"sia del tutto impensabile che, di fronte ad un ricorso, ad una istanza, ad un' domanda, ecc....., il giudice possa sbarazzarsi di essa senza provvedere sulla sua fondatezza solo argomentando circa l'uso abusivo dello strumento. E ciò non solo perché nessuna domanda può considerarsi abusiva se non è infondata, cosicché il comportamento abusivo non può che passare attraverso una pronuncia del giudice che respinge nel merito la richiesta considerata tale, ma anche perché non sta scritto da nessuna parte, e sarebbe in contrasto con un principio di legalità, che il giudice possa liberarsi di una istanza senza analizzarla nel merito solo perché, a suo parere, abusiva"*

⁶⁴⁷ L'abuso è stato esaminato nelle pronunce della Suprema Corte a Sezioni Unite, del 22 luglio 2014, nn. 16627, 16628 e 16629, pubblicate su *GT Riv. Giur. Trib.*, 2015, 2, 110 ; *Corriere Giur.*, 2014, 12, 1538 nota di SCARSELLI; *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, 1198. In queste ordinanze la Cassazione, richiamando l' art. 35, par. 3 (a) - già art. 35, par. 3, e prima art. 27 - della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, afferma che l'abuso del processo, da intendersi come *"l'uso distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, volto alla realizzazione di un vantaggio diverso e/o contrario allo scopo per cui il diritto o la facoltà processuale sono riconosciuti"* non ammette tutela.

⁶⁴⁸ Cass. 08 ottobre 2014, n. 21284, in *vdjurisdata* ove è richiamata Cass., 3 maggio 2010, n. 10634, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2478, che afferma *"in tema di equa riparazione ai sensi della L. n. 89 del 2001, la condotta di più soggetti, che dopo aver agito unitariamente nel processo presupposto, in tal modo dimostrando la carenza di interesse alla diversificazione delle rispettive posizioni, proponano contemporaneamente distinti ricorsi per equa riparazione, con identico patrocinio legale, dando luogo a cause inevitabilmente destinate alla riunione, in quanto connesse per l'oggetto ed il titolo, si configura come abuso del processo ... Tale abuso non è sanzionabile con l'inammissibilità dei ricorsi, non essendo illegittimo lo strumento adottato ma le modalità della sua utilizzazione, ma impone per quanto possibile l'eliminazione degli effetti distorsivi che ne derivano, e quindi la valutazione dell'onere delle spese come se il procedimento fosse stato unico fin dall'origine"*

comportamento della parte durante il processo. In quest'ultima ipotesi, fermo l'obbligo di tentare di eliminare gli effetti della condotta abusiva, il giudice non potrebbe sottrarsi dal pronunciarsi nel merito⁶⁴⁹.

Circa le modalità con cui tentare di eliminare gli effetti distorsivi della condotta abusiva, inoltre, interessante pare essere la reazione dei giudici in ipotesi in cui la condotta processuale da censurare consista in un'attività menzognera, reticente, dilatoria o superflua.

In questi casi, secondo la giurisprudenza⁶⁵⁰, il giudice, allo scopo di evitare *“un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue”*, può interpretare la legge oltre il suo tenore letterale, decidendo di ridurre i termini o non concedendo dei termini processuali che normalmente sarebbero stati concessi alla parte⁶⁵¹.

Concludendo, quindi, come sintetizzato in dottrina, nelle ipotesi di abuso del processo, il rimedio dell'inammissibilità della domanda non è rimedio generale, ma si propone quale ultima istanza, avendo il giudice il dovere di *“valutare adeguatamente gli interessi in gioco, individuando, tra le diverse soluzioni ipotizzabili, quella più adeguata, tentando di evitare che l'abuso del processo porti tout court ad un rifiuto di analisi nel merito della domanda”*⁶⁵².

⁶⁴⁹ Cfr. Cass. 3 maggio 2010, n. 10634, in Corriere Giur., 2011, 3, 369 nota di FIN, dove si legge che *“Al riscontro abuso dello strumento processuale non può tuttavia conseguire la sanzione dell'inammissibilità dei ricorsi, posto che non è l'accesso in sé allo strumento che è illegittimo ma le modalità con cui è avvenuto, ma comporta l'eliminazione per quanto possibile degli effetti distorsivi dell'abuso e quindi, nella fattispecie, la valutazione dell'onere delle spese come se unico fosse stato il procedimento fin dall'origine”*. Si segnala che tale conclusione non pare essere contraddetta da quanto disposto in sede sovranazionale, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 35, par. 3 (a) - già 35, par. 3, e prima 27, secondo cui la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che *“il ricorso è manifestamente infondato o abusivo”*. Secondo la tradizionale interpretazione della Corte di Strasburgo, infatti, il ricorso è abusivo quando la condotta ovvero l'obiettivo del ricorrente siano manifestamente contrari alla finalità per la quale il diritto di ricorrere è riconosciuto. Anche in questo caso, infatti, censurabile pare essere il diritto ad accedere alla tutela giurisdizionale e non il comportamento tenuto all'interno del processo

⁶⁵⁰ Cass. 8 febbraio 2010 n. 2723 in Riv. Dir. Proc., 2011, 1, 223 nota di FANELLI. secondo cui poiché il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo ex art. 111 cost. impone al giudice di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, in caso di ricorso per cassazione "prima facie" infondato, appare superflua, pur potendo sussistere i presupposti, la fissazione del termine ex art. 331 cod. proc. civ. per l'integrazione del contraddittorio, atteso che la concessione di esso si tradurrebbe, oltre che in un aggravio di spese, in un allungamento dei termini per la definizione del giudizio di cassazione senza comportare alcun beneficio per la garanzia dell'effettività dei diritti processuali delle parti. Per le stesse motivazioni, Cass., Sez. Un., 3 novembre 2008, n. 26373, in Mass. Giur. It., 2008, avendo valutato inammissibile il ricorso in mancanza dell'esposizione sommaria dei fatti, della specificità dei motivi e del rispetto del principio dell'autosufficienza - ha ritenuto superflua la concessione di un termine per la notifica, omessa, del ricorso per cassazione alla parte totalmente vittoriosa in appello

⁶⁵¹ Sul tema anche G. SCARSELLI, *Sull'abuso del processo*, cit

⁶⁵² G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 1-2016, p. 316. Si segnala che G. SCARSELLI, *Sull'abuso del processo*, cit., utilizza tali conclusioni per affermare che *“stante la legislazione attuale, il c.d. abuso del processo non esiste”* e per ribadire che è prospettabile un abuso del diritto da parte del giudice, nell'ipotesi in cui non sia fatto un corretto impiego del potere rimesso in simili circostanze

In chiusura, merita di essere segnalata una forma di sanzione cd. indiretta, applicabile alle ipotesi di abuso del processo.

La giurisprudenza, infatti, ha approfondito il profilo del risarcimento del danno da irragionevole durata del processo ai sensi della c.d. Legge Pinto⁶⁵³, soffermandosi sulla condotta di chi propone una lite temeraria, resistendo in giudizio al solo scopo di provocare una durata irragionevole del processo, o agisce o resiste nella piena consapevolezza dell'infondatezza o inammissibilità delle proprie domande,

La questione si pone in quanto la Suprema Corte⁶⁵⁴ ha sottolineato che, in caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo, il diritto all'equa riparazione spetta a tutte le parti del processo indipendentemente dal fatto che esse siano risultate vittoriose o soccombenti.

In tal modo la giurisprudenza ha riconosciuto che l'esito favorevole del processo non è di regola condizione di azionabilità della pretesa indennitaria ex legge Pinto.

Il diritto all'indennizzo, tuttavia, resta escluso in tutti i casi di abuso del processo, in particolare quando il soccombente abbia promosso una lite temeraria o abbia artatamente resistito in giudizio al solo fine di conseguire, attraverso diversi espedienti processuali, il perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 2 della suindicata legge⁶⁵⁵.

A fronte di una condotta abusiva, in sede processuale, quindi, l'agente viene sanzionato perdendo il diritto all'equo indennizzo.

⁶⁵³ LEGGE 24 marzo 2001, n. 89, "Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile".

⁶⁵⁴ Cass. 7 marzo 2003, n. 3410, in Giust. civ., 2003, 1, 905, ma anche successivamente Cass. 9 aprile 2010, n. 8513, in Mass. Giust. civ., 2010, 525

⁶⁵⁵ In dottrina Cfr. F. PATINI, *La giurisprudenza sull'abuso del processo, sanzioni e destinatari*, in *Il Corriere giuridico*, 7, 2017 pp. 989 ss.. Sul tema Cass. 7 marzo 2003, n. 3410, cit. secondo cui è da negare l'indennizzo "alla parte soccombente che risulti aver promosso una lite temeraria o avere artatamente resistito in giudizio al solo fine di perseguire, con tattiche processuali di varia natura, il perfezionamento della fattispecie sub art. 2 della legge n. 89 del 2001"

CAPITOLO III

L'ABUSO DEL CONCORDATO CON RISERVA

1. L'abuso nelle procedure concorsuali, in particolare in quelle di natura concordataria: le ipotesi individuate in giurisprudenza - 2. Le possibili ragioni per cui la domanda ex art. 161 comma 6 si presta ad abusi - 3. Individuazione del diritto oggetto di possibile abuso nel concordato con riserva - 4. La censurabilità della condotta e l'ingiustificata sproporzione tra le posizioni del debitore e del creditore: problemi applicativi - 5. Gli effetti dell'abuso della domanda ex comma 6 art 161 L. F.: l'inammissibilità della domanda - 6. La riforma della disciplina della crisi d'impresa: spunti di riflessione

1. L'abuso nelle procedure concorsuali, in particolare in quelle di natura concordataria: le ipotesi individuate in giurisprudenza

Nel precedente capitolo si è tentata una ricostruzione sistematica dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano, nel presente paragrafo si tenterà di esaminare l'applicabilità del divieto di cui si discorre alle procedure concorsuali, in particolare a quelle aventi natura concordataria.

Occorre inizialmente segnalare che la vigenza del divieto di abuso del diritto, nell'ambito delle procedure concorsuali, pare essere ormai un dato pacifico in giurisprudenza, che, in più occasioni, allo scopo di tutelare la parte debole del procedimento, ne ha indicato la violazione.

Prima di analizzare tali pronunce, tuttavia, è utile chiarire le problematiche emerse in relazione alla compatibilità di tale divieto con la disciplina delle procedure concorsuali.

A tale scopo, occorre partire da un dato: la questione di cui si discorre, infatti, ha acquisito rilevanza in virtù delle riforme legislative che hanno spostato il baricentro del diritto dei concordati e in generale del diritto della crisi d'impresa, dal controllo del giudice verso l'accordo delle parti.

Ridimensionato, per scelta legislativa, il controllo giurisdizionale, infatti, la tutela della parte debole deve necessariamente essere garantita diversamente.

Come segnalato da qualche autore, in altre parole, *“se oggi il concordato è uno strumento di regolamentazione privata del dissesto...nel diritto dei contratti questa tutela può essere cercata, e recuperata; ed è proprio al diritto dei contratti che appartiene precipuamente l’istituto dell’abuso del diritto, che quindi ha tutte le carte in regola per trovare anche in materia concorsuale piena applicazione”*⁶⁵⁶.

L’esigenza di tutelare la parte debole, tuttavia, a parere di chi scrive, non pare da sola sufficiente a giustificare l’applicabilità del principio del divieto di abuso del diritto in una materia particolare quale quella delle procedure concorsuali.

Prima di affermare la vigenza del divieto di cui si discorre anche nel diritto della crisi d’impresa, infatti, si reputa opportuno approfondire la questione dell’applicabilità delle clausole generali in tale sistema⁶⁵⁷.

Nonostante sia ormai riconosciuto che, nei sistemi giuridici contemporanei, la tecnica normativa fondata su clausole generali sia uno strumento utile per la soluzione di eventuali conflitti⁶⁵⁸, infatti, è stato anche osservato che tali clausole dovrebbero funzionare solo nell’ambito della legislazione civile o comunque nei settori rientranti nel c.d. diritto comune⁶⁵⁹.

Se così stanno le cose, dalla collocazione delle disposizioni sulla crisi dell’impresa dipende l’eventuale possibile individuazione sia di clausole generali “specifiche” sia di clausole generali ordinarie.

Sul tema, si segnala che a favore dell’applicabilità, anche nella disciplina della composizione negoziale della crisi, di clausole generali, milita la circostanza che nel diritto concorsuale, se non di vere e proprie clausole, il legislatore ha fatto utilizzo di concetti c.d. aperti⁶⁶⁰ e norme elastiche, idonee cioè a consentire un’interpretazione “contestualizzata” della norma.

Tale caratteristica, infatti, pare avere già la definizione di stato di insolvenza, così come delineata dal legislatore, nella parte in cui si fa riferimento alla regolarità nell’adempimento delle obbligazioni⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Così N. NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2011, p. 423; *contra* A.M. PERRINO, *I limiti al controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fall.*, 2010, 1290.

⁶⁵⁷ qualora, ovviamente, si voglia considerare il divieto di abuso del diritto quale clausola generale

⁶⁵⁸ G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell’exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 6, 2007, pp. 1369 ss

⁶⁵⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 89 che segnala i possibili rischi derivanti dal voler applicare le clausole generali a materie come il diritto penale o il diritto processuale

⁶⁶⁰ E. BERTACCHINI, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d’impresa*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2011, p. 689

⁶⁶¹ Art. 5 comma 1 e 2 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“L’imprenditore che si trova in stato d’insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d’insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*

La caratteristica summenzionata, inoltre, è presente anche nella previsione di cui all'art 38⁶⁶² L. F., nella parte in cui si impone al curatore il dovere di diligenza nell'espletamento del proprio ufficio.

Anche l'art. 104 L. F.⁶⁶³, in tema di esercizio provvisorio, infine, sembra far riferimento a concetti elastici come il danno grave o il pregiudizio dei creditori, per giustificare la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa.

Senza dilungarsi ulteriormente, pare sufficiente concludere, per quanto d'interesse, che i summenzionati esempi dimostrano che anche nella disciplina della crisi dell'impresa esistono margini per l'applicazione di clausole generali, intese come concetti aperti e norme elastiche⁶⁶⁴.

Raggiunto tale risultato, tuttavia, occorre chiedersi, se, tra le clausole generali applicabili alla normativa dettata per la risoluzione della crisi e dell'insolvenza d'impresa, trovi spazio quella della buona fede.

Sul tema, per esempio, qualche autore ha evidenziato che in materia di concordato fallimentare non avrebbe alcun senso "*invocare le disposizioni degli artt. 1175 o 1375 c.c.*"⁶⁶⁵.

Secondo quest'ultima tesi, infatti, il concordato fallimentare, essendo finalizzato ad attuare la responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c. e incidendo nella fase patologica dell'esecuzione coattiva dei diritti, non avrebbe nulla a che fare con il contratto e con la sua disciplina.

La questione, non cambierebbe, secondo quest'indirizzo, neanche volendo valorizzare l'indubbio carattere negoziale del concordato, posto che lo stesso, comunque, interviene a conformare diritti già fissati e acquisiti, derivanti da rapporti ormai esauriti.

Trattandosi di un processo esecutivo collettivo, la nozione di buona fede, insomma, troverebbe enormi difficoltà ad affermarsi nell'ambito del concordato fallimentare, "*in difetto di esplicite norme di richiamo*"⁶⁶⁶.

Contro tale conclusione milita la maggioranza della giurisprudenza di legittimità, nonché la parte della dottrina che evidenzia come il comportamento processuale del debitore proponente il concordato possa essere oggetto di valutazione in virtù del criterio della buona fede, la cui presenza, anche nelle procedure di risoluzione della crisi d'impresa, è desumibile dall'art. 173 L. F.⁶⁶⁷.

⁶⁶² Art. 38 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: "*il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*". Il dovere di diligenza è imposto anche al commissario giudiziale per il rinvio fatto dall'art. 165 L. F. all'art. 38 del medesimo decreto

⁶⁶³ Art. 104 comma 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: "*Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori*"

⁶⁶⁴ E. BERTACCHINI, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2011, p. 694

⁶⁶⁵ L. A. BOTTAL, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, in *Il Fallimento*, 1, 2012, p. 64

⁶⁶⁶ L. A. BOTTAL, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, in *Il Fallimento*, 1, 2012, p. 64

⁶⁶⁷ E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici "giudici" della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 616

Per questa teoria, quindi, la frode di cui si discorre nell'articolo appena citato, non potendo più coincidere con la meritevolezza⁶⁶⁸, va interpretata come difetto di buona fede⁶⁶⁹.

Gli atti previsti dall'art. 173 L. F. riguarderebbero, quindi, tutte le condotte idonee ad alterare le valutazioni dei creditori portandoli a votare un concordato in realtà non voluto⁶⁷⁰.

Che gli atti di frode che possono portare all'interruzione della procedura concordataria, in quanto contrari a buona fede, siano anche quelli commessi prima della presentazione della domanda⁶⁷¹ e idonei a influenzare la volontà dei creditori, pare un dato acquisito anche dalla giurisprudenza di merito.

Il tribunale di Piacenza⁶⁷², così, ha avuto modo di precisare che il principio della buona fede "*come principio generale operante in tutti i rapporti tra privati, esplica la sua funzione anche nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi di impresa alternativi al fallimento*".

Una successiva pronuncia del tribunale di Siracusa, ha segnalato, ancora più chiaramente, che l'eventuale ricorso allo strumento concordatario non è mai compatibile con la violazione delle regole di correttezza e buona fede, trovando quest'ultima espressione proprio nell'art. 173 L. F.⁶⁷³.

I citati principi sono inoltre affermati anche dalla Suprema Corte che ha sottolineato l'inammissibilità del concordato preventivo quando rappresenta il risultato di un'attività contraria al principio della buona fede⁶⁷⁴.

⁶⁶⁸ M. FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2014, p. 14

⁶⁶⁹ P. LICCARDO, *sub art. 173*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO, SANDLLI e SANTORO, III, Torino, 2010, 2170; A.M. PERRINO, *sub art. 173*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2013, pp. 2035 segg.; D. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur.comm.*, 2009, I, p. 748

⁶⁷⁰ M. GABOARDI, *sub art. 173*, cit., p. 652; G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Torino, 2009, p. 1700; BOSTICCO, *La «resurrezione giurisprudenziale» dell'art. 173 L. F. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, p. 1443.

⁶⁷¹ A. PENTA, *Le condotte distrattive poste in essere prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato*, in *Il Fallimento*, 12, 2014, p. 1266

⁶⁷² Tribunale di Piacenza, 1 settembre 2011, consultabile su www.ilcaso.it; conforme Tribunale Mialno 19 luglio 2011 in *Dir. Fall.*, II, 2012 p. 387

⁶⁷³ Tribunale di Siracusa 20 dicembre 2012, reperibile su *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, II, 2014, p. 156, con nota di M. LAZZARA. Nella sentenza si legge che "*Il ricorso allo strumento concordatario non può essere giammai effettuato violando le regole della correttezza e della buona fede, che si sostanziano in una piena discovey documentale nonché nell'offerta tempestiva al commissario di tutte le informazioni che quest'ultimo assume come necessarie. L'art. 173 legge fallim. funge, infatti, da «contrappeso pubblicistico», assegnando al Tribunale anche un ruolo di garanzia del rispetto delle richiamate regole della correttezza e buona fede*".

⁶⁷⁴ Cass. 23 giugno 2011, n. 13818, in *Dir. Fall.*, 2, 2012, p. 218 con nota di D'AMBROSIO, secondo cui "*Ai fini del giudizio circa l'ammissibilità del concordato, assumono rilevanza i comportamenti depeuperativi del patrimonio posti in essere dal debitore anteriormente alla presentazione della domanda con la finalità di avvalersi dello strumento concordatario in modo abusivo ed in violazione del principio di buona fede, inducendo i creditori, in presenza di una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria*". A tale pronuncia si conforma anche Cass.

Sulla scorta della consapevolezza che i principi dettati in tema di correttezza e buona fede sono applicabili anche in materia di crisi d'impresa, appare ora più semplice affrontare la questione dell'abuso dello strumento concordatario e nello specifico della domanda di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F..

Il tema, è stato affrontato per la prima volta dalla Corte di legittimità⁶⁷⁵, in relazione a un concordato di tipo fallimentare.

In quell'occasione, i giudici hanno affermato che *“non è contestabile la applicabilità anche allo strumento concordatario del concetto di abuso del diritto che ha già trovato nella giurisprudenza importanti applicazioni sia in ambito sostanziale e processuale che trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengano impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente”*.

Qualche anno dopo, le Sezioni Unite⁶⁷⁶, chiamate a pronunciarsi in merito ad una domanda di concordato con riserva, hanno qualificato tale abuso come una forma di abuso del processo, che ricorre tutte le volte in cui si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo.

Valutata l'astratta compatibilità del concetto di divieto di abuso del diritto con le procedure concorsuali di natura concordataria, occorre dar conto delle ricostruzioni tipologiche effettuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Sul punto, per il momento, pare sufficiente evidenziare che, a fronte di innumerevoli pronunce in cui i giudici hanno, nel caso concreto, individuato una forma di abuso dello strumento concordatario, la dottrina, nel tentativo di effettuare una difficile classificazione delle citate ipotesi, ha spesso risposto distinguendo le ipotesi in cui ad usare in modo distorto il procedimento è il debitore, imprenditore in crisi o insolvente, da i casi in cui è il creditore o addirittura un terzo ad abusare del proprio diritto.

Oltre all'aspetto soggettivo, inoltre, qualcuno in dottrina ha distinto, in materia concordataria, le ipotesi in cui è possibile delineare una fattispecie di abuso di natura sostanziale, dalle ipotesi in cui l'abuso incide sul procedimento⁶⁷⁷.

Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935 su Dir. Fall., 1, 2016, p. 188 con nota di TURRONI, che considera la domanda di concordato in bianco inammissibile quando è *“presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento ...in quanto integra... violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo”*

⁶⁷⁵ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3275 in *Giur. comm.*, 2012, II, 276; e in *Fall.*, 2011, 403

⁶⁷⁶ Cass. SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9934, in *Il Fallimento*, 8-9, 2015, p. 898, con nota di De Santis

⁶⁷⁷ La distinzione è di L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2016 p.p. 1584-1585

Nel concordato preventivo, così, l'abuso può riguardare sia l'aspetto negoziale, quindi avere ad oggetto la proposta, sia l'aspetto processuale, con un vizio, quindi, attinente alla domanda⁶⁷⁸.

Quando l'abuso riguarda gli aspetti sostanziali, la proposta di concordato si presenta come inidonea a superare lo stato di crisi⁶⁷⁹, pur essendo da un punto di vista formale completa⁶⁸⁰.

Da un punto di vista processuale, invece, possono considerarsi abusive le condotte volte a prolungare il procedimento concordatario, quando non siano diversamente sanzionate dall'ordinamento⁶⁸¹.

Di tali classificazioni si terrà conto nel proseguo del presente lavoro.

Segue. L'abuso delle procedure concorsuali ex latere creditoris: l'istanza di fallimento strumentale

Nella maggior parte delle ipotesi sottoposte a verifica da parte dell'autorità giudiziaria, in materia concorsuale, la condotta strumentale è posta in essere dal debitore.

Secondo parte della dottrina⁶⁸², vi sarebbero dei casi, tuttavia, in cui è possibile addebitare la condotta abusiva alla parte che vanta un diritto di credito.

⁶⁷⁸ P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2013, p.p. 62 ss.; contra D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 1067, secondo cui l'abuso ha ad oggetto solo la domanda. Lo stesso autore nega che l'abuso possa riguardare il piano, in quanto si tratta di un mero "strumento operativo"

⁶⁷⁹ In realtà l'abuso riguarda la proposta anche in tutte le ipotesi in cui ad essere censurabili sono le modalità di trattamento dei creditori, come previste dalla loro suddivisione in classi. P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fallimento*, 2009, p.p. 575 s.s.; A.M. PERRINO, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fallimento*, 2010, p.p. 1287 s.s.; A. M. AZZARO, *Abuso della facoltà di «classamento» nel concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2012, p.p. 1382 s.s.; A. PENTA, *I rapporti tra il concordato ammesso e l'istruttoria prefallimentare: molto rumore per nulla*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015; N. NISIVOCCIA, *Sull'abuso del diritto in ambito concordatario, e su altre questioni*, in *Fallimento*, 2011, p. 403 ss

⁶⁸⁰ L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, cit., afferma che in questi casi il ricorso alla procedura è finalizzato a scopi "estranei a quelli suoi propri o al conseguimento di vantaggi non consentiti dall'ordinamento".

⁶⁸¹ L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, cit., afferma che dopo l'apertura della procedura concordataria, "i principali abusi che si possono verificare sono di stampo prettamente processuale, potendosi configurare come comportamenti (processuali appunto) ostruzionistici e volti a procrastinare lo svolgimento dell'iter procedimentale fino all'omologazione". In merito al carattere di residualità dell'abuso, D. TURRONI, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall*, 2016, p. 187

⁶⁸² R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, Milano, 2015, p. 16; L. A. BOTTAI, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, in *Il Fallimento*, I, 2012, pp. 59 s.s.; A. M. PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2118; in giurisprudenza, cfr. Cass. Civ., 29 luglio 2011, n. 16738

La prima ipotesi oggetto di valutazione, è, quindi, l'istanza di fallimento azionata strumentalmente dal creditore. Tale fattispecie, si riferisce, in genere, alle ipotesi in cui l'istante presenta la domanda non per consentire l'accertamento dello stato di insolvenza del proprio debitore⁶⁸³, ma semplicemente per costringere quest'ultimo all'adempimento. L'ipotesi classica è quella del credito contestato⁶⁸⁴, in cui cioè il debitore, pur essendo soggettivamente fallibile, potrebbe non adempiere non perché in stato di insolvenza, ma per una scelta volontaria diretta a paralizzare le altrui pretese ritenute non legittime. In tali circostanze, l'apertura di una procedura prefallimentare può costituire un importante deterrente nei confronti del debitore, che potrebbe decidere di adempiere per non essere sottoposto a giudizio.

Al riguardo si segnala che l'art. 6 L. F. prevede che, oltre su iniziativa del debitore stesso o su richiesta del PM, il fallimento possa essere dichiarato su ricorso di uno o più creditori⁶⁸⁵.

Sul tema di chi possa essere considerato, ai sensi della citata norma, creditore ricorrente e quali caratteristiche debba avere il credito, la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che il legislatore non presuppone un definitivo accertamento del credito in sede giudiziale, né l'esecutività del titolo.

Ai fini dell'art. 6 della L. F., quindi, il giudice deve accertare l'esistenza del credito in via incidentale, al solo scopo di verificare la legittimazione dell'istante⁶⁸⁶.

Sulla questione, incide, a parere dei giudici di legittimità, la finalità perseguita dalla procedura di dichiarazione di fallimento, da individuarsi nell'accertamento dello stato di insolvenza e non nella verifica del credito dell'istante⁶⁸⁷.

⁶⁸³ A patto che sia un imprenditore commerciale soggettivamente fallibile

⁶⁸⁴ R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 16

⁶⁸⁵ Art. 6 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: “ *Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero*”

⁶⁸⁶ Cass. civ., S.U., 23.gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, 10, p. 1310; Cass. civ., 25 luglio 2016, n. 15346, su www.ilcaso.it; Cass. Civ, 06 febbraio 2018, n. 2810 in banca dati Pluris; cfr. Corte App. Torino, 10 giugno 2011, su www.ilcaso.it, secondo cui l'art. 6, primo comma, L. F. rimette l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento al “*ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero*”, senza altra specificazione e, quindi, senza alcun obbligo per il creditore istante di agire unicamente sulla base di un titolo giudiziale, quale un decreto ingiuntivo non opposto ovvero un titolo esecutivo posto in esecuzione. Ne deriva che neppure l'eventuale inesistenza del credito è, di per sé sola, ostativa alla declaratoria di fallimento; *contra* Tribunale Cagliari 4 gennaio 2010 su www.ilcaso.it, secondo cui “*il creditore è legittimato a richiedere il fallimento del proprio debitore solo quando è in grado di fornire la prova certa dell'esistenza del credito vantato, certezza che non può ritenersi sussistente qualora il credito sia contestato ed il creditore sia in possesso di un titolo solo provvisoriamente esecutivo*”

⁶⁸⁷ Cass. civ., 25 luglio 2016, n. 15346, cit., afferma che “*Il procedimento per dichiarazione di fallimento non è invero funzionale all'accertamento (o alla verifica) del credito della parte istante, ma all'accertamento dello stato d'insolvenza, sicché, riguardo al credito contestato, suppone - e consente - un'indagine solo incidenter tantum, per non trasformare l'oggetto del procedimento in guisa tale da farne un giudizio di cognizione sullo specifico credito posto a base dell'iniziativa di parte*”

Quest'ultima finalità, infatti, in ambito concorsuale, è riservata al procedimento di accertamento del passivo fallimentare, a cui anche il richiedente la dichiarazione del fallimento deve partecipare.

Ma se la finalità del procedimento c.d. prefallimentare è l'accertamento dello stato di insolvenza e non l'adempimento coattivo del credito⁶⁸⁸, si deve dedurre che costituisce abuso del processo⁶⁸⁹ la proposizione del ricorso ex art. 6 L. F. allo scopo esclusivo di ottenere il pagamento del credito, anche se contestato⁶⁹⁰.

Occorre sottolineare che, tale ultima conclusione, presuppone la qualificazione dell'istanza del creditore ex art. 6 L. F. come esercizio di un'azione ed in particolare di tipo esecutivo⁶⁹¹, non potendo una mera sollecitazione all'apertura della procedura concorsuale⁶⁹², essere oggetto di un uso strumentale del processo.

Ancora, una questione di abuso del ricorso ex art. 6 L. F., presuppone necessariamente che il debitore abbia i requisiti soggettivi e oggettivi del fallimento.

Solo in tale ultima ipotesi, infatti, si potrà discorrere di un abuso della posizione processuale legittima del creditore che presenta ricorso per richiedere il fallimento del proprio debitore, dovendosi escludere che possa vantare una situazione potestativa processuale colui che ricorre contro un soggetto che difetta dei requisiti per essere considerato fallibile.

Detto ciò, dimostrata la possibilità per il creditore di strumentalizzare la procedura prefallimentare, occorre analizzare l'aspetto dei possibili rimedi posti a tutela del debitore.

In questa circostanza, l'unico rimedio disponibile sembra essere la condanna alle spese e al risarcimento danni.

L'art. 22 della L. F., comma 2⁶⁹³, infatti, nel prevedere che il debitore non può chiedere la condanna alla refusione delle spese e al risarcimento danni ex art. 96 c.p.c. in separato giudizio, deve essere interpretato nel senso che il debitore ha

⁶⁸⁸ M. FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in Riv. Dir. Proc., 2010, 4, p.766 secondo cui "Il processo di fallimento non verte sul credito perché una volta pronunciata la sentenza dichiarativa, il creditore se vuole partecipare al concorso deve presentare la domanda di ammissione al passivo e la decisione sul fallimento "non fa stato" sul diritto al concorso azionato dal singolo creditore. Il credito costituisce un requisito di legittimazione per la proposizione del ricorso per fallimento (11) e come tale, se contestato, si può trasformare in una questione pregiudiziale sì, ma priva della possibilità di convertirsi in oggetto della decisione, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., da accertare incidenter tantum"

⁶⁸⁹ Cfr. M FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit. che qualifica la posizione del creditore istante come situazione potestativa processuale

⁶⁹⁰ R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 17

⁶⁹¹ M. FABIANI, in A. Jorio-M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007 p. 110; G. RAGUSA MAGGIORE *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p. 130

⁶⁹² Cfr. Cass. civ. Sez. I, 22/10/1994, n. 8723 in Contratti, 1995, 2, 206 secondo cui la "presentazione di richiesta di fallimento, rimane sul piano della sollecitazione dell'apertura della procedura concorsuale". contra M. FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit., p.766 che evidenzia come il ricorso del creditore è vera e propria domanda giudiziale.

⁶⁹³ Art. 22 comma 2 del regio decreto 16 marzo 1942: " Il debitore non può chiedere in separato giudizio la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile"

la facoltà di chiedere tale condanna non soltanto in sede di reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, ma anche in sede di reclamo al tribunale nella fase prefallimentare⁶⁹⁴.

Segue. L'abuso di concordato da parte del terzo : il concordato in pregiudizio del fallito

Un'ipotesi di abuso, nell'ambito delle procedure concordatarie, è stata rinvenuta dalla giurisprudenza anche nel caso di approvazione di un concordato che prevede il trasferimento di tutti i beni del debitore all'assuntore con un sacrificio sproporzionato per il primo.

Secondo la Cassazione⁶⁹⁵, chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un concordato fallimentare, infatti, si verifica un abuso quando è ravvisabile, in danno del fallito, un'irragionevole e rilevante sproporzione fra il soddisfacimento offerto ai creditori col concordato ed il patrimonio dell'insolvente stesso.

In tali circostanze, infatti, oggetto dell'abuso sarebbe il potere del proponente-assuntore di regolare i propri interessi con lo strumento del concordato.

Al riguardo si segnala che, nonostante il fatto che il concordato fallimentare, negli ultimi anni, sia stato oggetto di minori interventi riformatori rispetto alle incisive modifiche che hanno interessato il concordato preventivo, l'ampliamento dei soggetti legittimati alla proposta di concordato, operato nel 2006⁶⁹⁶, ha di molto aumentato i rischi di un uso distorto della procedura.

La circostanza che un terzo, in una finestra temporale in cui il fallito non ha possibilità di agire, possa entrare "a gamba tesa" nella gestione della crisi dell'impresa di un soggetto diverso, impone un maggiore contemperamento di interessi delle parti.

L'eventualità, che, accanto alle forme tradizionali, sia possibile anche che la proposta di concordato preveda l'assolvimento da parte di un terzo degli obblighi concordatari, contro cessione dei beni⁶⁹⁷ fa, inoltre, aumentare il rischio di possibili abusi dello strumento concordatario.

Per accertare se la condotta posta in essere dall'assuntore sia, in concreto, abusiva, perché posta in essere per finalità diverse da quelle perseguite dal legislatore, occorre, a questo punto verificare la posizione di tale figura.

⁶⁹⁴ Cfr. R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 19

⁶⁹⁵ Cass. Civ., 29 luglio 2011, n. 16738, in *Il Fallimento*, 1, 2012 con nota di BOTTAI

⁶⁹⁶ Ad opera del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 - Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80

⁶⁹⁷ C.d. concordato con assunzione. Ma si segnala che oltre a tale forma, aumenta i rischi di abuso anche la circostanza che sono molteplici le forme di concordato possibili, essendo le stesse insuscettibili di una elencazione tassativa e rimesse in larga parte alla fantasia degli operatori. Sul punto C. BLATTI-G. MINUTOLI, Sub art. 124, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, pp. 1724 ss

L'assuntore è menzionato dall'art. 124, comma 2, lett. c), nella parte in cui si fa riferimento all'accollo e nell'art. 135, comma 5, che richiama espressamente l'assunzione degli obblighi concordatari.

Mancando una definizione legislativa, è possibile qualificare assuntore chi, dietro il corrispettivo della cessione dei beni fallimentari, si obbliga direttamente, sostituendosi al fallito, ad assolvere gli adempimenti che scaturiscono dal concordato proposto.

Con l'introduzione di tale figura, il legislatore mira a far ottenere ai creditori qualcosa di più e di meglio, non distruggendo i valori economico-imprenditoriali che la dichiarazione di fallimento sembrava aver compromesso⁶⁹⁸. Tali finalità, sono perseguite tramite la creazione di un nuovo mercato di investitori i quali dovrebbero apportare risorse fresche da destinare ai creditori in cambio di *asset* male o sottoutilizzati dal fallito⁶⁹⁹.

E' logico che, per sviluppare un tale mercato, è necessario che il terzo assuntore abbia una convenienza ad investire.

Il problema, quindi, è quello di ricercare il limite da imporre al diritto del terzo assuntore ad investire per motivi speculativi.

Tale limite, occorre subito segnalarlo, non può riguardare la mera convenienza dell'operazione.

Secondo quanto previsto dagli artt. 127 e 128 L. F., infatti, tale giudizio, è rimesso esclusivamente ai creditori, essendo soppressa la preventiva valutazione in precedenza affidata dall'art. 125 al giudice delegato, al quale spetta, ora, soltanto un controllo sulla ritualità della proposta.⁷⁰⁰

Ancora, l'eventuale verifica dell'abuso dell'assuntore non può avere ad oggetto semplicemente la stima dei beni del fallito.

In altre parole, non si ha abuso quando l'assuntore acquisisce i beni con pregiudizio del fallito in forza di un'inadeguata valutazione dell'attivo.

Anche quando il valore stimato, infatti, è più basso del valore reale dei beni, tale pregiudizio per il fallito non può imputarsi all'assuntore, posto che il valore dei cespiti, nel concordato fallimentare, non dipende dalla volontà del proponente⁷⁰¹.

Possibili abusi dello strumento concordatario, quindi, possono riscontrarsi solo nelle ipotesi in cui vi sia una sproporzione, a sfavore del fallito, tra i valori reali del passivo che l'assuntore si "accolla" e l'attivo che quest'ultimo ottiene come corrispettivo.

Se un limite esiste, al diritto dell'assuntore a speculare nel mercato del concordato fallimentare, quindi, questo deve essere ricercato nel pregiudizio non necessario della posizione del fallito.

⁶⁹⁸ M. FABIANI, *La proposta di concordato fallimentare*, in A. Jorio-M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2010, pp. 698-704, secondo cui, secondo un'interpretazione sistematica del concordato fallimentare, l'istituto, strumento votato ad attenuare le conseguenze del dissesto per il debitore, si è trasformato in un'occasione per rimettere in circolazione le risorse economiche legale all'impresa in crisi

⁶⁹⁹ R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 21

⁷⁰⁰ Così Cass. Civ., 29 luglio 2011, n. 16738 cit.

⁷⁰¹ L. STANGHELINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007 pp. 198 ss..Sul tema vedi anche R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 20, in cui si precisa che ciò non avviene nel concordato preventivo, in cui la valutazione dei beni rappresenta il nodo del piano

Quest'ultimo, infatti, gode di un diritto, altrettanto da tutelare, al rispetto dei propri beni⁷⁰².

Tale diritto è tutelato dall'art. 42 comma 3 cost⁷⁰³, che vieta espropriazioni della proprietà privata, non finalizzate ad un interesse pubblico.

Quindi, se può essere giustificata l'ingerenza nell'amministrazione dei beni del fallito, in quanto corrisponde all'interesse pubblico al miglior soddisfacimento dei creditori del fallimento, non può garantirsi la tutela del terzo assuntore che mira ad acquisire dei beni di valore superiore rispetto al passivo, posto che trattasi di un interesse individuale, di natura speculativa.

Pur volendo ricercare nell'istituto del concordato per assunzione una finalità d'interesse generale, inoltre, si reputa sufficiente segnalare che la CEDU⁷⁰⁴ ha da sempre affermato la necessità di garantire un *“giusto equilibrio tra gli imperativi dell'interesse generale e quelli della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, imponendo l'art. 1 del Protocollo n 1 alla Convenzione EDU, l'esistenza di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”*.

Delineato il possibile conflitto di posizioni tra terzo assuntore e debitore fallito, occorre evidenziare che la verifica delle finalità perseguite dall'assuntore spetta necessariamente al tribunale che deve esercitare tale compito in fase di omologa del concordato.

La circostanza che il procedimento di omologazione abbia ad oggetto la sola regolarità formale della procedura e non la convenienza della proposta, infatti, non impedisce al tribunale, dopo aver verificato l'eventuale abuso, da ritenersi sussistente *“quando le modalità di utilizzazione del concordato rivelino l'intento di piegare tale strumento a finalità diverse da quelle per cui è predisposto”*⁷⁰⁵ di negare l'omologazione.

Segue. L'abuso ex latere debitoris: la reiterazione della domanda a scopi dilatori

La giurisprudenza è stata più volte chiamata a pronunciarsi in merito a condotte, ritenute abusive, dell'imprenditore in crisi o insolvente.

⁷⁰² Cass. civ. 22 marzo 2010, n. 6904, in Corriere Giur., 2011, 2, 226 nota di DI MAJO che richiama, ai fini che in questa sede interessano Corte eur. Dir. Uomo, 12/06/2007, Seconda Sezione, Gallucci contro Italia, ricorso n. 10756/02

⁷⁰³ La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. Si segnala che Cass. civ. 22 marzo 2010, n. 6904, precisa che *“Non è possibile sostenere, - come pure è stato fatto in dottrina - che con il fallimento vengano meno le ragioni legate al divieto di espropriazione senza indennizzo di cui all'art. 42 Cost. - che resterebbe valido per il solo concordato preventivo - e che il venir meno di tale tutela di un diritto fondamentale abbia consentito al legislatore di attribuire il potere di presentare la proposta di concordato anche a soggetti diversi dal fallito”*

⁷⁰⁴ Sentenza Chassagnou e altri c. Francia GC, n. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, par. 75, CEDU 1999-3[^], e Immobiliare Saffi c. Italia, par. 49; Corte eur. Dir. Uomo, 12/06/2007

⁷⁰⁵ Cass. Civ. , 29 luglio 2011, n. 16738 cit.

In particolare, la Suprema Corte, ha individuato due diverse tipologie di abuso dello strumento concordatario.

Il primo caso è quello della domanda di concordato caratterizzata da finalità meramente dilatorie.

Tale espressione si riferisce a tutte quelle ipotesi in cui il debitore, che può essere sottoposto a procedure concorsuali, presenta un ricorso per concordato, anche con riserva, con l'intento di evitare o comunque procrastinare un'eventuale dichiarazione di fallimento, oppure dilatare la durata del procedimento.

La seconda ipotesi, invece, riguarda tutti i casi in cui la domanda di concordato è presentata in violazione del principio di buona fede, cioè è proposta con lo scopo di compiere o celare operazioni dirette a diminuire la garanzia patrimoniale, allo scopo di indurre i creditori ad accettare un determinato progetto di concordato.

Con riferimento alla prima tipologia, nonostante, in concreto, varie siano le possibilità attraverso cui il debitore, imprenditore in crisi, possa ottenere un differimento della dichiarazione di fallimento, occorre segnalare che la Cassazione ha già da tempo affermato che al tribunale deve essere riconosciuto il compito di verificare in concreto, in relazione alle peculiarità del caso concreto, l'intento perseguito da colui che propone la soluzione concordata. Quando la presentazione del ricorso, infatti, è frutto solo di un proposito dilatorio, la stessa è manifestazione di un abuso della posizione del debitore, per cui non può produrre effetti⁷⁰⁶.

In concreto, la finalità dilatoria può essere conseguita tramite la presentazione di una domanda di concordato ex art. 161 L. F., in due modi.

L'imprenditore, infatti, può presentare il ricorso per concordato, anche ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L. F., dopo che un'istanza di fallimento sia già stata presentata, con lo scopo, quindi, di evitare la citata pronuncia.

Viceversa, nelle ipotesi in cui alcuna richiesta di fallimento sia stata già presentata, problemi possono sorgere quando l'imprenditore reiteri la domanda di concordato, nell'ipotesi in cui voglia superare una precedente richiesta di accesso alla procedura concordataria già iniziata.

Con riferimento alla prima ipotesi, il tema, come è facile intuire, riguarda soprattutto il rapporto tra il procedimento di fallimento e la domanda di accesso alla procedura concordataria di soluzione della crisi, anche nella forma di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F..

Si tratta, a ben vedere, di una questione a lungo dibattuta, sia in dottrina che in giurisprudenza.

Sino al 2005, l'art. 160 comma 1 L. F., prevedeva espressamente che il debitore potesse presentare la domanda di concordato *“fino a che il suo fallimento non è dichiarato”* e da ciò si faceva conseguire l'esistenza di un nesso di pregiudizialità fra l'esame della domanda di concordato e quello del ricorso di fallimento.

⁷⁰⁶ Cass. civ., 24 ottobre 2012, n. 18190 in Foro It., 2013, 5, 1, p. 1534, secondo cui *“Il giudice, in presenza di una domanda di concordato preventivo innestata nella fase prefallimentare, deve escludere la prima laddove esprima un proposito meramente dilatorio e manifesti un abuso del diritto del debitore”*

Tale pregiudizialità, nei fatti, comportava che non si potesse decidere in merito alla dichiarazione di fallimento prima che l'autorità giudiziaria si fosse pronunciata sulla domanda di concordato⁷⁰⁷.

In questo contesto, la condotta del debitore che proponeva un ricorso per concordato prima o durante la procedura prefallimentare non era valutabile, in quanto autorizzata dal comma 1 dell'art. 160 L. F.⁷⁰⁸.

Quando, con la riforma del 2005⁷⁰⁹, l'inciso "*fino a che il suo fallimento non è dichiarato*" è stato soppresso, la dottrina e la giurisprudenza hanno nuovamente approfondito il rapporto tra le due procedure.

Al riguardo si segnala che la Cassazione⁷¹⁰ ha inizialmente affermato la sola necessità di coordinamento dei due procedimenti, dovendosi escludere tra la il concordato preventivo e il fallimento un rapporto di pregiudizialità, perché le situazioni esaminate non sono sovrapponibili ed essendo la decisione sull'ammissibilità del concordato non suscettibile di acquisire il carattere dell'irrevocabilità.

Per questo motivo, quando il debitore, sottoposto a procedimento di dichiarazione di fallimento, presentava domanda di ammissione al concordato preventivo, non ricorreva alcuna causa di sospensione del primo giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.⁷¹¹.

Successivamente, richiamata a pronunciarsi, la Suprema Corte, ha precisato che "*la proposizione di una domanda di concordato preventivo nel contesto dell'istruttoria prefallimentare non sostanzia un fatto impeditivo alla pronuncia di fallimento, ma rappresenta una mera esplicazione del diritto di difesa del debitore che non gli consente di disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare*"⁷¹².

Di diverso avviso, tuttavia, pare essere una successiva pronuncia, sempre della Cassazione, che, chiamata a valutare il caso di ammissione del debitore alla

⁷⁰⁷ Cfr. F. DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2015, p. 909, che afferma "(...)la previsione recata dal vecchio testo dell'art. 160, comma 1, L. F. meritava di essere "smitizzata" da ben prima delle riforme del 2006-2007, atteso che l'inciso era ridondante e sostanzialmente neutro rispetto all'ordine di trattazione delle procedure, dal momento che continua ad essere tuttora evidente che l'imprenditore può presentare domanda di concordato preventivo soltanto fino a che il suo fallimento non è dichiarato e che, per l'assenza di un effetto prenotativo, la presentazione di un'istanza di fallimento non preclude all'imprenditore la possibilità di presentare domanda di concordato"

⁷⁰⁸ Cfr. R. TISCINI, *Esigenze di coordinamento tra concordato preventivo e fallimento*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 559, secondo cui "imporre la prevenzione significa vincolare il giudice ad esaminare e portare a compimento la procedura per l'accesso al concordato prima di esaminare l'istanza di fallimento, non potendo provvedersi su quest'ultima non solo prima di aver chiuso la prima, ma anche prima di averne svolto compiutamente l'istruttoria (un vincolo quindi dell'esame sul secondo all'esame del primo)".

⁷⁰⁹ L'art. 160 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è stato modificato dall'art. 2, comma 1, lett. d), D.L. 14 marzo 2005, n. 35

⁷¹⁰ Cass. Civ. 8 febbraio 2011, n. 3059, in *Fallimento*, 2011, con nota di F. DE SANTIS

⁷¹¹ Cfr. F. DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2015, p.911, secondo cui "in un sistema processuale improntato al principio costituzionale della ragionevole durata del processo (quale il nostro aspirerebbe ad essere), deve escludersi ogni possibilità di disporre la sospensione del giudizio per ragioni di mera opportunità"

⁷¹² Cass. Civ. , 24 ottobre 2012, n. 18190

procedura di concordato con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, L. F. e di contestuale presentazione di un'istanza di fallimento, ha precisato che l'unica soluzione alternativa alla sospensione impropria sarebbe quella di dichiarare improcedibile la domanda di fallimento, come conseguenza degli effetti "protettivi" generati, ai sensi dell'art. 168 L. F., dal deposito del ricorso per concordato preventivo⁷¹³.

Secondo tale pronuncia, il debitore ammesso con riserva alla procedura di concordato, vanta, in altre parole, un diritto a che nei suoi confronti non si inizino o proseguano azioni esecutive, ivi compresa quella concorsuale, sino alla definizione della procedura⁷¹⁴.

Nello stesso periodo, il legislatore introduceva il comma 10 dell'art. 161 L. F.⁷¹⁵, che prevede che "*quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma e` di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni*".

Qualche autore ha fatto notare che, la disposizione di cui sopra, non solo vieta al giudice prefallimentare di dichiarare il fallimento prima del decorso del sessantesimo giorno, ma, garantendo all'imprenditore un lasso di tempo per presentare un piano e una proposta di concordato, funge da norma attributiva di un diritto dello stesso a ricercare vie alternative al fallimento per la soluzione della propria crisi⁷¹⁶.

Secondo tale tesi, quindi, non sarebbe possibile dichiarare il fallimento a procedura di concordato pendente dinanzi al Tribunale, anche se non sarebbe chiaro se il comma 10 dell'art. 161 L. F. abbia introdotto, a livello di procedimento, un'ipotesi di sospensione oppure se costituisca semplicemente un'applicazione dell'*automatic stay* di cui all'art. 168 L. F..

In tale diversità di vedute, sono così intervenute, per la prima volta, le Sezioni Unite della Suprema Corte, che, ritenendo superato il principio di prevenzione (cioè di prevalenza del concordato preventivo) hanno qualificato il rapporto tra il procedimento di concordato preventivo e fallimento come un fenomeno di consequenzialità.

⁷¹³ Cass. Civ., ordinanza 11 giugno 2013, n. 14684, in Giur. It, 2013, 12, p. 2522 con nota di BOGGIO

⁷¹⁴ Cfr, quanto affermato in ordinanza secondo cui la società era stata "*ammessa al concordato preventivo con riserva, L. F., ex art. 161, comma 6, e che pertanto operava nei suoi confronti il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive, ivi compresa quella concorsuale, sino alla definizione della procedura minore*"

⁷¹⁵ Con l'art. 33, comma 1, lett. b), n. 4), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134;

⁷¹⁶ L. BOGGIO, nota a sentenza Cass. Civ. ,11 giugno 2013, n. 14684, su Giur. It. , Dicembre, 2013, p. 2523, che precisa, con riferimento al comma 10 dell'art. 161 L. F. che "*si tratta di una disposizione che, in sostanza, non solo preclude al giudice prefallimentare di dichiarare il fallimento prima del decorso del sessantesimo giorno, ma, in concreto, presuppone il diritto dell'imprenditore ad assicurarsi un lasso temporale adeguato per la presentazione di una proposta per superare la crisi attraverso un concordato preventivo. Cio` posto, deve ravvisarsi una preclusione alla dichiarazione di fallimento finche` non sia stato definito il procedimento concordatario con la non ammissione o la revoca del decreto di concessione del termine. Sarebbe, infatti, illogico, prima, procrastinare la dichiarazione di fallimento e, poi, permetterla al mero scadere del termine concesso ai sensi dell'art. 161, comma 6, L. F., senza che il giudice non abbia ancora preso una decisione sull'ammissibilita` del concordato proposto*"

Si tratterebbe, tuttavia, di un rapporto solo eventuale, in quanto, secondo i giudici, sarebbe possibile pronunciarsi sul fallimento solo all'esito negativo della pronuncia di concordato⁷¹⁷.

Le Sezioni Unite, inoltre, in questa pronuncia, precisano che *“la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento non rappresenta un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore, che non potrebbe comunque disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare, venendo così a paralizzare le iniziative recuperatorie del curatore e ad incidere negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo”*.

Le citate conclusioni, nella parte in cui affermano il superamento del principio di prevenzione e la sussistenza di una mera esigenza di coordinamento tra la procedura di concordato preventivo e quella prefallimentare, non sono state condivise da una successiva ordinanza interlocutoria, sempre della Cassazione⁷¹⁸.

In quest'arresto giurisprudenziale, infatti, i giudici hanno affermato che il principio di prevalenza del concordato sul fallimento 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”*.

⁷¹⁷ Cass. Civ, Sez.Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, secondo cui *“l'avvenuta espunzione dal testo dell'art. 160 legge fall., come riformulato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, applicabile ratione temporis, dell'inciso, presente nel vigore del R.D. 16 marzo 1942 n. 267, che prevedeva la possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo "fino a che il suo fallimento non è dichiarato", ha determinato il superamento del principio di prevenzione che correlava le due procedure, posponendo la pronuncia di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa, senza peraltro che lo stesso, alla stregua dei principi generali vigenti in materia, possa oggi desumersi in via interpretativa. Ne deriva che, non ricorrendo un'ipotesi di pregiudizialità necessaria, il rapporto tra concordato preventivo e fallimento si atteggia come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento, all'esito negativo della pronuncia di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento) che determina una mera esigenza di coordinamento fra i due procedimenti. Dalla eliminazione, nel disposto dell'art. 160 l. fall, riformato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, della possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo fino a che il suo fallimento non fosse dichiarato, si evince che non può ritenersi sussistente un'ipotesi di pregiudizialità necessaria tra la decisione sulla ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo e l'istruttoria prefallimentare.”* In dottrina, a commento di tale pronuncia, L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni unite alla causa in concreto*, in *Il Corriere giuridico.*, 2013, pp. 383 ss.; F. DE SANTIS, *Le sezioni unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Società*, 2013, pp. 442 ss.; A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 1 ss.; F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle SS.UU. in tema di fattibilità della proposta di concordato stabilito dalla Cassazione a sezioni unite*, in www.ilfallimentarista.it; I. PAGNI, *Del controllo del tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, pp. 641 ss.; G. TRAVAGLINO, *La fattibilità del concordato preventivo*, in *Corr. mer.*, 2013, pp. 403 ss.

⁷¹⁸ Cass. Civ. ordinanza n. 9476 del 30 aprile 2014

A sostegno della funzione preventiva del concordato, secondo la Corte, militerebbero, quindi, espresse disposizione della legge fallimentare⁷¹⁹.

Così l'art. 162 L. F. comma 2⁷²⁰ consentirebbe la dichiarazione di fallimento, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, soltanto a seguito della declaratoria d'inammissibilità della proposta di concordato.

L'art. 180 L. F.⁷²¹, inoltre, consentirebbe la dichiarazione del fallimento soltanto se il tribunale respinge il concordato, dunque non prima di ciò e non al di fuori della relativa procedura⁷²².

Ma in relazione all'argomento, sostengono i giudici, rilevante è altresì l'attenzione posta dal legislatore agli effetti protettivi della domanda di concordato.

L'anticipazione prevista dall'art. 169 L. F. della decorrenza dei termini di cui agli artt. 64 e 65, art. 67, commi 1 e 2 e art. 69 della stessa legge alla pubblicazione di tale domanda, in ogni caso in cui ad essa segua la dichiarazione di fallimento e l'estensione degli effetti della presentazione della domanda a quelli previsti dall'art. 45, impediscono, infatti, che il ritardo nella dichiarazione del fallimento incida negativamente sulla *par condicio creditorum* e conferma, al tempo stesso, l'intenzione del legislatore di mantenere il principio di prevenzione⁷²³.

Sostenuta, da un punto di vista teorico, la funzione preventiva del concordato, la tesi che si espone conclude che, prima di dichiarare il fallimento, deve sempre essere esaminata l'eventuale domanda di concordato.

Sussistendo, quindi, nuovamente un contrasto in merito al rapporto tra fallimento e concordato, le Sezioni Unite⁷²⁴ sono intervenute una seconda volta sul tema, qualificando questa volta la rispettiva relazione come di continenza⁷²⁵.

⁷¹⁹ In primis il comma 10 dell'art. 161 L. F., il cui contenuto è già stato analizzato nelle pagine precedenti di questo lavoro

⁷²⁰ Art. 161 comma 2 del regio decreto 16 marzo 1942: “*Il Tribunale, se all'esito del procedimento 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. In tali casi il Tribunale, 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*”

⁷²¹ Art. 180 del regio decreto 16 marzo 1942 dispone all'ultimo capoverso che “*Il tribunale, se respinge il concordato, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui gli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto*”

⁷²² Identica previsione è presente nell'art. 173 della L. F. che, in tema di revoca dell'ammissione al concordato dispone che “*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*”

⁷²³ Cfr. Cass. Civ. ordinanza n. 9476 del 30 aprile 2014, cit.

⁷²⁴ Cass. Civ. Sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935 e 9936 su *Il Fallimento*, 8/9, 2015, pp. 898 s.s., con nota di DE SANTIS

⁷²⁵ Le Sezioni unite, individuano un rapporto di continenza in virtù della circostanza che i procedimenti di fallimento e concordato preventivo hanno “*la parziale coincidenza dei soggetti, quando l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è assunta dal creditore, che in quanto tale rientra anche tra i soggetti che sono parti sostanziali della procedura di concordato; 2) la coincidenza della causa petendi, rappresentata dallo stato di insolvenza; 3) la parziale coincidenza del petitum, rappresentato in entrambi i casi dalla regolazione della crisi*”.

In particolare, la pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, L. F., impedirebbe temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 L. F., ma non renderebbe improcedibile il procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., né ne consentirebbe la sospensione, ben potendo lo stesso essere istruito e concludersi con un decreto di rigetto.

Tale situazione, tuttavia, trova un limite proprio nell'abuso che il debitore può fare dello strumento concordatario.

Quando, infatti, il debitore presenta domanda di accesso allo strumento concordatario ma non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, tale domanda sarebbe inammissibile, con il risultato che il tribunale può dichiarare il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del pubblico ministero.

Secondo la Corte, inoltre, la lettura del comma 1 dell'art. 168 L. F., contrariamente a quanto affermato, non può giustificare una ricostruzione del rapporto tra fallimento e concordato in termini di pregiudizialità.

Tra le azioni esecutive sul patrimonio del debitore, vietate da tale norma, infatti, non può essere ricompresa anche l'istanza di fallimento⁷²⁶.

Che il tribunale possa solo pronunciarsi per il rigetto del ricorso per la dichiarazione di fallimento⁷²⁷, dopo la presentazione di una domanda di concordato preventivo con riserva, poi, sarebbe evidente, secondo la Cassazione, da quanto previsto dall'art. 161, comma 10 L. F.⁷²⁸, che, rinviando al disposto dell'art. 22 comma 1 L. F.⁷²⁹, sostanzialmente prevede che *“la presentazione*

⁷²⁶ Cass. Civ. Sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, cit, esclude che l'art. 168 comma 1 L. F. possa giustificare un rapporto di pregiudizialità in quanto afferma che *“(…) sembra doversi dare risposta negativa all'interrogativo se il divieto per i creditori, ivi disposto, di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore sia comprensivo o meno anche dell'istanza di fallimento, considerato l'effetto di pignoramento generale prodotto dalla sentenza che l'accoglie. La disposizione, infatti, è diretta a non alterare la par condicio creditorum in pendenza della procedura di concordato e, quindi, ad essa non si può ricondurre l'impedimento all'apertura della procedura di fallimento, che è diretta a realizzare proprio la par condicio. Inoltre, la disposizione fa riferimento all'iniziativa del creditore e ciò comporta, da un lato, la mancata previsione di analogo divieto per l'iniziativa del pubblico ministero e, dall'altro, la difficoltà di attribuire all'iniziativa del creditore e ciò comporta, da un lato, la mancata previsione di analogo divieto per l'iniziativa del pubblico ministero e, dall'altro, la difficoltà di attribuire all'iniziativa del creditore il carattere anche esecutivo proprio della sentenza di fallimento”*

⁷²⁷ Cass. Civ. Sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, cit. sottolinea che *“la presentazione della domanda di concordato in pendenza di procedimento per la dichiarazione di fallimento non sospende e neppure rende improcedibile la procedura prefallimentare, che può proseguire nella sua istruttoria e può concludersi con una pronunzia di rigetto”*

⁷²⁸ Art 161 comma 10 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“Fermo restando quanto disposto dall'articolo 22, primo comma, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo e' di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni*

⁷²⁹ Art. 22 comma 1 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“Il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti”*

della domanda di concordato con riserva non esclude la possibilità di respingere il ricorso eventualmente pendente per la dichiarazione di fallimento”⁷³⁰.

Ancora, che sia impossibile una dichiarazione di fallimento in pendenza di un procedimento per concordato preventivo, sarebbe evidente, secondo i giudici di legittimità, da quanto disposto dall’art. 69 *bis* L. F., che sostanzialmente esprime l’intenzione del legislatore di garantire e tutelare i creditori da possibili pregiudizi che gli stessi possano subire a causa del ritardo nella dichiarazione di fallimento⁷³¹.

Tali conclusioni, inoltre, sarebbero conformi a quanto richiesto, in sede comunitaria, dalla Commissione Europea con la raccomandazione del 12 marzo 2014, nella parte in cui invita gli Stati membri a prevedere la sospensione delle domande dei creditori di aprire la procedura d’insolvenza del debitore, quando le stesse siano presentate dopo la proposta di concordato⁷³².

Si sottolinea, infine, che quanto analizzato in tema di concordato con riserva, è applicabile anche al concordato preventivo c.d. ordinario, posto che, secondo la Corte “...*se il legislatore ha escluso la possibilità di dichiarare il fallimento dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, a maggior ragione tale possibilità deve escludersi, ricorrendo l’eadem ratio del favor per la soluzione negoziata della crisi, quando la proposta sia stata formulata sin dall’inizio, come accade nel concordato ordinario, ovvero a scioglimento della riserva*”.

Sussistendo tali regole, si deve negare la correttezza della tesi che, richiedendo una semplice necessità di coordinamento tra le due procedure concorsuali, affida al giudice il compito di bilanciare, in modo discrezionale, gli

⁷³⁰ Le Sez. Un. tuttavia escludono che, al contrario, si possa dichiarare il fallimento, ostando al riguardo quanto disposto dallo stesso art. 161 comma 10 L. F., nella parte in cui prevede che quando sia pendente un procedimento di dichiarazione di fallimento il termine per la presentazione della proposta di concordato sia quello minimo di sessanta giorni. Un’interpretazione contraria, secondo la Corte, “*priverebbe di senso l’assegnazione non discrezionale del termine di sessanta giorni per la presentazione della proposta di concordato, allo scopo di prevenire la dichiarazione di fallimento*”

⁷³¹ Secondo la Corte, infatti, “*la possibilità di dichiarare il fallimento solo dopo l’esaurimento con esito negativo della procedura di concordato trova, poi, ulteriore conferma nella disposizione dettata dalla L. F., art. 69 bis, comma 2, alla cui stregua il c.d. periodo sospetto, ai fini degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, si computa a far tempo dalla “data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese” “nel caso in cui alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento”. Infatti, tale disposizione, non a caso aggiunta anch’essa dal D.L. n. 83 del 2012, esprime, come esattamente sottolineato dall’ordinanza n. 9476/2014, la preoccupazione del legislatore di evitare che i creditori possano subire un danno per il ritardo nella dichiarazione del fallimento, derivante dalla necessità del previo esame della domanda di concordato*”

⁷³² Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 “su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza”. La raccomandazione al n. 12 prevede che “*Se previsti dal diritto nazionale, dovrebbero essere sospesi per la durata della sospensione anche l’obbligo del debitore di presentare istanza di fallimento e le domande dei creditori di aprire la procedura di insolvenza contro il debitore, presentate dopo la concessione della sospensione*”. Si segnala che la raccomandazione ha ad oggetto esclusiva ente le istanze presentate dopo l’inizio della procedura concordataria, nulla si dice su quelle precedenti.

interessi coinvolti e scegliere di conseguenza quale procedimento in concreto far prevalere tra il concordato e il fallimento⁷³³.

Determinato in termini di prevenzione⁷³⁴ il rapporto tra le due procedure concorsuali di cui si discorre, lo stesso non può che qualificarsi, da un punto di vista processuale, di continenza⁷³⁵.

Detto rapporto, quindi, comporta che nell'ipotesi in cui i procedimenti pendano innanzi allo stesso giudice, gli stessi vadano riuniti⁷³⁶, mentre quando si trovino ad essere trattati da giudici diversi si debba applicare l'art. 39 c.p.c., che dispone che il processo iniziato per secondo sia riassunto presso il giudice adito per primo, se competente⁷³⁷.

Tale rapporto di continenza e il correlato dovere di riunione dei procedimenti, infine, rappresenta un utile strumento per contrastare i tentativi di abuso della procedura concordataria che il debitore può tentare.

Nell'ipotesi in cui, infatti, si presenti un ricorso di concordato per impedire una pronuncia di insolvenza, la riunione dei procedimenti comporta sia l'utilizzabilità, in entrambe le procedure, del materiale probatorio raccolto sia il pieno contraddittorio delle parti, nell'ambito dell'accertamento dei presupposti di entrambe le procedure concorsuali.

Se ne ricava che, al termine dell'istruttoria, il tribunale chiamato a pronunciarsi sulla proposta di concordato, quando ritiene sussistente una delle ipotesi che, ai sensi degli artt. 162, 173, 179 e 180, ne legittimano la pronuncia negativa, può, contestualmente dichiarare il fallimento del debitore.

Il tribunale, quindi, qualora accerti che la domanda di concordato sia stata presentata per scopi dilatori, cioè non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma per differire la dichiarazione di fallimento,

⁷³³ Cass. Sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, cit. afferma che *“Con tale quadro non è compatibile l'idea che il coordinamento tra i due procedimenti, pacificamente indispensabile per l'identità della crisi da regolare, sia affidato alla discrezionalità del tribunale, al quale, se sono sottratte le valutazioni di convenienza e di fattibilità nel merito, non può che essere sottratta anche la possibilità di provvedere ad un bilanciamento degli interessi coinvolti dalla scelta tra concordato preventivo e fallimento”*. Sul punto, F. DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2015, p. 914, afferma che in questo caso il bilanciamento è stato effettuato direttamente dal legislatore.

⁷³⁴ del concordato

⁷³⁵ Si tratta della c.d. continenza “per specularità”, le sez unite nella pronuncia del 15 maggio 2015, n. 9935, cita sull'argomento i precedenti di Cass. 14 luglio 2011, n. 15532; Cass., SS.UU., 10 ottobre 2007, n. 20599; Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10011; Cass. 30 marzo 2000, n. 3924; Cass. 10 marzo 1999, n. 2077.

⁷³⁶ Secondo F. DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, cit., p. 918, nel caso specifico del processo di fallimento e di quello di concordato, la riunione *“è un esito agevole, considerata l'applicabilità di un identico criterio di competenza funzionale, individuata (rispettivamente dagli artt. 9, comma 1, e 161, comma 1, L. F.) nel Tribunale del luogo in cui l'impresa debitrice ha la propria sede principale”*

⁷³⁷ Art. 39 c.p.c. comma 2: *“Nel caso di continenza di cause, se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con ordinanza la continenza e fissa un termine perentorio entro il quale le parti debbono riassumere la causa davanti al primo giudice. Se questi non è competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della continenza e la fissazione del termine sono da lui pronunciate”*

può procedere a dichiarare l'inammissibilità della domanda e dichiarare contestualmente il fallimento del debitore, con alcun pregiudizio per il creditore istante⁷³⁸.

La reiterazione di domande di concordato in mancanza di istanze di fallimento

Come avuto modo di precisare in precedenza, dalla pubblicazione del ricorso contenente la domanda di concordato, anche con riserva, ha effetto l'*automatic stay*, cioè l'ombrello protettivo previsto dal legislatore a favore del debitore e consistente nel divieto per i creditori di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari ex art. 168 L. F..

Posto ciò, è logico che qualora si consentisse al debitore di reiterare all'infinito la domande di accesso alla procedura concordataria, a prescindere dalla presentazione o meno di un'istanza di fallimento, si finirebbe per imporre in capo ai creditori, un divieto, a tempo indeterminato, ad agire per la tutela dei propri diritti individuali.

Come già ricordato, almeno in tema di concordato ex comma 6 dell'art. 161 L. F., il legislatore ha previsto la sanzione dell'inammissibilità della domanda, nell'ipotesi in cui il ricorrente, nei due anni precedenti, abbia presentato altra domanda prenotativa alla quale non sia seguita l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti⁷³⁹.

Nulla si dice, tuttavia, nella legge fallimentare, in relazione ad ipotesi quali la rinuncia alla domanda di concordato preventivo "c.d. pieno" con successiva proposizione di domanda in bianco o l'ipotesi di reiterazione di piu' domande "piene", combinate, magari, con una o domanda ex comma 6 art. 161 L. F.⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Cass. Civ. sez. un. . 15 maggio 2015, n. 9935, cit secondo cui *"Il tribunale ... in caso di abuso della domanda di concordato, può procedere alla dichiarazione di inammissibilità della proposta ed alla dichiarazione di fallimento, rispettando così, anche in questo caso, il principio che vuole l'esaurimento della procedura di concordato prima della dichiarazione di fallimento e senza che possa configurarsi eccezione alla regola della deducibilità, in sede di impugnazione della dichiarazione di fallimento, degli eventuali vizi relativi alla declaratoria di inammissibilità della proposta"*

⁷³⁹ Ai sensi dell'art. 161, comma 9. Secondo M. AIELLO, *Il concordato «con riserva»: evoluzione normativa e questioni interpretative*, in Giur. it., 2014, p.p. 2880 s.s *"la ratio della norma dovrebbe essere ricondotta all'«opportunità di precludere l'indefinita protrazione dell'automatic stay mediante il recursus ad infinitum alla protezione interinale, senza mai procedere alla formalizzazione del piano e della proposta», potendosi considerare «un caso codificato di abuso»"*.

⁷⁴⁰ Cfr. P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, p. p.62 s.s

Nonostante la mancata tipizzazione di queste condotte, la giurisprudenza si è più volte pronunciata in merito alla possibilità di censurare siffatti comportamenti dal punto di vista dell'abuso del diritto.

In una pronuncia di merito⁷⁴¹, ad esempio, si legge che *“la presentazione di una nuova domanda di concordato preventivo che consegua alla rinuncia a precedenti proposte non consente di affermare la sussistenza di un abuso del diritto”*.

Tale ultima fattispecie, secondo i giudici, ricorrerebbe solo nell'ipotesi in cui *“al momento della decisione, siano pendenti istanze di fallimento, sulle quali il tribunale a causa della proposta di concordato non puo` deliberare”*⁷⁴².

Di diverso avviso, invece, si è pronunciato altro giudice di merito⁷⁴³ evidenziando che nell'ipotesi di reiterazione di domande di concordato⁷⁴⁴, senza che le successive domande contengano una diversa e migliorativa soluzione della crisi, la condotta del debitore istante deve considerarsi abusiva, perché finalizzata solo ad ottenere un effetto dilatorio⁷⁴⁵.

In sede di legittimità⁷⁴⁶, invece, in tema di reiterazione di domande di concordato, si è sostenuto che *“ai sensi della legge fallim., art. 161, comma 9, al debitore non ammesso al concordato di cui al comma 6, e` precluso unicamente di ripresentare nel biennio una nuova domanda di concordato con riserva”*.

Dalla lettera della norma, quindi, secondo i giudici di legittimità, sarebbe chiaro che al debitore è consentito presentare, dopo una domanda con riserva non andata a buon fine, una domanda di concordato ai sensi del comma 1 dell'art. 161 L. F..

La presentazione di questa nuova domanda, inoltre, costituisce rinuncia implicita alla precedente, posto che, *“rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza il concordato non puo` che essere unico”*.

A tale libertà, tuttavia, deve essere imposto un limite che è quello dell'abuso del processo, che anche in questo caso è ravvisabile quando si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità diverse rispetto a quelle per le quali l'ordinamento le ha predisposte, con conseguente violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo.

⁷⁴¹ Tribunale di Messina, decr. 10 dicembre 2014, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 6/2016, p. 1569,

⁷⁴² secondo il Tribunale di Messina *“se da un lato la rinuncia a due procedure appare comportamento non certo commendevole, dall'altro elementi di natura indiziaria, quali la mancanza di istanze di fallimento e l'attività svolta al fine di raggiungere un accordo con i creditori, non consentono di affermare con la necessaria certezza, che il piano di concordato presentato rappresenti un abuso del diritto”*

⁷⁴³ Corte D'appello di Milano, 29 ottobre 2015, n. 4133, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2016, p. 1560

⁷⁴⁴ Nel caso specifico si trattava della presentazione di un ricorso per concordato con riserva, successivo alla presentazione di una precedente domanda di concordato piena

⁷⁴⁵ Nella pronuncia della Corte di Appello si legge che *“Alla luce delle considerazioni che precedono non puo` pertanto non condividersi la conclusione cui e` pervenuto il Tribunale in ordine alla natura meramente dilatoria della seconda domanda di concordato, esclusivamente finalizzata a ritardare la risoluzione della crisi dell'impresa e il soddisfacimento dei creditori, e quindi la natura abusiva della medesima diretta a scopi estranei a quelli suoi propri.”*

⁷⁴⁶ Cass. Civ., 31 marzo 2016, n. 6277, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 6/2016 p. 1572

Come fatto notare da attenta dottrina⁷⁴⁷, inoltre, la sussistenza di una pluralità di domande di concordato, non è di per sé sufficiente ad integrare l'abuso, essendo necessario che si produca anche la “*sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte*”

Si tratta, però, di un sacrificio diverso e ulteriore rispetto a quello generico derivante dall'allungamento dei tempi procedurali derivanti dalla reiterazione della domanda⁷⁴⁸, da accertarsi caso per caso⁷⁴⁹.

Segue. L'abuso del concordato per violazione della buona fede

Come è stato riferito nel precedente paragrafo, oltre alle ipotesi in cui la domanda di concordato ha finalità esclusivamente dilatorie, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno individuato un'altra forma di abuso del diritto nella fattispecie concordataria.

Si riferisce alle ipotesi in cui la domanda è posta in essere in violazione del principio di buona fede, quando cioè, il debitore compie “*operazioni dirette a diminuire la garanzia patrimoniale, allo scopo di indurre i creditori ad accettare una proposta più vantaggiosa della liquidazione di un attivo ormai depauperato*”⁷⁵⁰.

Al riguardo, anche la Cassazione in una ormai non recente pronuncia⁷⁵¹ ha affermato che “*vi è abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato preventivo, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria.*”

Secondo la pronuncia, quando si realizza tale condotta, il concordato non è ammissibile, poiché “*rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio della buona fede*”.

Quelle analizzate dalla Suprema Corte, a ben vedere, altro non sono che le condotte rientranti nella nozione di atti di frode di cui all'art. 173 L. F..

Come affermato da parte della dottrina, infatti, la frode di cui si discorre all'art 173 L. F. deve essere vista come carenza di buona fede del proponente il

⁷⁴⁷ L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, cit, p. 1592

⁷⁴⁸ Questo è quello che G. D'ATTORRE, op. cit., pp. 1069-1070 definisce il pregiudizio all'interesse dei creditori «*a poter decidere, in tempi rapidi e con modi trasparenti, quale tra le varie alternative preferire*”

⁷⁴⁹ L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, cit, p. 1593; sul punto già il Tribunale di Milano in una pronuncia di ottobre 2012, in www.ilcaso.it, ha qualificato come abuso qualsiasi condotta del debitore che cerca di dilatare in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'*automatic stay*, sacrificando in modo sproporzionato e ingiustificato le ragioni dei creditori.

⁷⁵⁰ Così R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op. cit. p. 31

⁷⁵¹ Cass. civ. 23 giugno 2011, n. 13818 in

concordato nei confronti degli altri contraenti, da individuarsi nella massa dei creditori⁷⁵².

In questo caso, quindi, tramite la disciplina degli atti di frode il legislatore mira a tutelare gli interessi dei creditori ad esprimere, in sede concordataria, una volontà consapevole⁷⁵³.

Nella stessa pronuncia, inoltre, i giudici di legittimità evidenziano che l'aver escluso qualsiasi rilevanza alla meritevolezza del debitore, ai fini dell'accesso alle procedure concorsuali, indica la volontà del legislatore di far *“prevalere l'interesse dei creditori alla soluzione della crisi dell'impresa per loro più conveniente in una certa situazione data, indipendentemente (...) dal grado di eccentricità della condotta del debitore dal modello di correttezza imprenditoriale”*⁷⁵⁴.

Quella che secondo i giudici può essere eccentricità della condotta, tuttavia, deve necessariamente avere dei limiti⁷⁵⁵.

Esistono, *in primis*, dei confini normativi dettati, ad esempio, dall'art. 236 L. F., che punisce determinati comportamenti con una sanzione penale.

Esistono altresì, dei limiti impliciti, che sono quelli che maggiormente possono interessare la presente trattazione.

Tra questi, la Suprema Corte indica appunto il limite dell'abuso del diritto che, nella specie, deve essere individuato nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede.

In una successiva pronuncia di merito⁷⁵⁶, il tribunale, ha invece affermato la possibilità di revoca *dell'ammissione a concordato preventivo nell'ipotesi in*

⁷⁵² M. FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 24 luglio 2014, p. 14; P. LICCARDO, *sub art. 173*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO, SANDLLI e SANTORO, III, Torino, 2010, p. 2170; A.M. PERRINO, *sub art. 173*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2013, p. 2035 segg.; D. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur.comm.*, 2009, I, p. 748

⁷⁵³ Secondo M.FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, cit. p. 14 tale conclusione deriverebbe dalla connotazione contrattualistica del concordato, condivisa in dottrina da ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 122; PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 121; FAUCEGLIA e ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 320; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2008, p. 2; NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, in *Fallimento*, 2011, p. 228

⁷⁵⁴ Cass. civ. 23 giugno 2011, n. 13818, cit. afferma che “non rileva attraverso quali operazioni l'impresa si trovi in una certa situazione patrimoniale ma ciò che conta è il giudizio che i creditori danno del loro interesse a fronte di una situazione di fatto e della valutazione di convenienza che gli stessi compiono della soluzione proposta rispetto all'alternativa fallimentare con ciò che questa comporta in relazione alla possibilità di revoca (nella specie pacificamente insussistente) o di annullamento degli atti in ipotesi maggiormente dannosi”

⁷⁵⁵ Cfr. M.M. LAZZARA, *La dichiarazione di fallimento «conseguente» a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2014, p.158 secondo cui “L'opportunità di una rapida sistemazione delle difficoltà finanziarie dell'impresa, secondo la «nuova» concezione prevalentemente privatistica della crisi, incontra un indubbio limite nell'esigenza di evitare usi opportunistici dello strumento concordatario”. Sul tema V. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, pag. 894

cui dalla relazione del commissario giudiziale emerge una condotta poco trasparente del debitore, finalizzata a rappresentare una realtà imprenditoriale non veritiera e idonea ad orientare il voto dei creditori, snaturandolo e falsandolo.

In particolare, il tribunale pone a fondamento della revoca del decreto di ammissione, oltre dei casi specifici, una condotta complessivamente “*poco chiara*” della debitrice che, in violazione ai principi di correttezza e buona fede, finisce per essere qualificata come espressione di abuso del diritto.

Secondo i giudici, infatti, lo strumento concordatario non può essere utilizzato violando le regole della correttezza e della buona fede, che si sostanziano in “*una piena discovey documentale nonché nell’offerta tempestiva al commissario di tutte le informazioni che quest’ultimo assuma come necessarie*”.

A favore di ciò, militerebbe, secondo il tribunale, la circostanza che l’art. 173 L. F. è un “*contrappeso pubblicistico*”, rispetto all’ampia autonomia concessa al debitore che intende risolvere e superare il proprio stato di crisi.

Altra pronuncia di merito⁷⁵⁷, qancora, ha affermato che il concordato preventivo non può essere omologato tutte le volte in cui siano “*stati effettuati pagamenti di crediti anteriori alla presentazione della domanda senza l’autorizzazione del tribunale o del giudice delegato*”.

Anche questa pronuncia, colloca tale fattispecie nell’ambito degli atti di cui all’art. 173 L. F., norma che “*sanziona una serie di condotte accomunate dall’abuso del diritto da parte dell’imprenditore, posto che il pagamento dei crediti anteriori alla presentazione della domanda costituisce un atto idoneo a frodare le ragioni della massa soddisfacendo alcuni creditori a discapito di altri, con conseguente “uso abusivo e distorto degli effetti protettivi del deposito della domanda di cui all’articolo 161, comma 6, R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), in quanto il divieto di azioni esecutive e cautelari per il tempo necessario per la preparazione di un piano ragionevole e fattibile viene in realtà asservito allo scopo di consentire all’imprenditore di scegliere a suo piacimento quali creditori soddisfare.*

Sebbene le citate pronunce, allo scopo di trovare un supporto normativo all’abuso dello strumento concordatario per violazione della buona fede, citino l’art. 173 L. F., occorre tuttavia fare un’osservazione: ancorché l’articolo suddetto, sia utile per enucleare, anche nel diritto della crisi d’impresa, un principio di buona fede, non è possibile considerare le condotte indicate all’art. 173 L. F. come comportamenti posti in violazione del divieto di abuso del diritto.

In altra sede del presente lavoro, infatti, definendo l’abuso del diritto, si è affermato che lo stesso, “*lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l’utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore*”⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Tribunale di Siracusa 20 dicembre 2012, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2014, p. 156

⁷⁵⁷ Tribunale di Pesaro, 26 luglio 2013, su www.ilcaso.it

⁷⁵⁸ Così nel capitolo II paragrafo 2.4 in cui si riprende quanto affermato da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit

Posta tale definizione, quindi, è possibile dire che la condotta abusiva in alcun modo può coincidere con l'atto di frode così come tipizzato all'art. 173 L. F.: nell'ipotesi in cui la condotta del debitore integri una fattispecie di cui all'art. 173 L. F., infatti, si tratterebbe di una violazione formale della norma e non di un caso di abuso del diritto.

Occorre a questo punto, per sommi capi, verificare quali siano le condotte tipizzate dal legislatore all'art. 173 L. F., con la consapevolezza che più si dilata l'ambito degli atti in frode e meno spazio troveranno le condotte poste in violazione del divieto di abuso del diritto.

E' utile, ai fini della presente trattazione, distinguere gli atti previsti dalla norma in due categorie.

Nella prima, è possibile collocare gli atti già tipizzati dalla legge. Si tratta, cioè, di quei comportamenti quali la dissimulazione o l'occultamento di parte dell'attivo, l'omessa denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività inesistenti, che il legislatore ha già valutato come atti di frode⁷⁵⁹.

Nella seconda categoria, invece, è possibile collocare quelli che la norma individua genericamente come "gli altri atti di frode", condotte, cioè che nonostante non siano state oggetto di elencazione o descrizione, devono considerarsi comunque posti in essere con frode⁷⁶⁰.

Mentre per quanto riguarda la categoria degli atti tipizzati, non sembrano sorgere problemi, posto che la realizzazione di una condotta del genere esclude per definizione la sussistenza di un abuso⁷⁶¹, l'individuazione degli esatti confini degli "altri atti di frode" assume rilevanza in tema di abuso dello strumento concordatario.

Secondo parte della giurisprudenza di merito⁷⁶², ciò che caratterizza gli atti di frode non tipizzati è la loro idoneità a falsare il corretto e regolare

⁷⁵⁹ G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim.*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2015, p. 43, individua tra gli atti tipizzati "l'occultamento di parte dell'attivo, ossia il suo nascondimento materiale; la dissimulazione di parte dell'attivo, ossia il suo nascondimento giuridico, mediante atti simulati o mediante l'alterazione delle scritture contabili oppure per mezzo della relazione infedele dello stato analitico ed estimativo delle attività; l'omessa denuncia di uno o più crediti, volta a sottostimare il fabbisogno, anche per mezzo della mancata enunciazione di un credito contestato o incerto ovvero mediante la mancata denuncia di una causa di prelazione, o, al contrario, la qualificazione di un credito come prelazionario pure in mancanza del relativo presupposto; l'esposizione di passività inesistenti". In giurisprudenza: Tribunale Milano, 28 aprile 2008, in www.ilcaso.it; Tribunale Forlì, 13 maggio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, pag. 766; Tribunale Monza, 25 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, pag. 236; Tribunale Prato, 6 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, pag. 120

⁷⁶⁰ G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim.*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2015, p. 43

⁷⁶¹ In quanto realizza una violazione formale della norma

⁷⁶² Corte di Appello Firenze 19 marzo 2009, in *DF* 2011, I, p. 129, con nota di V. IVONE; Tribunale di Siracusa 11 novembre 2011, in *Fallimento* 2012, p. 358; Tribunale di Roma 1 febbraio 2006, in *DF* 2007, p. 95; Tribunale di Milano 24 aprile 2007, *Fallimento*, 2008, p. 1441; Tribunale di Mantova 18 settembre 2008, in *Fallimento* 2009, 121; Tribunale di Milano 20 luglio 2007, *GI*, 2008, p. 118, con nota di G.FAUCEGLIA; Tribunale di Milano 19 luglio 2011, *Fallimento*, 2011, p. 1369

andamento della procedura, viziando le valutazioni che i creditori pongono alla base del proprio voto⁷⁶³.

Parte della dottrina⁷⁶⁴, conforme a tale definizione, segnala che con le condotte atipiche rientranti nella categoria residuale degli altri atti di frode, il legislatore sanziona “*quelle situazioni in cui il comportamento doloso pregiudichi la stessa formazione di un consenso non “viziato” ovvero siano tali da inficiare direttamente le aspettative di soddisfo dei creditori*”.

Tali atti, tuttavia, dovendo essere esclusi quelli fraudolenti da un punto di vista civilistico o penalistico, devono avere una rilevanza interna alla procedura concorsuale⁷⁶⁵.

Secondo una diversa teoria, invece, gli atti di frode ex art. 173 L. F. sono solo quelli diretti a causare o aggravare il dissesto, compiuti dal debitore con la consapevolezza di arrecare pregiudizio ai creditori, riducendo le loro possibilità di soddisfacimento⁷⁶⁶.

Si tratta, in sostanza di quella che viene definita la frode oggettiva, che si realizza quando il debitore realizza una determinata condotta non tanto per ingannare i creditori ma per pianificare il dissesto, al fine di far risultare la proposta concordataria la migliore possibile⁷⁶⁷.

Secondo tale indirizzo, vi sarebbe una differenza sostanziale, quindi, tra le ipotesi in cui un atto ha alterato la *par condicio creditorum* ed è stato poi denunciato dal debitore stesso e quelle in cui il debitore ha posto in essere uno o più atti, dolosamente finalizzati a sottrarre risorse ai creditori, con lo scopo di presentare loro una situazione talmente compromessa da far risaltare la proposta di concordato come l'unica via di uscita dalla crisi.

In quest' ultimo caso, essendo in presenza di vere strumentalizzazioni del concordato, che è richiesto per fini diversi da quello di regolazione della crisi, è necessaria una sanzione.

⁷⁶³ G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim.*, cit, p. 43 afferma che in questo modo rientrano nella categoria “gli atti di frode idonei ad ingannare i creditori, non già quelli idonei a pregiudicarli”

⁷⁶⁴ PERRINO, *Commento sub art. 173*, in Codice commentato del fallimento, a cura di Lo Cascio, Milano, 2008, pag. 1534; conforme Corte Appello di Genova, 2 luglio 2011, in www.ilcaso.it;

⁷⁶⁵ Tribunale di Bari, 9 giugno 2010, in *Fallimento*, 2010, pag. 1216, secondo cui “*ai fini della revoca del decreto di ammissione al concordato preventivo, per “altri atti di frode” rilevanti ex art. 173 legge fallim. non devono intendersi quelli che siano tali da un punto di vista civilistico o penalistico, ma solo gli atti fraudolenti che abbiano una rilevanza interna alla procedura concorsuale e che siano finalizzati a frodare le ragioni del ceto creditori*”

⁷⁶⁶ Tribunale di Roma, 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it che ha precisato che l'accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo, non devono avere una giustificazione attinente all'attività imprenditoriale esercitata; il Tribunale di Mondovì, 17 dicembre 2008, in www.ilcaso.it ha invece precisato che il compimento di operazioni astrattamente idonee a determinare un pregiudizio ai creditori dell'impresa non integra l'ipotesi di frode di cui all'art. 173 L. F., se giustificato da ragionevoli valutazioni gestionali e compiuto in epoca non sospetta

⁷⁶⁷ M. FABIANI, *La ricerca di un equilibrio fra poteri del giudice ed interesse delle parti nel concordato preventivo*, FI, 2014 p. 3192

Una tesi affine⁷⁶⁸, invece, sul presupposto che è venuto meno il requisito della meritevolezza per accedere alla procedura concordataria e che quindi il giudice non può valutare la correttezza professionale e gestionale del debitore, definisce il controllo richiesto dall'art. 173 L. F. sugli atti di frode, come un controllo sugli abusi della procedura concordataria.

Secondo tale tesi, quindi, l'ambito della fattispecie di cui al comma 173 L. F. comma 1 coincide proprio con quello dell'abuso dello strumento concordatario.

A sostegno di tale indirizzo, sembra potersi porre anche quanto statuito da una pronuncia di merito⁷⁶⁹ che afferma che ex art. 173 L. F. le violazioni del dovere di correttezza hanno effetto sulla vicenda concordataria.

Secondo i giudici, infatti, tale *“disposizione costituisce (...) un'applicazione del principio della buona fede che deve costituire il modello di comportamento del debitore nell'adempimento delle obbligazioni e che trova fondamento costituzionale negli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Costituzione”*.

A fronte di questa diversità di vedute, in sede di giurisprudenza di merito, i giudici di legittimità⁷⁷⁰, hanno sottolineato che gli atti di frode ex art. 173 L. F. corrispondono a condotte finalizzate a *“pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di loro competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa”*.

Non il semplice intervento del debitore sul proprio patrimonio, dunque, è rilevante, ma, è in frode solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultare tale intervento, *“in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio”*⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim., cit.*, p. 50. L'autore segnala che altri autori hanno sottolineato *“come il sindacato sugli atti di frode, integri un giudizio che, pur vertendo sulla condotta del debitore, «... resta ben distinto dalla valutazione del previgente requisito della meritevolezza. L'organo giurisdizionale non può più verificare la correttezza professionale e gestionale dell'imprenditore, dovendosi limitare, piuttosto, a controllare che il debitore non “abusi” della procedura concordataria, imponendo ai creditori un sacrificio (proporzionale all'entità della falcidia) reso ingiustificato da condotte fraudolente che abbiano determinato il depauperamento del patrimonio dell'impresa”*

⁷⁶⁹ Cfr. Tribunale di Milano, 19 luglio 2007, cit.

⁷⁷⁰ Cfr. Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, pag. 933.

⁷⁷¹ Cfr. M.FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel Concordato preventivo*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento* 2014, p. 16, secondo cui non c'è frode negli atti *“compiuti prima del fallimento che siano stati rappresentati e che potrebbero però, in caso di fallimento, essere esposti al rischio revocatorio”*. Sul tema G. SCHIANO DI PEPE, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir.fallim.*, 2010, II, p.324; P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da JORIO e FABIANI, Bologna, 2010, p. 1010; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2008, p. 81; C. RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi, I, Padova, 2010, p. 477; F. S. FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma L. F. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1467; D. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 748.

Sulle modalità di occultamento, inoltre, i giudici⁷⁷² hanno evidenziato che quest'ultimo non si realizza solo quando i fatti rilevanti sono semplicemente sottaciuti, ma anche quando non sono, nella proposta, adeguatamente esposti nella loro gravità.

In altra sede⁷⁷³, inoltre, la Cassazione ha avuto modo di evidenziare che il carattere fraudolento della condotta del debitore ex art. 173 L. F. non viene meno anche quando “ *l'inganno effettivamente realizzato sia stato reso noto ai creditori prima del voto*” e nonostante i creditori abbiano espresso voto favorevole alla proposta di concordato.

Secondo la Corte, infatti, ciò che rileva è il comportamento fraudolento del debitore, non l'effettiva consumazione della frode⁷⁷⁴.

In altre parole, il legislatore, con la previsione di cui all'art. 173 L. F., ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore che avendo posto in essere determinati atti fraudolenti, con dolo⁷⁷⁵, si è dimostrato non affidabile, tanto da impedire la prosecuzione della procedura.

Quella appena delineata dalla giurisprudenza di Cassazione, sarebbe quella che attenta dottrina definisce “*frode soggettiva*”: “*i fatti vanno narrati,*

⁷⁷² Cass. Civ. 18 aprile 2014, n. 9050 in Giur. It., 8/9, 2014, p. 1925 nota di DE LEO, secondo cui “*la disposizione in esame non esaurisce il suo contenuto precettivo nel richiamo al fatto scoperto perchè ignoto nella sua materialità, ma ben può ricomprendere il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi accertato dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente*”; Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13818, in Dir. Fall., 2012, 2, pag. 219, con nota di D'Ambrosio, Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli «altri atti di frode» ai sensi dell'art. 173 legge fall.; nonché Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817, in Fallimento, 2011, pag. 933 e segg., con nota di Ambrosini, Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza

⁷⁷³ Cass. Civ. 26 giugno 2014, n. 14552, in Giur. It., 2015, 1, 84 con nota di GRIFFINI

⁷⁷⁴ Secondo Cass. Civ. 26 giugno 2014, n. 14552, cit., “*Se così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perchè il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito (come, sul piano sistematico, risulta oggi confermato anche dall'applicabilità dell'istituto della revoca per atti fraudolenti sin dalla fase ancora embrionale della procedura, in caso di domanda di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano, a norma della L. F., art. 161, comma 6, novellato dal D.L. n. 69 del 2013, art. 82, comma 1, lett. b, convertito con L. n. 98 del 2013)*”

⁷⁷⁵ BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim.*, cit, p. 60 : il dolo a cui fa riferimento l'art. 173 legge fallim. deve, quindi, ritenersi integrato nella mera consapevolezza dei comportamenti e della loro attitudine a trarre in inganno i creditori, indipendentemente dall'eventuale fine ingannevole preordinato a conseguire ingiusti vantaggi mediante la procedura concordataria. la frode prevista dall'art. 173 L. F., non richiede un dolo specifico posto che in caso contrario “*si finirebbe per restituire alla norma un ruolo sanzionatorio che è stato superato in virtù dell'abolizione del requisito di meritevolezza*”

*non già perché di per sé riprovevoli, ma perché il bagaglio informativo offerto ai creditori deve essere completo*⁷⁷⁶.

Ricostruito in questo modo l'ambito degli atti di frode di cui all'art. 173 L. F., si reputa opportuno evidenziare che risulta incompatibile con il divieto di abuso del diritto qualsiasi atto posto in essere dal debitore con frode soggettiva.

Come si è visto, infatti, la realizzazione di una condotta ex art. 173 L. F., prescinde dal verificarsi di un danno e dalla frode stessa.

Viceversa, affinché si possa discutere di abuso, come in altra sede precisato, è necessario che si verifichi una sproporzione ingiustificata tra *“il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche controparte”*.

Per qualificare una condotta come abusiva, quindi è sempre necessario un pregiudizio per la controparte, cosa che nell'atto di frode, almeno nel senso soggettivo, sembra non essere rilevante.

Diverso è il discorso nell'ipotesi di atto di frode inteso in senso oggettivo. In queste ipotesi, infatti, l'imprenditore che, essendo già in dissesto, compie atti volti a depauperare il proprio patrimonio, che costituisce garanzia per i creditori, per viziare il consenso di quest'ultimi, finisce per strumentalizzare lo strumento concordatario.

Tale soggetto, infatti, non mira a risolvere il proprio stato di crisi, tramite il concordato, ma punta ad ottenere l'accesso a tale istituto per evitare gli effetti più gravosi di altra procedura concorsuale.

In questo caso, l'abuso non attiene alla proposta, ma proprio alla stessa soluzione concordataria⁷⁷⁷.

In questi casi, se l'accertamento è conseguente all'omologazione al concordato, la sanzione è la revoca dello stesso, mentre se si accerta la condotta abusiva prima dell'omologazione potrebbe *“non essere eterodosso riconoscere al giudice il potere di negare l'omologazione per difetto di (reale) consenso”*⁷⁷⁸.

Poiché la frode in senso oggettivo, infatti, attiene alle regole del gioco, è evidente che si verte in tema di legittimità del procedimento e in sede di omologazione tutte le condizioni di legittimità vanno riesaminate

⁷⁷⁶ Cfr. M.FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel Concordato preventivo*, cit., p. 16

⁷⁷⁷ M.FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel Concordato preventivo*, cit., p. 18

⁷⁷⁸ M.FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel Concordato preventivo*, cit., p. 18

2. Le possibili ragioni per cui la domanda ex art. 161 comma 6 si presta ad abusi

Come già evidenziato in altra sede, la domanda di concordato proposta ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L. F. si caratterizza per il fatto che il debitore, dietro il deposito di un semplice ricorso, ottiene la protezione garantita dall'art. 168 L. F., con la possibilità di non essere sottoposto a dichiarazione di insolvenza, conservando tuttavia la gestione dell'impresa.

Si tratta a ben vedere di effetti già previsti in tema di concordato dalla legge fallimentare così come promulgata nel 1942.

Anche in tale contesto, infatti, il deposito della domanda concordataria determinava l'improcedibilità delle istanze di fallimento⁷⁷⁹, delle esecuzioni individuali⁷⁸⁰ nonché, secondo la giurisprudenza, delle azioni cautelari⁷⁸¹.

Occorre chiedersi, quindi, il motivo per cui solo con le riforme degli ultimi anni e con l'introduzione del c.d. concordato con riserva, sono aumentate le preoccupazioni per un uso distorto delle procedure.

A ben vedere, sebbene gli effetti della presentazione della domanda di concordato potevano sostanzialmente essere identici agli attuali, ciò che differiva, nella vecchia disciplina, era la posizione dei creditori.

Questi ultimi, infatti, non sembravano essere pregiudicati dalla presentazione di un'istanza di concordato, posto che il debitore era legittimato a

⁷⁷⁹ Cassazione 28 agosto 1997, n. 8152 in Mass. Giur. It., 1997; Cassazione, 17 settembre 1993, n. 9581, in Corr. giur., 1994, 79 segg. con nota di CATALANO, *Regolamento di competenza e procedure concorsuali*, in Il fallimento, 1994, p. 49; Tribunale Roma, 30 settembre 1997, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1998, II, p.p. 146 s.s.; Tribunale Roma 30 dicembre 1992, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1993, II, p. 188. In dottrina A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1979, p. 29; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano 2002, p. 212

⁷⁸⁰ P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1, 2013 afferma che "Sul presupposto, poi, che i debiti sorti prima della domanda di concordato non potevano trovare soddisfazione al di fuori della procedura concorsuale, il giudice dell'esecuzione dichiarava l'improcedibilità (e, di fatto, l'estinzione atipica) dell'espropriazione singolare"

⁷⁸¹ In realtà la prima versione dell'art. 168 L. F. nulla prevedeva in tema di azioni cautelari. Sul tema la giurisprudenza ha a lungo dibattuto. Secondo Cassazione 6 marzo 1976, n. 761, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1976, II, p. 360 la domanda di concordato non impediva al singolo creditore di domandare ed ottenere un sequestro conservativo sui beni dell'obbligato. Contro tale tesi Cassazione 21 luglio 1994, n. 6809, in Il fallimento, 1995, p. 259, ha affermato, in materia di amministrazione controllata, che dalla data di presentazione del ricorso di cui all'art. 188 L. F. si verificano gli stessi effetti della procedura fallimentare; pertanto "i creditori per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, comprese quelle cautelari, come il sequestro conservativo"; più recente Cassazione 28 giugno 2002, n. 9488, in Il fallimento, 2003, p. 393, e in Riv. dir. proc., 2003, p. 617, con nota di FINOCCHIARO, *Concordato preventivo, divieto di azioni esecutive individuali e tutela dell'aggiudicatario*

chiedere l'ammissione al concordato solo in presenza di condizioni patrimoniali idonee ad assicurare l'effettiva soddisfazione dei creditori⁷⁸².

La posizione di questi ultimi, inoltre, era garantita da un sindacato di merito del Tribunale, che, in fase di omologazione, accertava sia la convenienza della proposta, con la valutazione delle garanzie offerte, sia la meritevolezza del debitore⁷⁸³.

Dal punto di vista del contenimento dei tempi delle procedure, inoltre, i creditori erano garantiti dal fatto che, in virtù del vecchio art. 162 L. F.⁷⁸⁴, il Tribunale, all'atto dell'accertamento del difetto delle condizioni previste dall'art. 160 L. F., dichiarava inammissibile la proposta e pronunciava d'ufficio il fallimento del debitore⁷⁸⁵.

L'attuale disciplina, invece, pare costruita per sacrificare maggiormente il ceto creditorio.

Da un punto di vista dei tempi della procedura, l'odierno art. 162 L. F., essendo stata abrogata la dichiarazione di fallimento d'ufficio, infatti, prevede che il Tribunale, se verifica il difetto dei presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, L. F., sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara inammissibile la proposta di concordato 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.

A ben vedere, quindi, la dichiarazione di fallimento non è più direttamente conseguente alla pronuncia di inammissibilità del concordato, ma consegue solo ad un'istanza di parte, previo accertamento dei presupposti per l'insolvenza⁷⁸⁶.

Né si può dire che i creditori siano tutelati dell'attuale sindacato che il tribunale è chiamato ad esercitare in materia concordataria.

Con riferimento al concordato ex comma 6 dell'art. 161 L. F., infatti, la semplice presentazione della domanda, corredata dalla documentazione ivi indicata, giustifica la concessione del termine per la presentazione della proposta e del piano⁷⁸⁷.

⁷⁸² Secondo P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, cit., p. 63 tali condizioni consistevano nella fornitura, da parte del debitore di garanzie, reali o personali, all'adempimento degli obblighi di versamento assunti

⁷⁸³ SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova 1990, p.p. 467 s.s.

⁷⁸⁴ Art. 162 L. F., in vigore fino al 31 dicembre 2007, nella versione precedente la modifica operata dall'art. 12, comma 4, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, "il tribunale, sentito il pubblico ministero e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta se non ricorrono le condizioni previste dal primo comma dell'art. 160 o se ritiene che la proposta di concordato non risponde alle condizioni indicate nel secondo comma dello stesso articolo. In tali casi il tribunale dichiara d'ufficio il fallimento del debitore"

⁷⁸⁵ Cassazione, 4 dicembre 1999, n. 13582, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, p. 1371, con nota di Rago,

⁷⁸⁶ abbiamo in altra sede approfondito le soluzioni giurisprudenziali tese a comprimere comunque i termini attraverso una riunione dei procedimenti di fallimento e di concordato, giustificati da un rapporto, sul piano processuale, di continenza. Si tratta, tuttavia di soluzioni che presuppongono un'istanza di fallimento già richiesta dal creditore. Resta esclusa, quindi l'ipotesi in cui un'istanza di fallimento non sia stata ancora presentata

⁷⁸⁷ Cfr. F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, che nega che il rischio dell'aumento di comportamenti

A fronte di questo ridotto potere di valutazione, i creditori subiscono la compressione dei propri diritti nei limiti del già citato art. 168 L. F..

E' il caso di sottolineare, inoltre, che gli effetti protettivi disposti da tale ultima norma, sono addirittura più rigorosi di quelli previsti dall'art. 51 L. F. in tema di fallimento⁷⁸⁸.

Il divieto di azioni esecutive e cautelari regolato da tale ultima norma, infatti, soffre innanzitutto della deroga prevista dal comma 2 dell'art 41⁷⁸⁹ del testo unico bancario⁷⁹⁰. In virtù di quest'ultima norma, infatti, è consentito al creditore fondiario di esercitare le azioni esecutive, nonostante la pendenza della procedura fallimentare⁷⁹¹.

opportunistici del debitore sia causato dalla circostanza che lo stato di crisi è confessato dal debitore in modo autoreferenziale, senza contraddittorio. Secondo l'autrice, infatti, gli effetti tuttora "infamanti" delle procedure concorsuali inducono l'imprenditore ad accostarsi solo quando "la decozione è più grave"

⁷⁸⁸ Art. 51 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 : "Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento"

⁷⁸⁹ Art. 41 comma 2 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385: "L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento"

⁷⁹⁰ C. COSTA, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lg. 385/ 1993: breve rassegna in dottrina ed in giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, in Riv. es. forz., 2004, II, p.p. 349 seg.; DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di ratio*, in Il fallimento, 1997, p.p. 953 s.s.; PENTA, *I rapporti tra credito fondiario ed esecuzione concorsuale*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2010, II, p. 286; M.C. OLIVIERI, *In tema di credito fondiario e di azione esecutiva individuale*, in Banca, borsa, tit. cred., 1999, II, p. 281, nota a Cassazione, 19 febbraio 1999, n. 1395; SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, in Riv. dir. proc., 2000, p.p. 646 s.s.; Id.; TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2002, I, p.p. 597 s.s.; TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, in Riv. es. forz., 2002, p. 553.

⁷⁹¹ Si segnala che anche se, ai sensi del comma 3 dell'art. 52 l.f. il creditore fondiario ha l'onere onere di proporre domanda di insinuazione al passivo, questi indubbiamente nel fallimento continua ad avere una serie di vantaggi. Come nota R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, cit., p. 27, infatti il creditore fondiario "può conseguire l'assegnazione di una somma, di importo pari al proprio credito, ricavata dalla vendita forzata del bene, senza che l'istituto, nella qualità di creditore procedente o intervenuto, debba rimettere ...al curatore la somma ricevuta in sede esecutiva". A tale circostanza, si aggiunge il fatto che il custode dell'immobile pignorato, il curatore fallimentare e l'amministratore giudiziario versano direttamente all'istituto di credito le rendite del bene gravato dalla garanzia; e che l'aggiudicatario può subentrare nel contratto di finanziamento fondiario originariamente stipulato dal debitore, senza autorizzazione del giudice. Su questi temi MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della riforma*, in Il fallimento, 2009, p. 1229; PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, nota a Cassazione, 17 dicembre 2004, n. 23572, in Il fallimento, 2005, p. 1155; TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in Il fallimento, 2005, p.p. 835 s.s.

Altra deroga prevista alla regola dell'art. 51 L. F. e non applicabile in caso di presentazione di domanda di concordato, inoltre, è disposta dall'art. 53 L. F.⁷⁹².

In virtù di tale ultima norma, i creditori muniti di pegno o assistiti dal diritto di ritenzione privilegiata ex artt. 2756 e 2761 cod. civ.⁷⁹³, possono soddisfare i propri crediti anche dopo la dichiarazione di fallimento, a patto che siano stati ammessi al passivo⁷⁹⁴.

Nonostante il fatto che l'art. 168 L. F. imponga un sacrificio maggiore al creditore, inoltre, nella procedura di concordato ex art. 161 comma 6 L. F., lo stesso è imposto per un periodo molto più lungo di quanto avvenisse nella precedente disciplina del concordato.

Chi presenta domanda con riserva, infatti, può ottenere la fissazione di un termine, compreso fra sessanta e centoventi giorni, eventualmente prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di altri sessanta giorni.

Oltre tale termine, il tribunale può concedere al debitore un ulteriore termine di tre mesi, a norma dell'art 182-*bis*, laddove questi decida di depositare un accordo di ristrutturazione, in attuazione di quanto previsto dall'ultima parte del comma 6 dell'art. 161 L. F..

A tali termini, inoltre, devono essere sommati gli ulteriori 90 giorni previsti dal comma 3 dell'art. 168 L. F..

Tale norma, infatti, dispone che le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla data della pubblicazione del ricorso di preconcordato nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori.

Come pare evidente, quindi, *“le ragioni del ceto creditorio vengono, inaudita altera parte, postergate per quasi un anno a quelle del debitore, senza che quest'ultimo sia tenuto a fornire alcun tipo di garanzia in ordine al deposito di una proposta concordataria seria, fattibile e conveniente”*⁷⁹⁵.

Tale situazione, inoltre, è maggiormente accentuata dal fatto che, da un punto di vista teorico, al debitore non è preclusa la possibilità di presentare una domanda ex art 161 comma 6 L. F., dopo aver già usufruito dell'*automatic stay*, avendo in precedenza presentato una domanda d'inibitoria ex art 182 comma 6 L. F.⁷⁹⁶, cui non sia seguita l'omologazione di un accordo di ristrutturazione.

⁷⁹²Art. 53 comma 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“ I crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli articoli 2756 e 2761 del codice civile possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione”*

⁷⁹³ per i crediti relativi a prestazioni e spese sostenute per la conservazione o il miglioramento dei mobili e per i crediti del depositario, del sequestratario, del mandatario e del vettore, fintanto che il bene si trovi presso costoro

⁷⁹⁴ SEMIANI BIGNARDI, La ritenzione nell'esecuzione individuale e nel fallimento, Padova 1960; LA MANNA, *sub art. 53*, in Il nuovo diritto fallimentare, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2006, I, p.p.780 s.s.

⁷⁹⁵ P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, cit.,p. 75; VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo* (dopo la legge n. 134/12), in www.ilcaso.it ; R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, op.cit., p. 32

⁷⁹⁶ Art. 182 regio decreto 16 marzo 1942, n.267 comma6 : *“Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma puo' essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui*

Occorre poi evidenziare che, mentre nel fallimento il blocco delle azioni esecutive e cautelari discende dalla dichiarazione d'insolvenza e comporta lo spossessamento del debitore, nella procedura concordataria, anche con riserva, il debitore ottiene la possibilità di continuare a gestire il proprio patrimonio e a esercitare l'impresa, sebbene sotto la vigilanza degli organi della procedura.

A ben vedere, il legislatore, a fronte di questa netta posizione di vantaggio per il debitore, nel tentativo di riequilibrare i contrapposti interessi in gioco, ha affidato la tutela delle ragioni dei creditori ad alcune disposizioni.

Con l'art. 161 comma 9 L. F., così, nel tentativo di evitare accessi non "seri" alla procedura concordataria ex comma 6 dell'art. 161 L. F., il legislatore ha vietato, a pena di inammissibilità, la reiterazione di altra domanda con riserva, quando nei due anni precedenti sia stata presentata analoga domanda alla quale "non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti".

Si tratta, di norma, di un intento pregevole, ma che nei fatti non impedisce al debitore di strumentalizzare le procedure di soluzione concordata della crisi⁷⁹⁷ alternandole fra loro.

Sempre nel tentativo di riequilibrare le posizioni del debitore e del creditore, inoltre, è stato modificato l'art. 69 bis L. F.⁷⁹⁸.

La nuova versione⁷⁹⁹, infatti, prevede ora che i termini necessari al consolidamento degli atti revocabili decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

all'articolo 161, primo e secondo comma ((lettere a), b), c) e d)), e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare ((l'integrale)) pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione"

⁷⁹⁷ P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, cit., p. nota, infatti che "nessuna norma vieta all'imprenditore in crisi di proporre istanza di concordato dopo la domanda di inibitoria ex art. 182 bis, comma 6, legge fallim. alla quale «non abbia fatto seguito» la presentazione di un accordo di ristrutturazione o la sua omologazione. Come pure la lettera della legge non preclude al debitore di proporre domanda di inibitoria ai sensi dell'art. 182 bis surrichiamato, una volta dichiarata inammissibile quella di concordato"

⁷⁹⁸ L'art. 69 bis L. F. è stato introdotto dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, art. 55. Nella prima versione la norma si limitava a prevedere che "Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto"

⁷⁹⁹ la norma è stata modificata dal il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha disposto all'art. 33, comma 1, lettera a-bis)) la modifica della rubrica dell'art. 69-bis e l'introduzione di un nuovo comma dopo l'ultimo all'art. 69-bis. L'attuale norma prevede al secondo comma che "Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese"

Anche tale norma, nelle intenzioni del legislatore dovrebbe convincere il debitore a presentare una domanda seria e un piano e una proposta conveniente per i creditori, posto che l'alternativa e eventuale pronuncia di fallimento condurrebbe alla revoca di numerosi atti posti in essere anteriormente alla proposta di concordato, quando l'impresa operava ancora sul mercato⁸⁰⁰.

Si tratta, come pare evidente, di un contrappeso offerto ai creditori per ripagarli dei sacrifici subiti in caso di presentazione di un ricorso per concordato con riserva.

La riforma dell'art. 67 L. F.⁸⁰¹, infatti, nello stabilire, per gli atti "normali", un periodo sospetto di appena sei mesi dalla dichiarazione di fallimento, aveva generato una caduta verticale nel ricorso all'azione revocatoria, in quanto il termine ivi indicato finiva per coincidere con quella che può facilmente essere la durata di un procedimento prefallimentare⁸⁰².

Tale termine, a ben vedere, poteva essere strumentalizzato dal debitore, che nel tentativo di allontanare maggiormente il termine della dichiarazione di fallimento, allo scopo di mettere al sicuro quante più operazioni effettuate nell'esercizio dell'impresa, poteva presentare una domanda di concordato a scopi meramente dilatori.

Il legislatore, quindi, con la nuova previsione dell'art. 69 bis L. F., avendo collegato, nell'ipotesi di presentazione della domanda di concordato, il termine utile per la revocatoria di cui all'art. 67 L. F., al momento della pubblicazione della stessa, ha aumentato il numero degli atti potenzialmente revocabili in caso di successivo fallimento.

Inoltre, nell'ipotesi in cui la domanda sia presentata ex comma 6 dell'art. 161 L. F., poiché la stessa può essere di molto anticipata rispetto alla presentazione del piano e della proposta, il periodo sospetto di fatto si allunga all'indietro di quei 60, 120 giorni che possono essere richiesti per il deposito di piano e proposta.

⁸⁰⁰ ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), legge fallim. alla luce dell'introduzione del concordato «in bianco»*, in www.ilcaso.it, p. 3.; P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, cit., p. 76

⁸⁰¹ L'attuale articolo 67 L. F., modificato dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, prevede che "sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso; 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento"

⁸⁰² ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), legge fallim. alla luce dell'introduzione del concordato «in bianco»*, in www.ilcaso.it, p. 1

A fronte, quindi, della possibilità di ottenere la protezione attuale del proprio patrimonio, il debitore decide di sottoporre i propri atti precedenti a verifica.

Si tratta, tuttavia, di un contrappeso che funziona solo ed esclusivamente se un creditore o il PM presentino istanza per la dichiarazione di fallimento, essendo appunto le azioni revocatorie di cui all'art. 67 L. F., comunque subordinate alla dichiarazione d'insolvenza.

Anche tale norma, quindi, non riesce a garantire il creditore dal rischio che il debitore presenti una domanda di concordato con riserva per finalità distorte.

E' per questo motivo che la giurisprudenza è così intervenuta teorizzando la figura dell'abuso del diritto nell'ambito del concordato con riserva.

Sono, ovviamente, interventi posti a tutela degli interessi dei creditori e in quanto tali meritori.

Resta tuttavia da capire se, la figura generale di abuso del diritto, anche nella sua declinazione processuale, così come delineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia compatibile con la ricostruzione della stessa effettuata in sede concordataria.

3. Individuazione del diritto oggetto di possibile abuso nel concordato con riserva

Come in precedenza evidenziato⁸⁰³, il primo elemento che deve sussistere affinché si possa sospettare della realizzazione di un abuso del diritto è che il legislatore non abbia, al momento dell'attribuzione della posizione di vantaggio, già determinato in maniera completa le modalità di esercizio o godimento della stessa⁸⁰⁴.

Quando è già determinato il modo in cui il titolare deve esercitare il diritto, infatti, nell'ipotesi di superamento dei limiti imposti, non si potrà

⁸⁰³ Cfr. Cap. II

⁸⁰⁴ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op. cit. p. 134: R.SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto*, op. cit.

realizzare una fattispecie abusiva ma, al massimo, una condotta illecita o un'ipotesi di eccesso di potere.

Per tale motivo, si reputa opportuno analizzare la posizione dell'imprenditore in crisi che chiede l'accesso alla procedura di concordato con riserva.

Da un punto di vista casistico, i provvedimenti giudiziari che hanno preso in considerazione la violazione del divieto di abuso del diritto riguardano ipotesi in cui il debitore presenta ricorso, ex art. 161 L. F. 6 comma, in presenza di una precedente istanza per la dichiarazione di fallimento o l'ipotesi, parzialmente diversa, in cui, nonostante alcun creditore abbia presentato istanza per la dichiarazione d'insolvenza, è evidente l'intenzione del debitore di dilatare i tempi di soluzione della crisi, tramite una reiterazione di domande di concordato pieno, succedute da ricorsi ai sensi del comma 6 L. F..

Tali fattispecie, a ben vedere, sembrano avere quale fondamento due posizioni diverse.

Quando il debitore presenta una domanda di concordato con riserva in presenza già di un procedimento prefallimentare, infatti, sembra venire in rilievo un presunto diritto dell'imprenditore a regolare la propria crisi con strumenti alternativi al fallimento⁸⁰⁵.

Nell'ipotesi in cui, il debitore, di cui non sia stato ancora richiesto il fallimento, dilata i termini di gestione della crisi attraverso una pluralità di domande, invece, sembra venire in rilievo un presunto diritto di disporre dei tempi di soluzione della crisi⁸⁰⁶.

A questo punto, pare necessario verificare la sussistenza, in capo al debitore, di tali diritti e comunque appurare, nell'ipotesi di riscontro positivo, se il legislatore ne abbia determinato in maniera completa le modalità di esercizio⁸⁰⁷.

Lo scopo, quindi, è quello di verificare se tale posizione possa essere oggetto di abuso.

Partendo dall'ultima posizione giuridica, occorre chiedersi se, dall'interpretazione delle norme, possa emergere la possibilità per l'imprenditore di disporre, in modo discrezionale, della propria crisi e soprattutto dei tempi di emersione, accertamento e soluzione della stessa.

⁸⁰⁵ Cfr. Tribunale di Messina, 30 gennaio 2013, in *Il fallimentarista.it* con nota di GRATTERI, secondo cui la presentazione di un concordato con riserva in pendenza di altro concordato costituisce un abuso del “diritto al ricorso alla composizione negoziale della crisi disciplinata dalla legge, come novellata nel giugno 2012, in quanto volta ad evitare (...) l'emissione della sentenza dichiarativa di fallimento, con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore istante, titolare a sua volta di un interesse giuridicamente tutelato alla declaratoria di fallimento in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto”

⁸⁰⁶ C. Appello Milano 2013 su *www.ilcaso.it* per cui “Secondo il legislatore non è consentito al debitore di paralizzare indefinitivamente l'azione del creditore attraverso plurime domande di concordato e contestuali revoche, garantendosi gli effetti protettivi di cui all'art. 168 L. F.”

⁸⁰⁷ Cfr. Tribunale di Messina, 30 gennaio 2013, cit. che, nell'ipotesi di reiterazione di domande di concordato afferma che in tali circostanza il debitore “determina i tempi della procedura e della dichiarazione di insolvenza, attraverso la scelta sapiente del momento in cui procedere al deposito delle varie domande, prima di concordato e poi di preconcordato, paralizzando così l'attività dei creditori che avevano depositato istanza di fallimento ed impedendo, sostanzialmente sine die al tribunale di pronunciarsi sulla sussistenza della insolvenza”

L'analisi, allora, non può non iniziare dall'art. 161 comma 9 L. F., che non consente al debitore di presentare una domanda di concordato con riserva, quando nei due anni precedenti ha presentato altra domanda, ai sensi del medesimo comma, cui non sia seguita l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ma anche il comma 8 dell'art. 161 L. F., nella parte in cui legittima il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, ad abbreviare il termine di cui al comma 6, qualora risulti che l'attività compiuta dal debitore sia manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, sembra dimostrare che la gestione della crisi da parte del debitore, da un punto di vista della tempistica, non è pienamente disponibile, ma dipende dalla "serietà della proposta di soluzione alla crisi".

In più, sembra propendere per tale interpretazione, anche il disposto dell'art. 161 comma 10 che prevede, nell'ipotesi in cui penda un procedimento per la dichiarazione di fallimento, che il termine per la presentazione del piano e della proposta sia di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

Occorre evidenziare che, anche estendendo la ricerca oltre la fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F., non sembra emergere un diritto per il debitore di disporre, in modo incondizionato, dei tempi della crisi d'impresa.

Si ricorda, al riguardo, che in tema di rapporti tra procedure, la Cassazione, sul presupposto di un rapporto di continenza tra fallimento e concordato preventivo, ha concluso per la riunione dei procedimenti, onde consentire un'abbreviazione dei tempi istruttori e una più veloce integrazione del contraddittorio, nonché per velocizzare la dichiarazione di fallimento, subito dopo la pronuncia d'inammissibilità del concordato.

Militano a favore di tale conclusione, inoltre, anche le recenti norme della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza⁸⁰⁸.

L'art. 4 comma 1 lettera *b*, infatti, attribuisce all'organismo per la composizione della crisi, su istanza del debitore, la competenza ad addivenire a una soluzione concordata tra il debitore e i creditori, ma solo entro un congruo termine, non superiore complessivamente a sei mesi e prorogabile solo a fronte di positivi riscontri delle trattative.

Anche in questo caso, quindi, un allungamento dei termini è possibile solo quando il tentativo di trovare una soluzione alla crisi sia "serio" e non meramente strumentale.

Che il debitore non possa, *ad libitum*, protrarre la procedura di soluzione della crisi, inoltre, pare essere dimostrato anche dall'esistenza, in capo al Tribunale, di un potere di controllo sulla fattibilità del piano.

Senza dilungarsi troppo, è possibile in questa sede notare che, per coloro che ritengono il Tribunale autorizzato a procedere ad un controllo di fattibilità anche economica, il tempo entro cui si realizza il soddisfacimento dei creditori non è privo di rilevanza.

Anche a voler ritenere superata la distinzione tra fattibilità giuridica e economica, inoltre, secondo quanto affermato da una recente pronuncia di

⁸⁰⁸ LEGGE 19 ottobre 2017, n. 155

legittimità, il sindacato del Tribunale dovrebbe comprendere anche l'irrealizzabilità del piano, sub specie della causa concreta⁸⁰⁹.

In questo caso, quindi, una domanda presentata con scopi non "seri", ma meramente dilatori, dovrebbe essere censurata dal tribunale, in quanto irrealizzabile.

Passando al presunto diritto del debitore di gestire la crisi con strumenti alternativi al fallimento, pare necessaria una premessa.

Nel caso di domanda presentata ex comma 6 dell'art. 161 L. F., infatti, il rischio di una possibile sovrapposizione tra procedura fallimentare e concordato con riserva è determinato dal disposto del comma 3 dell'art. 160 L. F..

Tale norma, infatti, prevede, in merito ai presupposti per l'ammissione alla procedura, che è legittimato a proporre ai propri creditori un concordato, oltre l'imprenditore in crisi, anche colui che versa in stato d'insolvenza⁸¹⁰.

Si tratta, tuttavia, di una regola che deve necessariamente essere letta in combinato disposto con l'art. 5 della L. F., che a sua volta prevede che possa essere dichiarato fallito solo l'imprenditore che è in stato d'insolvenza.

Posto ciò, occorre evidenziare che un possibile abuso dell'eventuale diritto del debitore di gestire la crisi con strumenti alternativi al fallimento può riguardare solo le ipotesi in cui il debitore è in stato d'insolvenza⁸¹¹.

Nell'ipotesi in cui quest'ultimo è ancora in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, infatti, alcuna dichiarazione di fallimento potrà subire e alcun diritto all'alternanza potrà sussistere.

Detto questo, si segnala che anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore, soggettivamente fallibile, sia in stato d'insolvenza, non pare possibile riconoscergli un diritto incondizionato a scegliere quale strumento utilizzare per far fronte al proprio stato.

Tale soluzione pare supportata da quella tesi dottrinarie e giurisprudenziale secondo cui non può sussistere "*un diritto del debitore,*

⁸⁰⁹ Cassazione Civile, Sez. I, 4 maggio 2018, n. 10752, su il Fallimento 8-9/2018 p. 973 secondo cui "*Non è dunque esatto porre a base del giudizio una summa divisio tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economica (sempre vietato). Mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo piano, può essere svolto nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi.* Sul tema anche Cassazione Civile, 9 marzo 2018, n. 5825, su il Fallimento 8-9/2018, p. 972

⁸¹⁰F. DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, in *Il fallimento*, 4, 2010, p.p. 433-434 secondo cui "*La nozione di stato di crisi può certamente comprendere l'insolvenza, ossia quella situazione d'impotenza economica, funzionale e non transitoria, che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità, che sono soltanto potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima, o addirittura in situazioni di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromiche allo stato di insolvenza*"

⁸¹¹ Solo in tali circostanze l'imprenditore può essere sottoposto alternativamente al fallimento o può chiedere di essere ammesso, ai sensi del comma 3 dell'art. 160 L. F., al concordato

*convocato avanti al giudice, ad ottenere il differimento della trattazione per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative*⁸¹².

Secondo tale tesi, infatti, poiché le procedure concorsuali alternative al fallimento sarebbero riconducibili all'autonomia privata, il loro esercizio dovrebbe essere bilanciato dal giudice con *“le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici, al cui soddisfacimento la procedura fallimentare è tuttora finalizzata”*⁸¹³.

Una tesi contraria⁸¹⁴, inoltre, finalizzata a individuare nel debitore in stato d'insolvenza un diritto a scegliere quale strumento utilizzare per far fronte al proprio stato, dovrebbe necessariamente riconoscere a tale soggetto un connesso diritto potestativo di disporre dei tempi del procedimento fallimentare eventualmente già iniziato dal creditore.

Tale ultimo diritto pare doversi escludere, anche alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo⁸¹⁵.

Che al debitore non possa riconoscersi il diritto di disporre dei tempi della procedura fallimentare, infine, pare evidente anche da quanto disposto dall'art 217 comma 1 L. F., che punisce l'imprenditore, poi fallito, che ha ritardato il fallimento o ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal chiederlo⁸¹⁶.

⁸¹² A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2014, p. 119, che sottolinea che *“La conclusione esposta nel testo è oggi ancora più convinta se si considera che il debitore ben potrebbe, anziché limitarsi a manifestare l'intenzione di proporre un ricorso di concordato, depositare una domanda prenotativa. Ciò vale anche nell'ipotesi estrema, di non rara verifica, in cui l'imprenditore presenti la domanda di concordato preventivo solo dopo che il tribunale si sia riservato per decidere su quella di fallimento”*; in giurisprudenza si segnala, conforme, Cass. Civ. Sent. 04 settembre 2009, n. 19214, in *Il Fallimento*, 2010, 4, p. 427; Cass. Civ., Ordinanza 30 ottobre 2014, n. 23111, in *Il Fallimento*, 2015, 12, p. 1345

⁸¹³ F. DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle sezioni unite della corte di cassazione*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2015, p. 898

⁸¹⁴ Cfr. I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Il fallimento* 9, 2013 p. 1079 secondo cui, *“mentre prima dell'introduzione dell'istituto del concordato “in bianco”, non vi era alcun diritto del debitore ad ottenere un rinvio dell'istruttoria fallimentare, oggi, invece, questo diritto viene in qualche misura riconosciuto ... a condizione che lo si eserciti nelle forme dell'art. 161, sesto comma, L. F.”*

⁸¹⁵ Cass. Civ. sez. Un. 15 maggio n. 9935 in *Dir. Fall.*, 2016, 1, p.188 con nota di TURRONI secondo cui *“(...) il debitore(...)non potrebbe comunque disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare, venendo così a paralizzare le iniziative recuperatorie del curatore e ad incidere negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo”*; A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, cit. p.p. 119-120, secondo cui riconoscere al debitore il diritto ad ottenere il differimento della trattazione per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative significa considerare il debitore *“legittimato a continue interruzioni dell'istruttoria prefallimentare, dilatando ad libitum i tempi per la dichiarazione del suo fallimento; sul punto anche Cass. Civ. Sent. 04 settembre 2009, n. 19214, cit. ha affermato che è corretto escludere “che il debitore possa unilateralmente e potestativamente disporre dei tempi del procedimento fallimentare”*

⁸¹⁶ Art. 217 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Bancarotta semplice) : *“E' punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente... ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa..”*

Non resta quindi che valutare la posizione del debitore, che presenta un ricorso ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L. F., da un punto di vista strettamente processuale.

In altra sede⁸¹⁷, si è chiarito che il ricorso previsto da tale ultima norma, non può essere considerato una mera richiesta di un termine per avviare una diversa procedura concorsuale, sia essa di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione.

Allo stesso modo, inoltre, con il ricorso in oggetto, il debitore non si limita a presentare una domanda di concordato preventivo semplificata, stante la natura autonoma della fattispecie di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F..

Con il ricorso, quindi, il debitore presenta una vera e propria domanda giudiziale finalizzata ad un accesso ad una procedura autonoma che contiene, in deroga alla regola del divieto della “*mutatio libelli*”, anche una domanda alternativa di omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Se, quindi, il ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F., è una domanda giudiziale, il diritto oggetto di possibile abuso, da un punto di vista processuale, è l'ordinario diritto di azione-difesa⁸¹⁸.

In questo caso, l'abuso si può verificare quando il diritto discrezionale della parte di scegliere le strategie di difesa più convenienti si tramuta in un esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, risolvendosi in una pretestuosa iniziativa giudiziaria.

A questo punto, individuato il diritto oggetto di possibile strumentalizzazione, è necessario verificare gli altri requisiti affinché una condotta possa considerarsi abusiva.

4. La censurabilità della condotta e l'ingiustificata sproporzione tra le posizioni del debitore e del creditore: problemi applicativi

Come detto in precedenza⁸¹⁹, affinché si possa configurare una violazione del divieto di abuso del diritto è necessario che la modalità di esercizio di tale posizione giuridica sia censurabile, in virtù, tuttavia, di criteri non indicati dal legislatore ma frutto della ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale.

⁸¹⁷ Cfr. Cap. I, paragrafo 1.4. – La struttura : fase essenziale e fase eventuale

⁸¹⁸ Cass. Civ. sez. Un. 15 maggio n. 9935, cit, che afferma che “*la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento ...rappresenta una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore*”

⁸¹⁹ Cfr. Cap. II

Senza dilungarsi troppo, ed escludendo per motivi di certezza del diritto, l'utilizzo di criteri soggettivi, in questa sede si procederà ad applicare i criteri oggettivi indicati dagli operatori allo scopo di condannare una condotta come abusiva.

Partendo dal criterio c.d. economico, da intendersi come il criterio ispirato all'efficienza di tipo paretiano, può essere considerata abusiva la condotta del debitore che, depositando il ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F., peggiora la situazione del creditore senza migliorare la propria.

Una siffatta situazione, tuttavia, pare di difficile riscontro nella realtà.

Se è vero, infatti, che quando il debitore presenta un ricorso c.d. prenotativo, astrattamente la posizione del creditore può subire dei peggioramenti, attesi gli effetti che dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese discendono, è anche vero che proprio la protezione del patrimonio che il ricorrente ottiene, può comportare un miglioramento della posizione di quest'ultimo.

Se è così è, l'adozione di criteri oggettivi di natura economica comporterebbe enormi difficoltà in relazione alla verifica di abusività della condotta del ricorrente.

Non resta, a questo punto, che utilizzare il criterio teleologico, secondo cui è abusiva la condotta del titolare del diritto che lo esercita per scopi diversi da quelli per cui la posizione è riconosciuta dall'ordinamento.

Al riguardo, in dottrina, non è mancato chi ha affermato che l'applicazione di criteri teleologici, nell'ambito del procedimento di concordato con riserva, sia alquanto difficile, stante l'incompletezza della documentazione da allegare al ricorso.

Secondo tale tesi, quindi, un eventuale giudizio in relazione alla strumentalità o al carattere dilatorio della procedura prenotativa potrà effettuarsi solo una volta che il tribunale avrà di fronte la documentazione completa prescritta dall'art. 161 L. F.⁸²⁰.

⁸²⁰I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni unite del maggio 2015*, in *Il fallimento*, 8/9, 2015 p. 931, secondo cui è evidente che "il giudizio sulla natura meramente dilatoria e strumentale dell'avvio della procedura concordataria, o sul ricorrere di un'ipotesi di abuso del diritto, potrà essere dato, con piena cognizione di causa, solo una volta che il tribunale avrà di fronte la documentazione completa prescritta dall'art. 161 L. F. e non soltanto la domanda prenotativa". Dello stesso avviso, A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. Fall.*, 2014, 1, p. 10116 che nota come in assenza della documentazione completa prescritta dall'art. 161 L. F., il tribunale non è posto nelle condizioni di esprimere un giudizio sulla natura meramente dilatoria e strumentale della domanda prenotativa. In giurisprudenza Cass. Civ. 14 febbraio 2017, n. 3836, in banca dati Pluris, ha affermato che poiché la concessione del termine previsto dall'art. 161 comma 6 l. fall non costituisce espressione di un potere discrezionale del tribunale, lo stesso non implica alcuna valutazione in merito all'ammissibilità della domanda di concordato, "neppure sotto il profilo della configurabilità della stessa come abuso del diritto, il cui apprezzamento, d'altronde, risolvendosi in un sindacato sull'idoneità della proposta ad assicurare la realizzazione della causa concreta del concordato, consistente nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore con un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, presuppone necessariamente la conoscenza delle condizioni offerte dal debitore e delle modalità di realizzazione dell'accordo, nonché dei dati contabili che le giustificano"

Tale tesi, a ben vedere, ha il merito di porre la questione dell'individuazione del limite di sindacabilità del giudice chiamato a giudicare su un abuso del procedimento di concordato con riserva⁸²¹.

Come è noto il tema dei limiti di tale sindacato è stato oggetto di ampi dibattiti, sia in dottrina⁸²² che in giurisprudenza⁸²³.

In particolare ci si è chiesto se, oltre alla competenza⁸²⁴, la regolarità formale della domanda⁸²⁵ e l'insussistenza dell'ipotesi prevista dal comma 9 dell'art. 161 L. F., il tribunale possa accertare l'esistenza di elementi, quali i presupposti soggettivi e oggettivi per l'accesso alla procedura, nonché la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato "pieno".

Si è dubitato, nello specifico, della possibilità per l'organo giudicante di sindacare l'intenzione del debitore di elaborare una soluzione della crisi "*inidonea a soddisfare la causa concreta*"⁸²⁶ del (futuro) concordato preventivo⁸²⁷.

Per quello che in questa sede interessa, infatti, si è ventilata l'opportunità che, già in sede di emissione del decreto ex comma 6 art. 161 L. F., il tribunale possa dichiarare l'inammissibilità della domanda in quanto finalizzata alla presentazione di una futura proposta a sua volta inammissibile.

A sostegno, si è indicata l'esigenza di evitare di prolungare un procedimento destinato comunque a concludersi con esiti negativi e di evitare che il debitore possa strumentalizzare gli effetti della domanda con danni per i creditori.

⁸²¹ Tale problema era stato affrontato anche dalla giurisprudenza di legittimità, anche se in relazione ai rapporti tra la procedura di concordato e quella di fallimento. In Cass. Civ. Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935, *cit.*, infatti, la Corte, ha affermato che il giudice non può provvedere ad un bilanciamento degli interessi coinvolti dalla scelta tra concordato preventivo e fallimento. Ciò nonostante, la stessa sentenza conclude ammettendo la possibilità che in concreto si possa abusare della domanda di concordato, anche con riserva e se ne possa dichiarare l'inammissibilità.

⁸²² LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, op. cit.; AMATORE, *Concordato preventivo con riserva e revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173 L. F.*, in [www. Il fallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); *ivi* PANZANI, *Il concordato con riserva*

⁸²³ Trib. Benevento, 29 agosto 2013, *cit.*, Trib. Tortona 8 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Perugia, 4 ottobre 2012, *cit.*

⁸²⁴ Art. 161 comma 1 regio decreto 16 marzo 1942: "*La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e' proposta(...), al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza*"

⁸²⁵ Ossia la forma del ricorso sottoscritto dal debitore ex art 161 comma 6 L. F.

⁸²⁶ Cass. Civ. 4 maggio 2018, n. 10752, in *Il Fallimento* 8/9, 2018, p. 973 secondo cui "*Nel concordato preventivo la causa concreta è da intendersi "come obiettivo specifico perseguito dal procedimento", donde essa non ha un 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 e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*". Sul tema L.A. BOTTAI, *Opportune precisazioni sull'attestazione ex art. 161 L. F. e sul controllo di fattibilità* in *Il Fallimento* 8/9, 2018 p. 980, segnala che il richiamo alla causa concreta equivale a verificare, sempre, "*il raggiungimento dell'obiettivo concordatario (o causa), riassunto nel superamento della crisi, da un lato, e nella parziale soddisfazione dei crediti, dall'altro*"

⁸²⁷ E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, op. cit. p. 59

Come pare evidente, la soluzione della questione assume rilevanza, ai fini dell'approfondimento della fattispecie dell'abuso del concordato con riserva.

Qualora si ammettesse un sindacato del tribunale esteso, già nella fase della presentazione del ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F., alla causa concreta della predisponenda proposta di concordato, infatti, sarebbe possibile per l'organo giudicante valutare la censurabilità della condotta del debitore ricorrente sotto il profilo della deviazione delle finalità dello strumento processuale utilizzato.

Un tale tipo di sindacato, sebbene nella fase successiva all'emissione del decreto di fissazione del termine, pare essere previsto dal legislatore, considerato che ai sensi dell'art. 161 comma 8 L. F.⁸²⁸, il tribunale è legittimato a sindacare l'idoneità dell'attività del debitore finalizzata alla predisposizione del piano e della proposta.

Ovviamente un'attività dilatoria e comunque non finalizzata alla soluzione della crisi d'impresa è per definizione inidonea alla predisposizione di un piano e di una proposta.

A ben vedere, tuttavia, questa conclusione presuppone una ricostruzione della natura del concordato con riserva come fattispecie non autonoma, mera forma semplificata di accesso al concordato preventivo⁸²⁹.

Solo in questo modo, infatti, è possibile affermare che la condotta di chi ricorre al tribunale ex comma 6 art. 161 L. F. è censurabile perché non persegue *ab initio* le finalità proprie del concordato preventivo di cui si sta predisponendo la proposta.

Considerando invece il ricorso prenotativo di cui si discorre come fattispecie autonoma, di natura concorsuale, oggetto di comparazione saranno le finalità astratte del procedimento ex comma 6 art. 161 L. F. e le finalità perseguite in concreto dal ricorrente.

La stessa Cassazione⁸³⁰, pronunciandosi anche in tema di concordato con riserva⁸³¹, ha individuato lo scopo dello stesso nella regolazione della crisi dell'impresa attraverso un accordo tra debitore e creditori.

Proprio adottando il criterio teleologico, quindi, si giunge ad affermare che compie un abuso il debitore che propone il ricorso di cui al comma 6 dell'art. 161 L. F., allo scopo, non di regolare la crisi, ma di differire la dichiarazione di fallimento⁸³².

⁸²⁸ Art. 161 comma 8 regio decreto 13 marzo 1942, n. 267: “ *Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori*”

⁸²⁹ VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico sistematiche della miniriforma*, in www.illfallimentarista.it

⁸³⁰ Cass. Civile, Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, cit.; sul punto anche Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521 in

⁸³¹ Le Sez. Un. considerano inammissibile per abuso del processo, la domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, quando è presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento

⁸³² Sul punto Tribunale Napoli nord, 25 febbraio 2015, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2016, p. 301, evidenza che relativamente agli strumenti di composizione della

In questo caso, ovviamente, si fa riferimento a quell'indirizzo per cui il tribunale non deve limitarsi a verificare la regolarità formale della domanda, ma deve accertare che il debitore stia cercando di risolvere la crisi attraverso un accordo con i creditori e non di deviare l'istituto verso altre finalità⁸³³.

E' bene sottolineare, sempre in virtù del fatto che può accedere al concordato con riserva sia il debitore insolvente che quello semplicemente in crisi, che la citata conclusione della cassazione deve essere limitata all'ipotesi in cui sussistano i requisiti oggettivi per il fallimento.

Solo in tale circostanza, infatti, può venire in rilievo quell'"utilizzo di strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti" indicato dalla Suprema Corte.

Esclusivamente nel caso in cui il soggetto sia fallibile, invero, lo stesso potrebbe strumentalizzare la procedura del ricorso di cui si discorre allo scopo di differire una sua certa dichiarazione d'insolvenza.

E' ovvio, quindi, che aderendo a tale tesi, si dovrà concludere nel senso che il tribunale, prima di ritenere il ricorso inammissibile, ha l'onere di valutare la sussistenza, in capo al ricorrente, per gli scopi che qui interessano, anche del requisito oggettivo, consistente nello stato di crisi o insolvenza.

Segue. La posizione dei creditori e il suo sacrificio: la questione della sproporzione ingiustificata

Secondo la giurisprudenza, si ha violazione del divieto di abuso del diritto quando il titolare della posizione giuridica lo esercita con modalità censurabili,

crisi d'impresa, "può ravvisarsi abuso del diritto ogni qualvolta gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano deviati dalla loro funzione tipica: ciò ben può verificarsi "quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano svolte con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'automatic stay. In tal senso la previsione di cui all'art. 161 co. 9 L. F., che impedisce per un biennio la riproposizione di una domanda di preconcordato qualora alla prima non abbia fatto seguito l'ammissione, costituisce un'esplicita e paradigmatica positivizzazione dei limiti che il legislatore ha voluto porre all'utilizzo abusivo dello strumento, ma non esaurisce di certo le possibili ipotesi di condotte abusive, la cui individuazione e valutazione non può che essere demandata all'attività interpretativa del giudice"

⁸³³ G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2016, p. 323 secondo cui, nell'ipotesi di abuso, "dinanzi alle scelte processuali del debitore, il Tribunale dovrà preliminarmente verificare in concreto che l'istituto non si pieghi a finalità diverse da quelle per cui è predisposto: l'indagine dovrà essere rigorosamente condotta in concreto e non meramente in astratto". In giurisprudenza, Cass. civ. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Dir. Fall.*, 5, 2012, p. 472 con nota di MARTORANO, ha affermato che "la limitazione dei poteri del giudice, in sede di omologazione del concordato, al controllo di legalità della procedura, con la conseguente esclusione di ogni valutazione in ordine al merito della proposta, non impedisce pertanto al tribunale di verificare l'eventuale abuso dell'istituto in esame"

generando “una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente su una qualche controparte”⁸³⁴.

Non è possibile, quindi, qualificare una condotta come abusiva quando il titolare del diritto lo esercita per soddisfare l'interesse per cui il diritto è stato attribuito, con modalità che ne comportano il soddisfacimento con il minor sacrificio possibile per le altrui posizioni giuridiche.

Poiché il giudizio sull'abuso del diritto è focalizzato sulla comparazione degli opposti interessi, dell'agente e delle sue controparti, in questa sede si approfondirà la posizione di quest'ultime nella fattispecie del ricorso prenotativo ex comma 6 dell'art. 161 L. F..

A tale scopo, occorre fare una distinzione, tra le ipotesi in cui la domanda di concordato con riserva sia proposta in alternativa ad un'istanza di fallimento già presentata⁸³⁵, dall'ipotesi in cui alcuna procedura di natura fallimentare sia stata ancora intrapresa e il debitore depositi il ricorso richiedendo l'*automatic stay*, in attesa di presentare il piano e la proposta o l'accordo di ristrutturazione

Nel primo caso, infatti, salvo l'ipotesi di iniziativa del PM, tra i creditori dell'imprenditore, emergerà il creditore istante il fallimento.

Si tratta a questo punto di verificare se la posizione di quest'ultimo assuma un ruolo particolare ai fini della valutazione del sacrificio causato dalla condotta astrattamente censurabile del debitore.

In una pronuncia di merito⁸³⁶, ormai non recente, infatti, i giudici hanno escluso la violazione del divieto di abuso del diritto nell'ipotesi di domanda di concordato con riserva presentata successivamente all'istanza di dichiarazione di fallimento, nell'ipotesi in cui il creditore istante si sia accordato con il debitore decidendo di desistere dalla propria istanza di fallimento.

La corte è giunta a tale conclusione valorizzando proprio la posizione del creditore procedente⁸³⁷, negando che, nel caso concreto, si potesse rinvenire una sproporzione tra il beneficio del debitore e il sacrificio della controparte⁸³⁸.

La Corte di merito, quindi, nell'ipotesi in cui vi sia una concomitanza tra procedimento fallimentare e concordato con riserva, ha individuato come unica controparte del debitore il soggetto istante per la dichiarazione di fallimento.

⁸³⁴ Cass. Civ. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.;

⁸³⁵ o comunque presentata subito dopo al ricorso ex comma 6 art. 161 L. F.

⁸³⁶ Corte di Appello Milano, 21 febbraio 2013, cit.

⁸³⁷ Si innesta in tale filone anche il Trib. Napoli nord, 25 febbraio 2015, su Il fallimentarista, che afferma che “*criterio decisivo per valutare la sussistenza dell'abuso è verificare se esso in concreto comprima illegittimamente gli interessi dei creditori, e in particolar modo del creditore procedente per il fallimento, portatore di un interesse giuridicamente rilevante in tal senso. Non sfugge infatti a questo Tribunale che, qualora l'interesse del creditore procedente non sussista o non sia più attuale, la condotta(...)non potrebbe più qualificarsi come abusiva*”

⁸³⁸ La Corte di Appello afferma che “*laddove il ricorso da parte dell'imprenditore allo strumento del pre-concordato, dopo aver già presentato una domanda di concordato, può in astratto anche configurare un utilizzo abusivo delle facoltà normativamente riconosciute, tuttavia nella specie deve escludersi che si sia realizzata tale ipotesi e ciò proprio in base a quella valutazione degli opposti interessi a cui prima si faceva cenno. E invero non risulta che la condotta della debitrice abbia arrecato un pregiudizio all'unico creditore procedente il quale ha anzi addirittura reclamato la sentenza dichiarativa di fallimento (fatto assolutamente inusuale), così dimostrando di aver fiducia nella possibilità (...del debitore..) di raggiungere un accordo soddisfacente con le banche e di addivenire a un superamento della crisi*”

Occorre così chiedersi se, nel caso di specie, ai fini della valutazione della condotta abusiva sia sufficiente considerare solo la posizione di tale creditore o, invece, sia necessario considerare le posizioni di altri soggetti.

Al riguardo, l'analisi deve necessariamente essere focalizzata su quanto disposto dall'art. 168 L. F., che disciplina gli effetti del ricorso di cui all'art. 161 L. F..

Se la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, quindi, produce l'impossibilità per tutti i creditori di iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, è alla posizione di tutti i creditori per titolo o causa anteriore che occorre far riferimento per verificare eventuali pregiudizi generati da condotte abusive⁸³⁹.

Dette conclusioni, a maggior ragione, devono essere utilizzate nell'ipotesi in cui un possibile abuso del diritto si rinvenga nella condotta del debitore che, nonostante non sia stata proposta istanza di fallimento, presenti una domanda prenotativa di concordato con fini meramente dilatori.

Chiarito che le posizioni da valutare sono quelle di tutti i creditori per titolo o causa anteriore indicati all'art. 168 L. F., sorge, tuttavia, un'altra questione.

Si tratta di valutare, a questo punto, se le citate posizioni, ai fini della verifica di un possibile abuso del diritto, debbano essere analizzate singolarmente, o, invece, sia possibile considerare l'eventuale pregiudizio di un ipotetico ceto creditorio.

E' evidente che propendere per l'una piuttosto che per l'altra soluzione, non pare privo di rilevanza, atteso le enormi difficoltà che una valutazione delle posizioni individuali comporterebbe in tema di accertamento di eventuale pregiudizio.

L'analisi, quindi, si deve necessariamente spostare su un altro versante e incentrarsi sulla possibilità di configurare un centro autonomo di imputazione di interessi diverso da quello dei singoli creditori.

Al riguardo si segnala che l'indirizzo che tradizionalmente ha negato l'esistenza di un autonomo centro di interessi del ceto creditorio, nei procedimenti concordatari, ha sempre affermato che, nell'ambito della tutela del proprio credito, *“ogni creditore è legittimamente (...) homo homini lupus nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso”*⁸⁴⁰.

Con una pronuncia in tema di fallimento, ma estensibile logicamente anche alle procedure concordatarie, la Suprema Corte⁸⁴¹ ha negato la configurabilità di un centro di interessi autonomo, distinto da quello dei singoli creditori, in quanto *“il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori*

⁸³⁹ F. MACRI, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, op. cit. p.p. 17-18, secondo cui *“sembra riduttivo limitare alla sola posizione del creditore istante per la dichiarazione di fallimento l'analisi dell'eventuale pregiudizio derivante dalla successione fra domanda di concordato destinata all'inammissibilità e domanda di concordato con riserva”*

⁸⁴⁰ G. D'ATTORRE, *Le sezioni unite riconoscono (finalmente) il conflitto d'interessi nei concordati*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2018, p. 964

⁸⁴¹ Cass. CIV. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Il Fallimento*, 2011, p.p. 403 s.s. e in *Giur. comm.*, II, 2012, p. 276

concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinto da alcun patto che comporti, in una qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli”.

Contro tale tesi, è emerso recentemente un diverso indirizzo, sposato anche dalla Corte di Cassazione, secondo cui la massa dei creditori, pur non essendo un autonomo soggetto di diritto, è comunque titolare di un proprio interesse distinto da quello dei singoli⁸⁴².

A supporto di tale teoria si citano le previsioni di cui all’art. 40 L. F., in tema di conflitto d’interessi nell’ambito del comitato dei creditori⁸⁴³.

Il fatto stesso, infatti, che il legislatore abbia previsto un possibile conflitto di interessi, nell’ambito del fallimento, dimostra che la massa dei creditori ha un interesse distinto da quello dei singoli, posto che *“la esistenza di un conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno non in ogni caso ma solo allorquando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi (sia esso dotato o meno di personalità giuridica) e il suo rappresentante”*⁸⁴⁴.

Milita a favore di tale tesi, inoltre, anche quanto disposto dall’art. 127 commi 5⁸⁴⁵ e 6⁸⁴⁶ L. F. e dall’art. 177, comma 4, L. F.⁸⁴⁷..

Anche tali norme, infatti, nella parte in cui escludono il voto di determinati creditori, allo scopo di neutralizzare l’eventuale conflitto, confermano la possibilità dell’esistenza di un possibile contrasto tra l’interesse proprio dei singoli creditori e l’interesse comune⁸⁴⁸.

Precisato, quindi, che la posizione da valutare ai fini dell’accertamento dell’abusività della condotta non è quello individuale dei singoli ma l’interesse comune di tutti i creditori con titolo o causa anteriore⁸⁴⁹, è necessario verificare di che tipo di interesse si discorre, per poi comprendere se e quando lo stesso possa considerarsi sacrificato, in modo ingiustificatamente sproporzionato, dall’esercizio del diritto del debitore che presenta ricorso con riserva.

⁸⁴² Cass. Civ., SS. UU., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Il Fallimento*, 8/9, 2018, p. 960

⁸⁴³ Art 40, comma 6 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“ Il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione”*

⁸⁴⁴ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.

⁸⁴⁵ Art. 127 comma 5 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“ Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini fino al quarto grado e coloro che sono diventati cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento”*

⁸⁴⁶ Art. 127 comma 6 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“La stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo”*

⁸⁴⁷ Art. 177 comma 4 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 *“Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato”*

⁸⁴⁸ G. D’ATTORRE, *Le sezioni unite riconoscono (finalmente) il conflitto d’interessi nei concordati*, op. cit., p. 965

⁸⁴⁹ L. GALANTI, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2016 p. 1588 sottolinea che è necessario che dalla condotta derivi un danno ai creditori, da valutare rispetto al miglior trattamento conseguibile dal ceto creditorio in presenza di un corretto utilizzo della procedura concordataria oppure a fronte dell’alternativa fallimentare

Prima di procedere a tali verifiche, si reputa opportuno escludere che la posizione eventualmente sacrificata possa coincidere con l'interesse alla pronuncia di fallimento del debitore.

Ciò, per due ordini di motivi.

Da una parte, infatti, si è già notato che non sempre stato di crisi e d'insolvenza coincidono. Nelle ipotesi in cui l'imprenditore è in crisi, ma non insolvente, lo stesso ben può richiedere un termine ai sensi del comma 6 dell'art. 161 L. F., ma è impossibile riconoscere ai creditori di quest'ultimo un interesse da tutelare al fallimento del proprio debitore, mancando i presupposti per un eventuale dichiarazione.

Da altra parte, invece, sembra presente in giurisprudenza un indirizzo per cui, in tema di revoca del concordato, non sia individuabile nei creditori concordatari un diritto all'eventuale dichiarazione di fallimento del proprio debitore⁸⁵⁰.

Se non è possibile tutelare tale interesse in sede di revoca del concordato ex art. 173 L. F., in una fattispecie, quindi, prevista espressamente dal legislatore, pare difficile invocare tale esigenza di tutela in un'ipotesi non prevista dalla legge, come quella dell'abuso del concordato con riserva.

Né, a parere di chi scrive, l'interesse, il cui sacrificio possa giustificare una censura della condotta del richiedente il concordato prenotativo, può essere individuato nel diritto di credito vantato dalle controparti nei confronti di quest'ultimo.

Come appare evidente, infatti, nella massa di creditori, ben possono convivere le posizioni di chi ha presentato istanza di fallimento, in quanto il suo rapporto contrattuale con il debitore è già entrato in una fase patologica, da chi, in realtà, continua a vantare un diritto ad una prestazione non ancora scaduta.

Mentre per quest'ultimi, la tutela del diritto di credito potrebbe eventualmente giustificare una valutazione in termini negativi della condotta del debitore, una tale verifica, per coloro che hanno richiesto il fallimento, è da escludere, essendo il rapporto già nella fase dell'esecuzione coattiva dei diritti, ed essendo il fallimento finalizzato proprio ad attuare la responsabilità patrimoniale del debitore⁸⁵¹.

Che poi la tutela del credito, nel concordato, non sia lo scopo principale del legislatore, sarebbe evidente anche da quanto disposto dall'art. 161 comma 2,

⁸⁵⁰ Cass. Civ. 04 maggio 2018, n. 10755, in banca dati Puris, secondo cui “ *i creditori concordatari non sono portatori di un interesse immediato e diretto che gli possa far assumere la qualifica di litisconsorti necessari, neppure nella fase che conduce all'eventuale dichiarazione di fallimento, non avendo essi un diritto al fallimento (o al mancato fallimento) del proprio debitore, sicché la comunicazione prevista, nei loro confronti, dall'art. 173, comma 1, L.F., si atteggia a semplice "litis denuntiatio"*”

⁸⁵¹ Sul tema si segnala G. TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Roma, 2011, p. 143 s.; M. FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO E F. MACARIO, Milano, 2010, p. 460 s.; F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 356 s.; L. A. BOTTAI, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, op. cit., p. 64, secondo cui “*la procedura fallimentare serve notoriamente ad attuare la responsabilità patrimoniale del debitore e quindi, essa come il concordato fallimentare, "incidono sulla fase dell'esecuzione coattiva dei diritti"*”

lett. e), L. F., nella parte in cui prevede che la proposta di concordato debba indicare le “*utilità*” che il debitore vuole assicurare ai propri creditori⁸⁵².

Secondo alcuni, infatti, con tale espressione il legislatore ha riconosciuto al creditore la possibilità di acconsentire ad una soluzione che preveda una soddisfazione di bisogni diversi dalla maggiore realizzazione del proprio credito⁸⁵³.

Escluso quindi il diritto di credito, quale posizione il cui sacrificio consente all’interprete di dubitare della legittimità dell’esercizio del diritto, occorre verificare se tale ruolo possa essere rivestito dal diritto alla garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. riconosciuto al creditore.

Pare certo, infatti, che il diritto della crisi d’impresa sia diretto a regolare fenomeni che attengono all’attuazione della garanzia patrimoniale⁸⁵⁴.

Tale garanzia, tuttavia, nell’ambito delle procedure concordatarie, finisce per essere attuata in diversi modi, finendo, anch’essa per essere contemperata con altri valori⁸⁵⁵.

Detto ciò si potrebbe dire che dopo la pubblicazione del ricorso con riserva nel registro dell’imprese, il diritto dei creditori derivante dall’art. 2740 c.c. sarebbe sacrificato dagli effetti previsti dall’art. 168 comma 1 L. F., che impedisce loro di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari.

Tale norma, tuttavia, secondo la Cassazione è diretta a non alterare *la par condicio creditorum* e per tale motivo condivide con il fallimento la stessa finalità⁸⁵⁶.

Si tratta, inoltre di effetti molto simili⁸⁵⁷ a quelli previsti dall’art. 51 L. F. in tema di fallimento.

Se si considerano gli interessi dei creditori come insieme, e non come singoli, sembra difficile intravedere una lesione del diritto ex art 2740 c.c.

⁸⁵² Art. 161 comma 1 lett. e del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che dispone che il debitore deve presentare con il ricorso “*un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*”

⁸⁵³ A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il Fallimento*, 6, 2017, p.p. 637 s.s.

⁸⁵⁴ M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 3, 2018, p.292

⁸⁵⁵ M. SANDULLI, *Le procedure concorsuali. Lineamenti delle procedure concorsuali*, in *Manuale di diritto commerciale*, ideato da V. Buonocore, Torino, 2015, p.1036, secondo cui nel concordato preventivo, si crea un patrimonio separato senza possibilità per la massa dei creditori di godere di eventuali beni sopravvenuti o della revocatoria fallimentare

⁸⁵⁶ Cass. Civ. Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935, cit. che, con riferimento all’art. 168 comma 1 L. F., afferma che “*La disposizione, infatti, è diretta a non alterare la par condicio creditorum in pendenza della procedura di concordato e, quindi, ad essa non si può ricondurre l’impedimento all’apertura della procedura di fallimento, che è diretta a realizzare proprio la par condicio*”. In dottrina riconoscono alla norma una funzione di garanzia per l’integrità del patrimonio all’uopo destinato per la *par condicio creditorum*, F.S. FILOCAMO, *Commento Sub art. 168 L. F.*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 1263

⁸⁵⁷ Come è stato già precisato in precedenza, l’art. 51 L. F. prevede delle deroghe disposte dalla legge in materia di credito fondiario

nell'ipotesi in cui il debitore, anche con fini dilatori, presenti un ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F..

In tale ultima ipotesi, infatti, si produrranno gli effetti di cui all'art 168 L. F., che sono posti proprio a tutela del soddisfacimento di tutti i creditori⁸⁵⁸.

Anche a voler spostare l'analisi, dal piano sostanziale a quello processuale, individuando nel generico diritto di difesa ex art. 24 cost, la posizione dei creditori in conflitto con il diritto del debitore, la soluzione non cambierebbe.

Anche in tale ipotesi, il diritto di difesa, infatti, verrebbe compromesso da quanto disposto dall'art. 168 comma 1 L. F., con le relative conseguenze evidenziate in tema di tutela della *par condicio creditorum*.

Occorre segnalare, infine, che oltre al problema di individuare eventuali posizioni in conflitto con il diritto esercitato abusivamente dal debitore, affinché tale abuso possa considerarsi punibile dal giudice, è necessaria una sproporzione ingiustificata tra il beneficio ottenuto da tale soggetto e il sacrificio ricadente sulla sua controparte.

Tale circostanza, nel caso del ricorso ex comma 6 art 161 L. F., pare di difficile accertamento.

Con il deposito del ricorso e la sua successiva pubblicazione nel registro delle imprese, anche quando lo stesso sia effettuato per scopi diversi da quelli previsti dal legislatore, l'imprenditore in crisi o insolvente è costretto comunque a svelare la propria crisi e ad essere sottoposto al controllo del Tribunale e dell'eventuale commissario giudiziale.

Da tale momento, inoltre, il Tribunale ha l'occasione di acquisire informazioni sull'impresa, che saranno utili anche per l'eventuale dichiarazione di fallimento⁸⁵⁹.

Certo, i creditori si vedono paralizzati, essendo impossibile per loro iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, ma a ben vedere si tratta delle preclusioni che gli stessi subirebbero nell'ipotesi di dichiarazione d'insolvenza ai sensi dell'art 51 L. F..

Un' eventuale condotta dilatoria, nell'ipotesi in cui il debitore si trovi in stato d'insolvenza, avrebbe come effetto quello di anticipare, nella peggiore delle ipotesi, di poche settimane il blocco delle azioni esecutive e cautelari.

A fronte di questa attesa, tuttavia, i creditori possono beneficiare di quanto disposto dall'art. 69 bis, comma 2, L. F. secondo cui il c.d. periodo sospetto, ai fini degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, si computa nel caso in cui alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento dalla "*data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*".

Tale disposizione, come già detto, infatti, esprime la preoccupazione del legislatore di evitare che i creditori possano subire un danno per il ritardo nella

⁸⁵⁸ L'art. 168 L. F. consente di salvaguardare il patrimonio del debitore dalle aggressioni dei singoli nell'interesse di tutti i creditori che su esso potranno soddisfarsi

⁸⁵⁹ Cass. Civ. Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935, cit. afferma che la riunione tra la procedura fallimentare già intrapresa e quella di concordato, "*comporta non solo la fruibilità in ciascuna procedura dei materiale probatorio raccolto nell'altra, ma anche lo svolgimento di un pieno contraddittorio tra le parti in ordine ai presupposti oggettivi e soggettivi di entrambe le procedure concorsuali, garantendo il diritto di difesa del debitore*"

dichiarazione del fallimento, derivante dalla necessità del previo esame della domanda di concordato⁸⁶⁰.

Nella diversa ipotesi in cui l'imprenditore non sia insolvente, ma semplicemente in crisi, invece, non si potrà ovviamente parlare di mera anticipazione degli effetti inibitori sulle azioni esecutive e cautelari⁸⁶¹.

Anche in tale ultima ipotesi, tuttavia, ad eccezione dei casi in cui i creditori siano già in possesso di un titolo esecutivo, pare difficile individuare una sproporzione ingiustificata tra le posizioni giuridiche del debitore e dei creditori.

Il primo comma dell'art. 168 L. F., infatti, vieta le azioni esecutive individuali nei confronti del debitore, ma non preclude l'esercizio delle azioni di accertamento e di condanna, né provoca l'interruzione di quelle in corso⁸⁶².

La proposizione del ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F., quindi, non impedisce al creditore di procedere per l'accertamento del credito e di ottenere quindi un titolo esecutivo.

Si tratta, a ben vedere, di valutazioni che devono essere effettuate anche alla luce della durata media e dei relativi costi di un procedimento per il recupero del credito, nel nostro Paese⁸⁶³.

Quelle fin qui analizzate, comunque, riguardano le ipotesi in cui il debitore si sia limitato a chiedere l'emissione di un provvedimento minimo, costituito cioè dal semplice decreto di fissazione del termine di sessanta giorni per il deposito del piano e della proposta o, in alternativa, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Quando invece il debitore chiede con il ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F., un provvedimento più complesso⁸⁶⁴, lo stesso dovrà effettuare una *disclosure* delle proprie intenzioni⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ Cass. Civ. Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935 cit.

⁸⁶¹ Cfr. con quanto affermato da F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, Focus del 13 novembre 2013, in www.ilfallimentarista.it, che in relazione alla previsione del comma 9 dell'art. 161 L. F. segnala che solo nell'ipotesi in cui l'ombrello protettivo dell' *automatic stay*, per lo stesso stato di crisi, si protragga per un periodo superiore a 2 anni, lo stesso risulterebbe "esorbitante rispetto a quella proporzione temporale (rispetto al biennio) ritenuta accettabile". Tale autore, quindi, afferma che secondo il legislatore un ombrello protettivo per il debitore di durata biennale è un sacrificio tollerabile per i creditori.

⁸⁶² R. PROVINCIALI *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974; p. 2279; in tema, vedi Cass. civ. 02 ottobre 2008, n. 24427 in *Il Fallimento*, 2009, 4, p. 486; Cass. Civ. 30 marzo 2005, n. 6672, in *DFSC*, II, 2007, p. 22; Tribunale di Genova Sez. VI, 14 giugno 2016 in *Banca dati Pluris*; Tribunale di Milano, Sez. spec. in materia di imprese, 25 luglio 2014 in *Banca dati Pluris*

⁸⁶³ Sul tema F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3, 2014, pag. 494 che nota come "Proprio la relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto del fare ricorda come le analisi comparative internazionali svolte dalla Banca Mondiale confermano che il sistema della giustizia civile costituisce il tallone d'Achille del nostro sistema economico, collocando l'Italia al 158° posto nel ranking enforcing contracts, con una durata media delle procedure di recupero del credito di 1.210 giorni e un costo pari al 29,9 per cento del credito azionato"

⁸⁶⁴ La complessità, in questo caso riguarda la concessione di un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni o la richiesta del debitore di essere autorizzato al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione ex art 161 comma 7 legge fallimentare, o alla contrazione di finanziamenti urgenti o interinali ex art. 182-quinquies L. F.

In questi casi, quando il Tribunale accerti l'intenzione del debitore di formulare ai creditori una proposta di sistemazione della crisi inidonea a soddisfare la causa concreta del concordato preventivo⁸⁶⁶, la relativa domanda giudiziale può essere, secondo la giurisprudenza⁸⁶⁷, dichiarata inammissibile a tutela dei creditori⁸⁶⁸.

Anche in tale circostanza pare difficile rinvenire nel caso concreto una sproporzione ingiustificata tra il beneficio ottenuto dal ricorrente e il sacrificio ricadente sui creditori⁸⁶⁹.

Tali fattori, hanno indotto qualche autore a sottolineare che i “*danni da ricorso infruttuoso al concordato con riserva sono, a ben vedere, il più delle volte assolutamente marginali*”⁸⁷⁰.

4. Gli effetti dell'abuso della domanda ex comma 6 art 161 L. F.: l'inammissibilità della domanda

Nella ricostruzione fino ad ora operata, si è qualificato l'abuso della domanda di concordato con riserva come una fattispecie di natura processuale.

La già citata sentenza a Sezioni Unite del 15 maggio 2015, n. 9935⁸⁷¹, infatti, ha affermato che quando lo scopo del debitore che presenta domanda di

⁸⁶⁵ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*(appunti sul d.l. n. 83/2012 e sulla legge di conversione), su www.ilcaso.it ; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Il fallimento*, 2013, p. 83

⁸⁶⁶ E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, op. cit., p.59

⁸⁶⁷ Cass. Civ. Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935 cit.

⁸⁶⁸ In tale ipotesi il Tribunale su richiesta del creditore o del PM può dichiarare, sussistendone i requisiti, il fallimento del ricorrente.

⁸⁶⁹ L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. Fall.*, 2016, 6, p.1569, afferma che “*sebbene i creditori possano risultare sempre danneggiati, in termini quanto meno potenziali, dall'allungamento dei tempi procedurali insiti nella riproposizione di una domanda, si dovrà verificare se, oltre a tale danno «astratto», sia in concreto configurabile una sproporzione ingiustificata tra l'effettivo interesse perseguito tramite la condotta del debitore e il minor soddisfacimento che, a fronte della medesima, viene garantito al ceto creditorio. Si tratta di una verifica - per nulla semplice - che non sempre viene condotta esplicitamente.*”

⁸⁷⁰ F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, op. cit. , pag. 494

concordato, anche con riserva, è quello di differire la dichiarazione di fallimento, “*la domanda di concordato si deve considerare inammissibile(...)in quanto integra gli estremi dell’abuso del processo*”

La conclusione di cui sopra, ai fini della sanzione, acquisisce un’elevata rilevanza, posto che, come in altra sede precisato⁸⁷², mentre nell’ipotesi di abuso c.d. sostanziale, la dottrina e la giurisprudenza hanno teorizzato sanzioni, oltre che risarcitorie, anche di natura reale, nell’ipotesi in cui a essere oggetto di deviazione dagli scopi è uno strumento processuale, gli stessi interpreti s’interrogano tuttora sulla possibilità di tutelare le controparti adottando rimedi aggiuntivi al semplice risarcimento danni⁸⁷³.

Nonostante, tale situazione, i giudici di legittimità, appurata la sussistenza di una condotta finalizzata a strumentalizzare la domanda di concordato prenotativo, hanno in più di un’occasione affermato l’inammissibilità della stessa, senza, tuttavia, motivare sul punto.

La questione, inoltre, assume maggior rilievo in virtù di quanto disposto dalla legge fallimentare italiana, che, in norme dedicate, disciplina il regime dell’inammissibilità della domanda di cui si sta trattando.

Il legislatore, infatti, commina in modo espresso, al comma 9 dell’art. 161 L.F. l’inammissibilità quando “*il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l’ammissione alla procedura di concordato preventivo o l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti*”.

Si tratta, come si ricorderà, di una disposizione emanata allo specifico scopo di impedire la “*reiterazione di domande poco serie di preconcordato*”⁸⁷⁴.

Non prevede l’inammissibilità, ma l’improcedibilità, invece, l’ultimo periodo dell’art. 161 comma 6 L. F.⁸⁷⁵ che attribuisce al tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale, la legittimazione a dichiarare la domanda improcedibile, quando emerge che il debitore abbia posto in essere una delle condotte previste dall’art. 173 L. F.⁸⁷⁶.

⁸⁷¹ richiamata in tutte le successive pronunce di merito e legittimità in materia di abuso di concordato

⁸⁷² Cap. II

⁸⁷³ L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, cit., alla nota 28, rileva come “*in ipotesi di abuso, il giudice dovrebbe analizzare le diverse soluzioni ipotizzabili, evitando che l’abuso del processo porti tout court ad un rifiuto di analisi nel merito della domanda*”; cfr. G. AGRUSTI, *L’abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, cit

⁸⁷⁴ F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, cit.

⁸⁷⁵ Art. 161 comma 6 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 : “*(...)Il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall’articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all’ articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda 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*”

⁸⁷⁶ In tale ipotesi, l’improcedibilità è una sanzione per la condotta estrinseca all’atto processuale, consistente nel compimento degli atti di frode di cui all’art. 173 L. F. Sul punto F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, cit

Ha ad oggetto testualmente la proposta e non la domanda, invece, la fattispecie di cui al combinato disposto degli articoli 161 comma 6⁸⁷⁷ e 162 comma 2 L. F.⁸⁷⁸, che prevede l'obbligo per il Tribunale di pronunciare l'inammissibilità della proposta, quando il debitore, nel termine fissato ex comma 6 dell'art. 161 L. F. non deposita la proposta e il piano, o, in alternativa un accordo di ristrutturazione⁸⁷⁹.

Riassumendo quanto espressamente previsto dal legislatore fallimentare, quindi, si potrebbe affermare che mentre l'inammissibilità della domanda deriva da un vizio genetico dell'atto introduttivo, la dichiarazione della sua improcedibilità riguarda vizi attinenti alla condotta del soggetto che pone in essere l'atto, ma che per definizione è connotata da vizi esterni all'atto stesso.

Ma se così stanno le cose, occorre chiedersi perché la giurisprudenza è concorde nell'applicare, in ipotesi in cui ravvisi un abuso della domanda prenotativa, la sanzione dell'inammissibilità.

Se ad essere censurata è, infatti, la condotta del debitore che strumentalizza un atto processuale e non un vizio genetico dello stesso⁸⁸⁰, l'unica sanzione possibile dovrebbe essere l'improcedibilità⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ Art. 161 comma 6 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267: *“L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato(...), riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine (...) Nello stesso termine, in alternativa,(...) il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo”*

⁸⁷⁸ Art. 162 comma 2 regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 *“Il Tribunale, se all'esito del procedimento 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”*

⁸⁷⁹ Secondo F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, cit., è corretto il riferimento alla proposta e non alla domanda, in quanto la tardività, in questo caso non sembra coinvolgere direttamente l'atto introduttivo, che ha esaurito la sua funzione. Lo stesso autore, evidenzia, però, che il riferimento all'inammissibilità della proposta, nella cronologia del procedimento di concordato con riserva, può presentare delle criticità, nella parte in cui si riferisce ad un vizio genetico di una proposta che, nell'ipotesi di cui si sta trattando, non è stata ancora presentata. In questo caso *“resta problematico individuare le reali conseguenze della sanzione”*. Si precisa, infine che identica sanzione è prevista espressamente anche nell'ipotesi in cui il debitore non adempia agli obblighi informativi previsti dall'art. 161 L. F. sul punto L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, cit.

⁸⁸⁰ L'analisi, della questione, non può non partire dal concetto di inammissibilità, nell'ambito del diritto processuale. In genere è inammissibile la domanda carente dei requisiti minimi previsti dalla legge, tale da impedire al giudice di esaminare il merito della controversia. L'inammissibilità, quindi, può essere considerata una *species* del *genus* dell'invalidità caratterizzandosi, rispetto alla categoria generale, per il difetto di un elemento indispensabile per potersi inserire nella sequenza procedimentale e coltivarne l'incedere verso la decisione di merito. Sul tema A. CERINO CANOVA-CONSOLO, voce *«Inammissibilità e improcedibilità: I) Dir. proc. civ.»*, in Enc. Giur. Treccani, XVI, Roma, 1995; si riferisce all'inammissibilità come preclusione all'indagine di merito, anche G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 786

⁸⁸¹ In più, si sottolinea che una sanzione per una condotta inidonea al raggiungimento della finalità prevista dal legislatore, nell'ambito del concordato prenotativo, è espressamente prevista dall'art. 161 comma 8 L. F. e consiste nella possibilità per il tribunale di ridurre il termine fissato con decreto.

Analizzando una delle pronunce più recenti⁸⁸² in tema di abuso del concordato, i giudici hanno fatto riferimento alla precedente decisione, sempre delle Sezioni Unite⁸⁸³, avente ad oggetto la parcellizzazione della domanda giudiziale, da intendere come abuso del diritto del creditore.

La cosa assume particolare rilevanza, posto che in dottrina qualche autore ha individuato quest'ultima ipotesi come l'unico caso in cui i giudici, qualificando una fattispecie come abusiva, hanno rinunciato a pronunciarsi nel merito⁸⁸⁴.

Proprio in relazione a tale fattispecie, tuttavia, i giudici di legittimità, nell'arco del tempo, hanno spesso riqualificato la condotta dell'attore e la possibile sanzione.

Superando le pronunce più datate⁸⁸⁵, in cui si era ritenuto il comportamento del creditore legittimo, infatti, la Suprema Corte, rilevando che il frazionamento del credito si ponesse in contrasto con il principio di correttezza e buona fede nonché con quello del giusto processo e della ragionevole durata del medesimo, aveva affermato l'inammissibilità delle domande aventi una frazione soltanto dell'unico credito⁸⁸⁶.

Tale orientamento, tuttavia, è stato a sua volta sorpassato da quelle pronunce in cui, pur ritenendo la parcellizzazione del credito un abuso del processo, i giudici hanno sottolineato che da un punto di vista sanzionatorio occorresse fare una distinzione.

Secondo quest'ultimo indirizzo, infatti, mentre l'inammissibilità consegue sempre ad un accertamento dell'illegittimità dello strumento adoperato, quando ad essere censurata è la modalità di utilizzo dello stesso, spetta al giudice rimediare agli effetti distorsivi della condotta abusiva, decidendo comunque nel merito⁸⁸⁷.

⁸⁸² La già citata Cass. Civ. Sez. Un. 15 maggio 2015, n. 9935

⁸⁸³ Cass. s.u. 15 novembre 2007, n. 23726, cit.

⁸⁸⁴ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit

⁸⁸⁵ Cass. civ. Sez. Un., 10 aprile 2000, n. 108 in Nuova Giur. Civ., 2001, I, p. 502 con nota di ANSANELLI, che aveva affermato che, in considerazione dell' assenza di norme e principi contrari doveva “ *riconoscersi al creditore di una determinata somma, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, la facoltà di chiedere giudizialmente, anche in via monitoria, un adempimento parziale, in correlazione con la facoltà di accettarlo, attribuitagli dall'art. 1181 c.c., con riserva di azione per il residuo, trattandosi di un potere che risponde ad un interesse meritevole di tutela del creditore stesso senza sacrificare in alcun modo il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni*”

⁸⁸⁶ Cass. Civ. Sez. Un. 15 novembre 2007, n. 23726 in Giur. It., 2008, 4, p. 929 con nota di RONCO, in realtà tale sentenza, aveva concluso, limitando il proprio sindacato alla pronuncia “ *sulle spese (...) e non anche alla presupposta ammissibilità dell'esame delle domande di pagamento frazionato del credito, in ordine alla quale non è stata proposta impugnazione incidentale da parte dell'odierna resistente*”; Cass. Civ. 11 giugno 2008, n. 15476, in Danno e Resp., 2009, 5, p. 519 con nota di ROSSI; Cass. Civ. 22 dicembre 2011, n. 28286 in Giur. It., 2012, 10, p. 2098;

⁸⁸⁷ Il rimedio agli effetti distorsivi della proliferazione delle cause autonomamente introdotte deve individuarsi, secondo la corte o nella riunione delle cause nella liquidazione delle spese di lite. Cfr. Cass. Civ. 3 maggio 2010, 10634 in Corriere Giur., 2011, 3, p. 369 con nota di FIN, che afferma che “ *al riscontrato abuso, tuttavia, non deve seguire il rigetto delle domande così proposte, ma il giudice sarà tenuto, per quanto possibile, ad eliminare gli effetti distorsivi dell'abuso stesso*”; conformi, Cass. Civ. 12 maggio 2011, n. 10488 in banca dati Pluris; *ivi* Cass. Civ. 30 aprile 2014, n. 9488. Cass. Civ. Sez. Un. 10 agosto 2012, n. 14374, in banca dati

Sulla questione, infine, si sono nuovamente pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione⁸⁸⁸, chiamate a rispondere al quesito se il frazionamento delle pretese creditorie in giudizi diversi “*costituisca abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda*”.

I giudici, dopo aver premesso che l'infrazionabilità del singolo diritto di credito deriva dall'indisponibilità dell'oggetto del processo, hanno affermato che non è necessario che la parte agisca in un unico processo, quando i crediti sono distinti e autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti⁸⁸⁹.

Tuttavia, la situazione per cui una “*medesima vicenda esistenziale*” è sottoposta al vaglio di più giudici diversi, oltre che poter contrastare con il principio di economia processuale, può incidere negativamente sulla ragionevole durata del processo⁸⁹⁰, sulla giustizia sostanziale della decisione⁸⁹¹, nonché sulla stabilità dei rapporti⁸⁹².

Ne deriva che le pretese creditorie fondate sul medesimo fatto costitutivo, possono ritenersi proponibili separatamente, ma solo “*se l'attore risulti in ciò assistito da un oggettivo interesse al frazionamento*”.

Secondo tale indirizzo, essendo il principio del giusto processo affidato anche all'attore, il quale deve esercitare il diritto di azione in modo consapevole e responsabile, l'interesse di cui all'art. 100 c.p.c., investe non solo la domanda ma anche, ove rilevante, la scelta delle relative “modalità” di proposizione.

In altre parole la condotta del creditore che fraziona le proprie pretese in una serie di giudizi, non viene più valutato sotto il profilo dell'abuso del diritto, ma sotto quello dell'interesse ad agire⁸⁹³.

E' logico, che quando tale interesse manchi, si possa procedere a dichiarare l'inammissibilità della domanda per carenza di interesse⁸⁹⁴.

Si rileva, subito, che le conclusioni cui sono pervenute in ultimo le Sezioni Unite, sembrano ispirarsi a quegli orientamenti della dottrina⁸⁹⁵ e della

Pluris, invece, suggerisce una possibile responsabilità disciplinare dell'unico difensore che ha omesso di accorpare le posizioni in contestazione

⁸⁸⁸ Cass. civ. Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090 in Riv. Dir. Proc., 2017, 4-5, p. 1302

⁸⁸⁹ Secondo la Cassazione, anzi, il sistema processuale risulta, invero, strutturato su di una ipotesi di proponibilità in tempi e processi diversi di domande intese al recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso

⁸⁹⁰ causata dalla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale

⁸⁹¹ Secondo la Corte la giustizia sostanziale della decisione può essere meglio assicurata “*veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata*”

⁸⁹² in relazione al rischio di giudicati contrastanti

⁸⁹³ M. F. GHIRGA, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in Riv. Dir. Proc., 2017, 4-5, p. 1302

⁸⁹⁴ In questo caso, la carenza di interesse si pone come vizio genetico della domanda, quindi, la sanzione dell'inammissibilità è perfettamente coerente con la ricostruzione sopra effettuata

⁸⁹⁵ M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004 che, presupponendo che non tutti i processi siano utili alla giustizia, inserisce il filtro della “*meritevolezza della tutela richiesta*”, all'accesso al giudizio, richiedendo al giudice, prima di valutare il merito, di accertare anche tale condizione all'azione.

giurisprudenza⁸⁹⁶ che, nella lettura costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c., individuano un sostegno normativo per reagire al fenomeno dell'abuso del processo, in quella specifica configurazione che attiene all'esercizio dell'azione giudiziale.

Secondo questo indirizzo, infatti, il disposto dell'art. 100 c.p.c., impone che chi propone un'azione debba avere una pretesa che assume una rilevanza sia economica che giuridica, posto che, essendo la giurisdizione una risorsa dello stato notoriamente limitata, deve essere riconosciuto al legislatore la facoltà di limitare, implicitamente o esplicitamente, il ricorso al giudice per garantire il bene della ragionevole durata del processo.

Quanto appena evidenziato riguardo all'abuso del creditore per frazionamento della pretesa, sembra applicabile anche in tema di condotta abusiva del debitore, nell'ambito del ricorso di concordato con riserva con finalità dilatorie.

Anche in tali ipotesi, infatti, è possibile affermare la presenza di una "*medesima vicenda esistenziale*" da individuarsi nella crisi dell'imprenditore⁸⁹⁷.

E' ben possibile per l'imprenditore, quindi, fuori dalle ipotesi di cui al comma 9 dell'art. 161 L. F., reiterare più domande⁸⁹⁸, anche alternandole tra ricorso di concordato con riserva e "pieno", ma, in questo caso, è necessario un oggettivo interesse alla riproposizione.

Quando tale interesse, non emerga, giustamente il tribunale può dichiarare la domanda inammissibile per vizi propri della domanda.

Si precisa, che questa è la conseguenza quando la finalità strumentale della domanda è evidente *ab initio*, invece, nell'ipotesi in cui la condotta dilatoria emerga successivamente alla fissazione del termine ex art. 161 comma 6 L. F., la relativa sanzione non può non essere quella testualmente prevista dal legislatore.

Quando l'attività si presenti inidonea per la predisposizione del piano e della proposta, quindi, l'unica sanzione è l'eventuale riduzione del termine fissato.

Qualora il debitore, nel nuovo termine, non presenti la documentazione richiesta, la sanzione, infine, è quella testualmente prevista dall'art. 162 comma 2 L. F..

⁸⁹⁶ Sul punto si segnala Cass. Civ. Sez. Un. 2015, n. 4828 in www.ilcaso.it, che, con riferimento all'interesse a proporre azioni esecutive ha affermato che quando la stessa ha ad oggetto solo crediti di natura patrimoniale, tale interesse "*non può ricevere tutela giuridica se l'entità del valore economico è oggettivamente minima e quindi tale da giustificare il giudizio di irrilevanza giuridica dell'interesse stesso*". Secondo la corte la conclusione non si pone in contrasto con l'art. 24 cost. in considerazione del fatto che poichè "*la giurisdizione è, notoriamente, risorsa statale limitata ben può la legge, esplicitamente o implicitamente, limitare il ricorso al giudice per far valere pretese di natura meramente patrimoniale, tenendo anche conto che il numero delle azioni giudiziarie non può non influire, stante la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi*" che è bene protetto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della CEDU

⁸⁹⁷ Cass. Civ. 31 marzo 2016, n. 6277, in www.ilcaso.it, secondo cui "*rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza il concordato non può che essere unico*"

⁸⁹⁸ Per la Cassazione, sent. 31 marzo 2016, n. 6277, cit., "*qualora la procedura di concordato sia pendente non è configurabile un'ulteriore domanda di ammissione avente carattere di autonomia, a meno che da quest'ultima non si desuma l'inequivoca volontà del proponente (pur se non espressa con formule sacramentali) di rinunciare a quella in precedenza depositata*"

Con riferimento a quest' ultima norma, inoltre, si segnala che la sua portata applicativa sembra abbastanza ristretta, posto che espressamente pare riferirsi solo all'ipotesi in cui una proposta di concordato, anche se fuori tempo massimo, sia stata depositata⁸⁹⁹.

Nella diversa ipotesi in cui dopo la scadenza del termine, il debitore non depositi alcunché, nei fatti manca una proposta che possa costituire oggetto di dichiarazione di inammissibilità.

Tale situazione non è contemplata dall'art. 162 comma 2 L. F., per cui si ritiene che dovendo comunque il tribunale emettere un provvedimento che importi effetti preclusivi per il debitore, la relativa dichiarazione sarà “*di inammissibilità virtuale con funzione di preclusione del futuro*”⁹⁰⁰.

5. La riforma della disciplina della crisi d'impresa: spunti di riflessione

Nel corso della stesura del presente lavoro, il legislatore ha sostanzialmente portato a termine la riforma della disciplina della crisi d'impresa.

Si tratta, a ben vedere, della più organica e completa modifica delle norme in materia di crisi e insolvenza mai realizzata in Italia dal 1942 ad oggi⁹⁰¹.

Ai fini del presente scritto, non pare opportuno commentare l'intera riforma, quindi, si provvederà ad analizzare solo le parti della stessa che più possono offrire spunti di riflessione in tema di abuso del concordato con riserva.

A tale scopo, occorre fare subito una premessa.

⁸⁹⁹Solo in tale ipotesi, la proposta può dichiararsi inammissibile. In tutte le altre circostanze, infatti, manca una proposta eventualmente oggetto di sanzione.

⁹⁰⁰ F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, cit

⁹⁰¹ Cfr. M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, in *Rivista delle Società*, fasc.1, 2018, pag. 137, che analizzando questa riforma, afferma che la l. 19 ottobre 2017, n. 155, pur condividendo con l'intervento del 2006 l'aspirazione ad una riforma complessiva della disciplina concorsuale, opera “*entro un quadro che appare decisamente più organico rispetto a quello del 2006 e che, per lo meno a livello di principi e criteri direttivi, si rivela animato dalla volontà di superare definitivamente il modello della vecchia legge fallimentare, rinunciando all'idea stessa di una primazia — nell'ambito delle soluzioni della crisi d'impresa — della liquidazione concorsuale coattiva*”

L'istituto del concordato prenotativo, non è, infatti, citato nel testo della legge 19 ottobre 2017, n. 155 recante la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

La relazione illustrativa allegata dalla commissione chiamata a stilare lo schema di decreto legislativo recante il codice della crisi e dell'insolvenza, da approvare entro novembre 2018, tuttavia, segnala che, nonostante la possibilità che l'accesso alla procedura concordataria sia preceduto da sistemi di allerta e composizione assistita della crisi⁹⁰², non si è ritenuto eliminare tale istituto in quanto *“non v'è una necessaria propedeuticità della procedura di allerta e composizione assistita della crisi rispetto a quella concordataria e parrebbe eccessivo precludere i benefici dalla proposizione della domanda di concordato con riserva a chi, per le più svariate ragioni, non abbia potuto avvalersi dell'anzidetta procedura stragiudiziale”*.

Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, così, disciplina il procedimento di domanda di concordato con riserva di presentazione del piano e della proposta, all'art. 44, rubricato *“Accesso al concordato preventivo e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione”*.

Tale disposizione, infatti, consente al debitore di presentare domanda di accesso ad un procedura concordata di regolazione della crisi, chiedendo la concessione di un termine, compreso tra trenta e sessanta giorni, non prorogabile in caso di presentazione di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, entro cui depositare il piano e la proposta di concordato oppure un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Si tratta, a ben vedere, dello stesso procedimento fino ad ora disciplinato dall'art. 161 comma 6 L. F., connotato, però, da un dimezzamento dei termini⁹⁰³.

Altra modifica che in questa sede rileva, inoltre, è il divieto di proroga del termine concesso, tutte le volte in cui sia stata presentata una domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale⁹⁰⁴.

Tale disposizione, quindi, supera quanto diversamente disposto dall'ultimo comma dell'art. 161 L. F., che, come ampiamente rilevato in precedenza, prevedeva, nell'ipotesi di pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, che il termine fissato per il deposito della proposta e del piano fosse quello minimo di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di altri sessanta giorni.

Il legislatore, nelle disposizioni riformate appena analizzate, quindi, sembra perseguire la finalità di riduzione dei tempi delle procedure concordate di soluzione della crisi⁹⁰⁵.

⁹⁰² Fattore che, secondo la commissione, potrebbe in molti casi far venire meno le condizioni che oggi giustificano la proposizione di domande di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano

⁹⁰³ Cfr. art. 161 comma 6 L. F.: *“L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato(...), riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni”*

⁹⁰⁴ Si precisa che secondo quando richiesto dalla legge delega, il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, eliminando il termine fallimento, ha diversamente denominato la procedura deputata alla liquidazione giudiziale del patrimonio dell'imprenditore in stato d'insolvenza

La domanda di accesso alla procedura di concordato, inoltre, comporta, in ogni caso, la nomina di un commissario giudiziale⁹⁰⁶ e l'obbligo per il debitore di versare, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, una somma per le spese della procedura, *“nella misura necessaria fino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lett. a)”*⁹⁰⁷.

Dopo la concessione del termine per il deposito della proposta di concordato e del piano, infine, il relativo provvedimento può essere revocato dal Tribunale, in ogni momento, quando si accerti che il debitore abbia posto in essere atti di frode ai creditori ovvero condotte idonee a pregiudicare una soluzione efficace della crisi⁹⁰⁸.

Si tratta a ben vedere, di norme che, delineando in modo differente il procedimento della domanda di concordato con riserva, hanno effetti rilevanti sull'eventuale violazione del divieto di abuso della relativa domanda.

Che il rischio di abuso, nella materia della soluzione concordata della crisi, sia presente nel nostro ordinamento, sembra essere una convinzione anche del legislatore delegante.

Quest'ultimo, infatti, delega il governo a predisporre il testo della riforma dando *“priorita' di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi”*⁹⁰⁹.

E' in tale ottica, quindi, che devono essere analizzate le norme dettate dal legislatore della riforma in tema di effetti della domanda di concordato con riserva.

⁹⁰⁵ Tale finalità è indicata dall'art. 2 comma 1 lett. 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, che indica tra i principi cui il governo si dovrà attenere nell'esercizio della delega, quello di *“ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali”*

⁹⁰⁶ Art. 44, comma 1 lett. b) dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza, secondo cui il Tribunale *“nel caso di domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Si applica l'articolo 49, comma 3, lettera f)”*

⁹⁰⁷ Art. 44, comma 1 lett. d) dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza: *“in caso di nomina del commissario giudiziale, ordina al debitore il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma per le spese della procedura, nella misura necessaria fino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a)”*. L'inadempimento da parte del debitore a tale obbligo, comporta la revoca del provvedimento ai sensi dell'art. 44 comma 2

⁹⁰⁸ Art. 44 comma 2 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza *“Il tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta una delle situazioni di cui al comma 1, lettera b) o quando vi è stata grave violazione degli obblighi informativi di cui al comma 1, lettera. Nello stesso modo il tribunale provvede in caso di violazione dell'obbligo di cui al comma 1, lettera d).*

⁹⁰⁹ Art. 2 comma 1 lett. g) della legge 19 ottobre 2017, n. 155 secondo cui il governo è delegato a riformare la disciplina della crisi d'impresa attenendosi al principio di: *“dare priorita' di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuita' aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa”*

Innanzitutto, è da segnalare, da un punto di vista strettamente formale, che il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, indica, all'art. 46 rubricato "*Effetti della domanda di accesso al concordato preventivo o al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione*", solo due effetti.

Il primo, è relativo alla gestione dell'impresa, disponendo il decreto che dal deposito della domanda di accesso al concordato il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione solo se autorizzato del tribunale.

Il secondo effetto, invece, riguarda l'inefficacia, rispetto ai creditori anteriori, delle eventuali ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione della domanda nel registro dell'impresa⁹¹⁰.

Manca, quindi, nella riformata disciplina del concordato con riserva il c.d. *automatic stay*.

Sul punto, si segnala che la legge delega invitava il governo a riformare la disciplina delle misure protettive, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non fossero idonee a garantire il buon esito della procedura concordataria⁹¹¹.

Il codice da emanare in attuazione della delega, correttamente, quindi, ha disciplinato le c.d. misure protettive⁹¹² in uno spazio diverso da quello degli effetti della domanda di accesso al concordato⁹¹³, in considerazione del fatto che le citate misure saranno solo eventuali⁹¹⁴.

Nel testo della riforma, si prevede, infatti, che l'impossibilità per i creditori di proseguire o iniziare le azioni esecutive o cautelari consegua solo a

⁹¹⁰ Art. 46 del codice della crisi e dell'insolvenza: "*Dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura di cui all'articolo 47, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. In difetto di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il tribunale dispone la revoca del decreto di cui all'articolo 44, comma 1. 2. La domanda di autorizzazione contiene le idonee informazioni sul contenuto del piano o sulle trattative in corso. Il tribunale può assumere ulteriori informazioni, anche da terzi e acquisisce il parere del commissario giudiziale, se nominato. 3. Successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione, sull'istanza di autorizzazione provvede il giudice delegato. 4. I crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili. 4. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori*"

⁹¹¹ Art. 6 comma 1 lett. b) della legge 19 ottobre 2017, n. 155, che delega il governo a "*procedere alla revisione della disciplina delle misure protettive, specialmente quanto alla durata e agli effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura;*

⁹¹² L'art. 2 lett p) del codice della crisi e dell'insolvenza definisce le misure protettive come "*le misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza*"

⁹¹³ Anche perché tali misure protettive, un tempo non previste in sede prefallimentare, saranno con la riforma richiedibili anche nella fase di accesso alla procedura di liquidazione giudiziale o in quella di composizione assistita della crisi

⁹¹⁴ Cfr. con V. LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, in *Il fallimentarista*, focus del 27 aprile 2018 secondo cui, il venir meno dell' *automatic stay*, anticipa quello che dovrebbe essere previsto nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio europeo in tema di ristrutturazione dei debiti.

un'apposita richiesta presentata dal debitore, all'atto del deposito della domanda di ammissione alla procedura concordataria⁹¹⁵.

La durata delle misure protettive, inoltre, è dal riformatore sottoposta alla valutazione del giudice, che entro i successivi quindici giorni è tenuto a revocare o confermare gli effetti protettivi, stabilendo, in quest'ultimo caso, la relativa durata⁹¹⁶.

Si evidenzia, inoltre, che, sulle misure di protezione eventualmente concesse, il giudice dovrà avere un costante controllo, in considerazione del fatto che, anche dopo la loro conferma, le stesse sono sempre revocabili o modificabili, quando il debitore compia atti di frode o quando la sua condotta non è idonea a pervenire alla regolazione della crisi⁹¹⁷.

Si segnala come questa disciplina delle misure di protezione del patrimonio del debitore, possa, in futuro, creare difficoltà, in virtù del rapporto tra il procedimento finalizzato a regolare la crisi dell'imprenditore e le singole procedure esecutive promosse individualmente dai creditori dello stesso. Quando le misure non saranno richieste o comunque concesse, infatti, i creditori potranno agire in via esecutiva, anche se una domanda di concordato sia stata già presentata. Nell'ipotesi in cui il debitore abbia presentato richiesta di accesso alla procedura con riserva di presentare la proposta e il piano, la sussistenza di azioni esecutive potrebbe, quindi, incidere sulla futura fattibilità del piano⁹¹⁸.

A fronte di tali problemi di coordinamento, tuttavia, la possibile revocabilità o comunque modulazione delle misure protettive, deve essere considerata positivamente, proprio come mezzo per evitare abusi, in quanto consente al giudice di adeguarle alle esigenze del caso concreto⁹¹⁹.

⁹¹⁵ Art. 54 comma 2 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza. *“Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano”*

⁹¹⁶ Art. 55 comma 3 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza: *“Nel caso previsto all'articolo 54, comma 2, il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto gli effetti protettivi, stabilendone la durata, entro quindici giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese. Il decreto è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione. Il decreto è reclamabile ai sensi dell'articolo 124”*

⁹¹⁷ Art. 55 comma 4 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza: *“In caso di atti di frode, su istanza del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del pubblico ministero, il tribunale, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca o modifica le misure protettive. La disposizione si applica anche quando il tribunale accerta che l'attività intrapresa dal debitore non è idonea a pervenire alla composizione assistita della crisi o alla regolazione della crisi e dell'insolvenza”*

⁹¹⁸ V. LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, cit

⁹¹⁹ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, in *Rivista delle Società*, fasc.1, 2018, pag. 137, che pur affermando l'importanza dell'adeguamento al caso concreto segnala che *“che la previsione di un regime di revocabilità delle misure protettive — e, soprattutto, del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali — esigerà un equilibrato raccordo proprio con la garanzia della par condicio, che se non è certo quel requisito assoluto e inderogabile che si viene spesso a postulare (...), si caratterizza nondimeno come la modalità principale di attuazione del concorso dei creditori”*

Oltre alle norme in materia di effetti protettivi sul patrimonio del debitore, anche altre disposizioni della riforma possono essere valutate in ottica anti-abuso.

Si fa in questo caso riferimento ai precetti dettati in materia di procedure di allerta e composizione assistita, nonché a quelle dettate in tema di unificazione della procedura di accertamento della crisi e dell'insolvenza.

Per meglio comprendere le ragioni per cui la previsione di strumenti di allerta e assistenza alla soluzione della crisi possa essere uno strumento utile per contrastare il fenomeno dell'abuso della domanda di concordato con riserva, occorre, a parere di chi scrive, estraniarsi dal contesto della disciplina dell'insolvenza, per valutare alcuni interventi del legislatore in materia di processo civile.

In tale contesto, infatti, la strumentalizzazione della domanda giudiziale è stata dal legislatore combattuta in due modi.

Il primo attiene al tema delle spese. Con la riforma dell'art. 92 c.p.c., ad opera del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modifiche dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, il legislatore, infatti, ha perseguito la finalità di *“disincentivare l'abuso del processo”*, prevedendo che la compensazione possa essere disposta dal giudice solo nei casi di soccombenza reciproca, ovvero, *“nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”*⁹²⁰.

Come fatto notare in dottrina, con tale norma il legislatore avverte colui che assume l'iniziativa processuale, che, nell'ipotesi in cui non vi sia un margine per una pronuncia favorevole, non vi sarà compensazione delle spese.

Secondo tale tesi, questo regime diviene, quindi, un criterio per orientare e indirizzare le scelte processuali di chi utilizza la giustizia, che per definizione è una risorsa scarsa.

Altro strumento per combattere l'accesso strumentale a tale risorsa statale, inoltre, può essere considerata la previsione di strumenti alternativi di risoluzione della controversia⁹²¹, finalizzati a disincentivare il ricorso all'autorità giudiziaria, *“vista come ultima chance alla quale rivolgere la propria domanda di giustizia, nel caso di fallimento delle altre vie percorse”*⁹²².

Ciò premesso, a chi scrive pare chiaro che, nell'emanando codice, il legislatore delegato abbia fatto applicazione degli stessi concetti, adattandoli ovviamente al caso specifico della crisi d'impresa.

In relazione al regime delle spese, infatti, si è già evidenziato che, ai sensi dell'art. 44, comma 1 lett. d) del codice, il debitore che deposita una domanda di concordato con riserva ha l'obbligo di versare, in un termine breve di dieci

⁹²⁰ M. F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo* in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 445 secondo cui *“alla modifica della norma viene espressamente riconosciuta la «funzione di disincentivare l'abuso del processo», laddove si prevede che la compensazione possa essere disposta dal giudice solo nei casi di soccombenza reciproca, ovvero testualmente «nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”*

⁹²¹ Si fa in questa sede riferimento a quanto previsto dall'art. 3 del decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, che disciplina le ipotesi in cui, ai fini della procedibilità della domanda, l'attore è tenuto ad esperire la procedura di negoziazione assistita

⁹²² Così M. F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, cit., sebbene l'autore colleghi tale effetto disincentivante sempre alla disciplina delle spese

giorni, le somme occorrenti per coprire le spese della procedura, pena la revocabilità del provvedimento di concessione del termine.

Con tale disposizione, quindi, si è cercato di razionalizzare l'accesso alla risorsa giustizia, che sarà conveniente e utile solo per colui che ha realmente intenzione di porre in essere un soluzione della crisi fattibile e sostenibile.

Rientra tra gli strumenti alternativi al rimedio giurisdizionale, avendo quasi la funzione di filtro per le domande giudiziali, invece, la c.d. composizione assistita della crisi e, in senso più ampio, gli strumenti di allerta⁹²³ introdotti dalla riforma⁹²⁴.

Entrambi gli istituti costituiscono, probabilmente, le novità che più hanno incuriosito e interessato i commentatori della riforma⁹²⁵.

Con l'introduzione delle misure di allerta il legislatore ha recepito la tendenza, anche europea, della preventiva emersione della crisi come fattore essenziale per la soluzione delle difficoltà patrimoniali dell'impresa⁹²⁶: prevedendo nuove misure per far emergere la crisi o l'insolvenza si mira ad

⁹²³ Art. 15 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza: *“Costituiscono strumenti di allerta gli oneri di segnalazione posti a carico dei soggetti qualificati di cui agli articoli seguenti, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore nel codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione”*

⁹²⁴ Cfr. M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit. secondo cui *“l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (...) richiama l'impostazione seguita dal legislatore nazionale per le procedure conciliative delle liti civili e commerciali”*

⁹²⁵ A. FERRI, *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi*, in *Il Fallimentarista*, Focus del 19 marzo 2018; M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit., pag. 137; G. A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, pag. 1038; R. RANALLI, *La riforma della crisi d'impresa. dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le procedure di composizione assistita. i presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, su www.osservatorio-oci.org

⁹²⁶ Cfr. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, presentata il 22 novembre 2016 dalla Commissione europea, in tema di quadri di ristrutturazione preventiva, seconda opportunità per gli imprenditori falliti e misure di efficienza per le procedure di insolvenza, ristrutturazione e liberazione dai debiti consultabile al link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1510564311784&uri=CELEX:52016PC0723>; M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit.; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, p.p. 873 s.s.. Si segnala, in particolare che le misure di allerta sono già previste dalla legislazione francese, cui il nostro paese si è ispirata. Per approfondimenti si rinvia a G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il Fallimento*, 2009, p.p. 14 s.s. ; M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, p.p. 256 s. s.; G. A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, cit, che evidenzia che nonostante il fatto che la riforma italiana si ispiri alla legislazione francese le previsioni dei due ordinamenti non sono perfettamente sovrapponibili, in quanto la procedura italiana prevede in caso di omessa o inadeguata risposta degli amministratori, l'informativa all'organismo di composizione della crisi di natura non giudiziaria e non, come avviene in Francia, al Presidente del Tribunale del Commercio

evitare che l'intervento giurisdizionale sia richiesto in una fase in cui, per l'impresa, non vi sia altra alternativa che la liquidazione⁹²⁷.

Si tratta, a ben vedere, di un utile strumento per selezionare solo le crisi idonee ad essere superate, evitando, così, che imprenditori ormai "non salvabili" utilizzino le procedure concorsuali solo per guadagnare tempo.

Le misure appena introdotte, condividono, pare evidente, tali finalità con gli istituti previsti dalle passate riforme della legge fallimentare, realizzate ad opera del decreto legge 14 marzo 2005 n. 35 e con il decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5⁹²⁸, ma dagli stessi si differenziano per le modalità con cui operano.

Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa, come fino ad ora disciplinate, infatti, si sono dimostrate incapaci di realizzare una vera e propria anticipazione dell'emersione della crisi, a causa sia di un particolare regime di accesso alle procedure⁹²⁹ sia delle difficoltà che tuttora l'imprenditore manifesta a rendere pubblico il proprio stato.

Consapevole delle difficoltà sorte, il parlamento ha delegato il governo a disciplinare l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura confidenziale e non giudiziale⁹³⁰.

L'iniziativa di tale procedura è, giustamente, sottratta alla discrezionalità esclusiva del debitore e affidata anche a soggetti terzi⁹³¹.

Il sistema si fonda quindi sulla previsione di oneri di segnalazione posti a carico degli organi di controllo societari⁹³² e di creditori pubblici qualificati⁹³³.

Ciò che caratterizza la procedura, inoltre, è il fatto che i soggetti qualificati di cui sopra sono onerati a segnalare l'esistenza di fondati indizi⁹³⁴

⁹²⁷ M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *Il Fallimento*, 2016, p.p. 1032 s.s.

⁹²⁸ Riforme riguardanti gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la disciplina del concordato preventivo

⁹²⁹ Il legislatore consente l'accesso alle procedure negoziate sia all'imprenditore in stato di crisi che a quello insolvente. Nella pratica, l'imprenditore cercherà di approntare una soluzione al proprio stato, quando in realtà si troverà a non riuscire ad adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni. Cfr. M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit

⁹³⁰ Art. 4 comma 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155: "Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo disciplina l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori(...)"

⁹³¹ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit, evidenza che se l'iniziativa fosse lasciata all'arbitrio del debitore "finirebbe per ridursi ad uno strumento assai meno efficace di quello che invece può diventare"

⁹³² Art 4 comma 1 lett. c) legge 19 ottobre 2017, n. 155 che delega il governo a "porre a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi, da individuare secondo parametri corrispondenti a quelli rilevanti ai fini del riconoscimento delle misure premiali di cui alla lettera h), e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare tempestivamente l'organismo di cui alla lettera b)"

⁹³³ Da individuarsi ai sensi dell'art. 4 comma 1 lett. d) nell'Agenzia delle Entrate, Enti previdenziali e Agenti della riscossione

della crisi⁹³⁵ all'imprenditore⁹³⁶, mentre la segnalazione all'organismo di composizione assistita è solo eventuale, nell'ipotesi in cui l'imprenditore non si attivi⁹³⁷.

In ogni caso, comunque, l'organismo deputato a ricevere le segnalazioni, a gestire il procedimento di allerta e ad assistere l'imprenditore è l'organismo di composizione della crisi d'impresa (c.d. OCRI) istituito presso la camera di commercio industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito si trova la sede legale dell'impresa, che opera tramite un referente, a cui spetta nominare un collegio composto da tre membri⁹³⁸.

Tale collegio, ha la funzione, dopo aver convocato l'imprenditore e gli eventuali organi di controllo, di effettuare una prima valutazione dell'esistenza dello stato di crisi.

Mentre nell'ipotesi in cui ritenga non sussistere tale stato, procede all'archiviazione della segnalazione, nell'ipotesi in cui rilevi una crisi, l'OCRI individua con il debitore le possibili misure per porvi rimedio e fissa il termine entro il quale il debitore deve riferire sulla loro attuazione⁹³⁹.

⁹³⁴ L'art. 13 comma 1 dell'emanando codice definisce indicatori di crisi *“gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. Sono indicatori significativi, a questi fini, il rapporto tra flusso di cassa e attivo, tra patrimonio netto e passivo, tra oneri finanziari e ricavi. Costituiscono altresì indicatori di crisi reiterati e significativi ritardi nei pagamenti, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.* Tali indici, ai sensi del comma 2 dell'art. 13 sono sottoposti ad aggiornamento triennale ad opera del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili

⁹³⁵ In realtà mentre gli organi di controllo segnalano tale esistenza, i creditori pubblici si devono limitare a segnalare al debitore che la sua esposizione debitoria nei loro confronti ha superato il limite dell'“importo rilevante”.

⁹³⁶ Si precisa che gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, ad eccezione delle grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione e le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante. Tali imprese escluse sono comunque ammesse a godere delle misure premiali previste dall'articolo 25, se ricorrono le condizioni di tempestività previste dall'articolo 24. Nell'ipotesi in cui la segnalazione provenga dai creditori pubblici, inoltre, la stessa, secondo la legge delega, non deve essere fatta all'imprenditore ma agli organi di controllo

⁹³⁷ La tempestiva segnalazione prima all'organo amministrativo e poi all'OCRI, è utile agli organi di controllo per andare esenti dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo. Per i creditori pubblici qualificati, quale l'Agenzia delle Entrate e gli enti previdenziali, invece, la mancanza della segnalazione causa l'inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari; per l'agente della riscossione, infine, la mancata segnalazione produce l'inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione. Cfr. con quanto statuito all'artt. 14 e 15 del codice della crisi e insolvenza

⁹³⁸ Art. 17 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza

⁹³⁹ La legge 19 ottobre 2017, n. 155, all'art. 4 lett. e) delega il governo a stabilire che l'OCRI *“a seguito delle segnalazioni ricevute o su istanza del debitore, convochi immediatamente, in via riservata e confidenziale, il debitore medesimo nonché, ove si tratti di società dotata di organi di controllo, anche i componenti di questi ultimi, al fine di individuare nel più breve tempo possibile, previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente, le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi”*

Quando il debitore, pur convocato, non si sia presentato o non abbia adottato misure per rimediare allo stato di crisi e non abbia avanzato richiesta di accesso alla composizione assistita, il referente, qualora ritenga sussistere uno stato d'insolvenza, informa il Pubblico ministero⁹⁴⁰ che, nell'ipotesi in cui lo ritenga fondato, presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale⁹⁴¹.

Come detto, per evitare tale ultima iniziativa, il debitore può richiedere di accedere al procedimento di composizione assistita della crisi.

In questo caso, il collegio concede al debitore un termine, massimo di tre mesi,⁹⁴² per cercare una soluzione concordata con i propri creditori.

Se in questo termine, l'imprenditore, assistito anche dall'organismo di composizione della crisi, raggiunge un accordo con tutti o alcuni dei propri creditori, la relativa soluzione produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento ed è iscritto nel registro delle imprese.

Per facilitare il raggiungimento dell'accordo, inoltre, è prevista la possibilità, per il debitore, di richiedere alla sezione specializzata in materia di imprese, nel cui ambito si trova la sede dell'impresa, misure protettive.

Anche in questa circostanza le misure di protezione del patrimonio del debitore sono oggetto di controllo e verifica permanente⁹⁴³, dovendo essere revocate tutte le volte in cui siano riscontrabili condotte del richiedente non idonee alla soluzione della crisi o comunque atti in frode ai creditori⁹⁴⁴.

Quando l'accordo sia raggiunto e in ogni caso in cui il debitore abbia seguito le indicazioni del collegio, lo stesso ha diritto a misure premiali⁹⁴⁵.

⁹⁴⁰ Art. 22 comma 1 del codice della crisi e insolvenza: *“Se il debitore non compare per l'audizione, o dopo l'audizione non deposita l'istanza di cui all'articolo 19, comma 1, senza che sia stata disposta dal collegio l'archiviazione di cui all'articolo 18, comma 3, o all'esito delle trattative non deposita domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnato ai sensi dell'articolo 21, comma 1, il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente che ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 27”*

⁹⁴¹ Art 22 comma 2 del codice della crisi e insolvenza: *“Il pubblico ministero, quando ritiene fondata la notizia di insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione l'iniziativa di cui all'articolo 38, comma 1”*

⁹⁴² prorogabile fino ad un massimo di ulteriori sei mesi solo a fronte di positivi riscontri delle trattative

⁹⁴³ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit. evidenzia che *“la concessione di una misura protettiva dovrà essere subordinata ad una valutazione in concreto della sua attitudine a consentire l'efficace svolgimento delle trattative tra il debitore e i creditori”*

⁹⁴⁴ La legge 19 ottobre 2017, n. 155, all'art. 4 lett. g) delega il governo a *“consentire al debitore che abbia presentato l'istanza di cui alla lettera b) o che sia stato convocato ai sensi della lettera e) di chiedere alla sezione specializzata in materia di impresa l'adozione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso, disciplinandone durata, effetti, regime di pubblicità, competenza a emetterle e revocabilità, anche d'ufficio in caso di atti in frode ai creditori o quando il collegio di esperti di cui alla lettera b) riferisce che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima”*

⁹⁴⁵ Secondo l'art. 4 comma 1 lettera h) della legge 19 ottobre 2017, n. 155, le misure premiali possono assumere una natura patrimoniale, come, ad esempio, la riduzione degli interessi e delle

Se, nonostante i tentativi, non sia raggiunto alcun accordo e permane la situazione di crisi, invece, l'OCRI, tramite il collegio, invita il debitore a presentare, entro i successivi trenta giorni, domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, in mancanza, la circostanza sarà segnalata al Pubblico ministero che, verificando i presupposti dell'insolvenza, potrà presentare il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Con il raggiungimento dell'accordo o, in mancanza, la domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza o, in alternativa, la segnalazione al pubblico ministero, si chiude il procedimento extragiudiziale di composizione della crisi.

Ovviamente, quando la via extragiudiziale non è in grado di produrre effetti soddisfacenti, il legislatore della riforma affida la soluzione della crisi e dell'insolvenza agli ordinari strumenti giudiziali.

Da questo punto di vista, escluso solo il mutamento di denominazione del fallimento, ora liquidazione giudiziale, la legge delega e il testo di attuazione a breve da emanare, hanno conservato tutti gli strumenti di soluzione della crisi già in vigore.

Ciò che è stato modificato e, per le ragioni che poi si chiariranno, ha effetti anche sul tema di cui si sta trattando, è la procedura di accesso a tali strumenti, nonché le modalità con cui il Tribunale deve agire nell'ipotesi in cui, per lo stesso imprenditore e per la stessa crisi, siano presentate più domande.

A tale riguardo si segnala che già la legge delega autorizzava il governo a adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza⁹⁴⁶ di ogni categoria di debitore⁹⁴⁷.

sanzioni correlati ai debiti fiscali, oppure possono risolversi in un'attenuazione o esclusione della responsabilità personale del debitore, tramite la previsione di una causa di non punibilità per il i reati previsti dalla legge fallimentare. Per A. FERRI *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi*, cit. “ *Le misure premiali apportheranno quel quid juris in più, in ottica depenalizzante e con esenzione delle azioni di responsabilità, compensando il disagio reputazionale, che tipicamente potrebbe emergere all'avvio della procedura di allerta*”

⁹⁴⁶ Art. 2 comma 1 lett. d) della legge 19 ottobre 2017, n. 155 secondo cui nell'esercizio della delega il governo si dovrà attenere al principio di “*adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, in conformità all'articolo 15 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e con caratteristiche di particolare celerità, anche in fase di reclamo, prevedendo la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza, specificando la disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla Corte di appello, e armonizzando il regime delle impugnazioni, con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della procedura di liquidazione giudiziale ovvero di omologazione del concordato*”

⁹⁴⁷ Art. 2 comma 1 lett. e) della legge 19 ottobre 2017, n. 155 delega il governo a “*assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici, disciplinando distintamente i diversi esiti possibili, con riguardo all'apertura di procedure di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria, tenendo conto delle relative peculiarità soggettive e oggettive e in particolare assimilando il trattamento dell'imprenditore che dimostri di rivestire un profilo dimensionale*

Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza distingue, così, la fase dell'accertamento del presupposto oggettivo delle procedure di soluzione della crisi e dell'insolvenza, che è unica, dalla successiva fase di regolazione di tali stati, che si connota per l'esistenza di una pluralità di procedimenti, ciascuno con proprie caratteristiche.

Si tratta, come si vede, di una reale novità, posto che la disciplina attuale delle procedure concorsuali si contraddistingue per la molteplicità e “*diversità dei riti processuali che governano ciascuna fase giurisdizionale di apertura, omologazione e chiusura delle procedure o dei singoli procedimenti di accertamento della regolarità formale delle soluzioni negoziali*”⁹⁴⁸.

Non è il caso di ripetersi, ma si è già in precedenza evidenziato che tale differenziazione processuale comporta, al momento, significative problematiche proprio nell'ipotesi di presentazione di plurime domande di concordato, anche con riserva, alternate fra loro o con domande di omologazione di accordi di ristrutturazione.

Proprio la diversità di procedimenti, infatti, consente al debitore di strumentalizzare le varie domande per usufruire della protezione che ne deriva.

Il nuovo codice, dispone, invece, l'obbligo di trattare le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza in un unico procedimento, prevedendo la riunione della domanda sopravvenuta a quella già pendente⁹⁴⁹.

In relazione al rapporto tra quelle che sono attualmente la procedura di concordato e la procedura c.d. prefallimentare, che tanto ha impegnato la giurisprudenza e la dottrina, si segnala che secondo il codice “*nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata*”⁹⁵⁰.

In altra sede, si è rilevato che le questioni sorte intorno alla possibilità di strumentalizzare il ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L. F., dipendono, in grande parte, dagli eventuali effetti preclusivi che tale ricorso può produrre su un'istanza di dichiarazione d'insolvenza presentata dal creditore.

Il legislatore, sembra ovviare o comunque ridurre tale conflitto, prevedendo un sistema in cui all'accertamento dell'insolvenza e dello stato di crisi si perviene in virtù di un rito uniforme comune, mentre la diversità attiene alle modalità con cui si risolve la crisi o l'insolvenza.

inferiore a parametri predeterminati, ai sensi dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, a quello riservato a debitori civili, professionisti e consumatori, di cui all'articolo 9 della presente legge”

⁹⁴⁸ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit

⁹⁴⁹ Art. 7 comma 1 del codice della crisi e dell'insolvenza: “*Le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via d'urgenza e in un unico procedimento; a tal fine ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente*”

⁹⁵⁰ Art. 7 comma 2 : “*Nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata*”

E' possibile infatti regolare tali situazioni di difficoltà con modalità concordataria⁹⁵¹ o, in alternativa, quando ciò non sia possibile⁹⁵², può essere percorsa una via coattiva, la c.d. procedura di liquidazione giudiziale⁹⁵³.

Anche nella riforma, quindi, emerge, la preferenza del legislatore per le soluzioni della crisi d'impresa a scapito di soluzioni liquidatorie che devono essere attuate solo nelle ipotesi in cui non sia possibile la continuazione dell'attività con contestuale soddisfazione dei creditori⁹⁵⁴.

Il rapporto tra le procedure di regolazione della crisi e della liquidazione giudiziale deve essere meglio precisato alla luce di altre disposizioni del nuovo codice.

Tale testo di attuazione delle legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, infatti, prevede che il Tribunale possa dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale solo dopo la definizione delle domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza⁹⁵⁵.

L'intervento dell'organo giurisdizionale, inoltre, non è automatico, posto che l'apertura della liquidazione consegue solo ad un ricorso di uno dei soggetti legittimati a richiederla e la stessa può essere dichiarata solo previa verifica che il debitore non rientri nella definizione di impresa minore⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ Sul punto è interessante notare che il legislatore delegante invita il governo a dare priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale

⁹⁵² Art. 49 del codice della crisi e dell'insolvenza: *“Il tribunale, definite le domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza eventualmente proposte, su ricorso di uno dei soggetti legittimati e accertati i presupposti dell'articolo 121, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale. 2. Allo stesso modo, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, il tribunale provvede, osservate le disposizioni di cui all'articolo 44, comma 2, quando è decorso inutilmente o è stato revocato il termine di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a), quando il debitore non ha depositato le spese di procedura di cui all'articolo 44, comma 1, lettera d), ovvero nei casi previsti dall'articolo 106 o in caso di mancata approvazione del concordato preventivo o quando il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione non sono stati omologati*

⁹⁵³ che sostituisce la vecchia procedura fallimentare

⁹⁵⁴ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, cit, fa riferimento ad un *“vincolo di subordinazione della procedura di liquidazione giudiziale, in forza del quale quest'ultima si renderà applicabile soltanto in quei casi in cui la situazione di crisi o di insolvenza non risulti in concreto superabile mediante « un'idonea soluzione alternativa », ovvero sia una liquidazione concordata o una soluzione conservativa (...) del patrimonio debitorio.*

⁹⁵⁵ Art. 49 comma 1 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza *“Il tribunale, definite le domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza eventualmente proposte, su ricorso di uno dei soggetti legittimati e accertati i presupposti dell'articolo 121, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale”*

⁹⁵⁶ Per impresa minore si intende, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera d) del codice della crisi e dell'insolvenza *“l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia”*. In realtà, l'art 121 del codice, cui l'art. 49 rinvia, prevede quali

Quello che interessa, ai fini della presente trattazione, comunque, è che tale procedimento consegue anche alle ipotesi in cui il termine concesso per la presentazione del piano e della proposta⁹⁵⁷ sia spirato è nulla sia stato presentato.

Nell'ipotesi in cui ciò accada, o nella differente ipotesi che la concessione del termine venga revocata, il Tribunale potrà dichiarare, sussistendo i presupposti e la relativa istanza, la liquidazione giudiziale del ricorrente.

Proprio la possibilità che il termine eventualmente concesso ai sensi dell'art. 44 lett. a) del codice possa essere revocato, consente di effettuare un'altra osservazione, in tema di abuso della domanda di concordato con riserva.

Come si è visto in precedenza, infatti, le disposizioni attuali in tema di inammissibilità, improcedibilità e revoca della domanda di concordato, non sono esaustive.

In realtà, come si ricorderà, a fronte di una giurisprudenza che, quasi unanimemente, propende per l'inammissibilità della domanda presentata in violazione del divieto di abuso del processo, si è riscontrato che l'unica fattispecie in cui il legislatore dispone esplicitamente tale sanzione è quella del comma 9 dell'art. 161 L. F..

Si è già in altra sede evidenziato che tale situazione poteva ingenerare confusione, posto che l'inammissibilità dell'atto processuale in genere è causato da un vizio intrinseco degli atti e non da una condotta estrinseca dell'agente.

Il testo della riforma, quindi, non prevede più la causa d'inammissibilità della domanda di cui al comma 9 dell'art. 161 L. F., ma dispone che la domanda può essere ripresentata, dopo l'eventuale pronuncia d'inammissibilità della proposta, decorso il termine per presentare reclamo, a patto, però, che si verificano mutamenti delle circostanze⁹⁵⁸.

In nessuna altra norma della riforma, inoltre, il legislatore si occupa dell'inammissibilità della domanda.

Con il nuovo codice, a ben vedere, il legislatore sembra modificare prospettiva: all'inammissibilità della domanda o della proposta sostituisce, in molti casi, la revocabilità del provvedimento di concessione del termine.

Quest'ultimo, così, sarà revocabile non solo quando alla scadenza del termine concesso il debitore non abbia prodotto alcunché, ma anche nell'ipotesi

presupposti, oltre a quelli "dimensionali", anche quello oggettivo dell'insolvenza, che per la scissione tra fase di accertamento dello stato e fase di regolazione dello stesso, dovrebbe già essere stato verificato

⁹⁵⁷ Si riferisce al termine richiesto ai sensi dell'art. 44 comma 1 lett. a) del nuovo codice, in cui, come detto, è stata trasfusa la figura del c.d.concordato con riserva

⁹⁵⁸ Art 47 commi da 3 a 5 del codice della crisi e dell'insolvenza " *Il tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta. Il decreto di cui al comma 3 è reclamabile dinanzi alla corte di appello nel termine di quindici giorni dalla comunicazione. La corte di appello, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 737 e 738 del codice di procedura civile. La domanda può essere riproposta, decorso il termine per proporre reclamo, quando si verificano mutamenti delle circostanze*"

in cui si riscontrino atti di frode ai creditori⁹⁵⁹, ovvero circostanze e condotte del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi⁹⁶⁰.

Proprio il riferimento a tali ultime condotte e circostanze sembra assumere, nell'ambito del tema di cui si sta trattando, un enorme rilevanza.

Non vi è dubbio, infatti, che una condotta dilatoria del debitore, realizzata tramite un uso strumentale della domanda di concordato con riserva, finalizzata a scopi diversi rispetto alla soluzione della crisi, rientri nell'ipotesi per cui il legislatore ha previsto la revocabilità del decreto di concessione del termine⁹⁶¹.

Alla revoca del provvedimento, consegue, poi, sussistendo le condizioni previste dall'art. 49 comma 1 del codice della crisi e dell'insolvenza, l'apertura della liquidazione giudiziale⁹⁶².

La rilevanza di tale modifica, può essere meglio percepita alla luce di un'altra sostanziale riforma messa in atto dal legislatore in tema di iniziativa del Pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Come è noto, in tema di rapporto tra la procedura di concordato e la procedura prefallimentare, parte delle attuali problematiche⁹⁶³ sono dovute anche all'abolizione del c.d. fallimento d'ufficio, e alla limitazione delle ipotesi di iniziativa del Pubblico ministero⁹⁶⁴.

Ai sensi dell'art. 7 L. F., infatti, quest'ultimo può presentare la richiesta di fallimento dell'imprenditore solo quando la sua insolvenza sia emersa in un procedimento penale o risulti dalla fuga, irreperibilità o latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore.

⁹⁵⁹ Non dichiarati nella domanda

⁹⁶⁰ Art. 42 comma 2 del codice della crisi e dell'insolvenza: *“Il tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta una delle situazioni di cui al comma 1, lettera b) o quando vi è stata grave violazione degli obblighi informativi di cui al comma 1, lettera c). Nello stesso modo il tribunale provvede in caso di violazione dell'obbligo di cui al comma 1, lettera d)”*

⁹⁶¹ A questo punto si dovrebbero approfondire le conseguenze dell'accertamento di tali condotte o circostanze prima della concessione del termine. Ma nella riforma nulla si dice. Si potrebbe far ricorso, in questo caso ad una pronuncia di inammissibilità della domanda per carenza d'interesse ex art. 100 c.p.c..

⁹⁶² Ai sensi dell'art. 49 comma 2 del codice della crisi e insolvenza secondo cui, il Tribunale dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale ex comma 1 anche quando *“(…)è decorso inutilmente o è stato revocato il termine di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a), quando il debitore non ha depositato le spese di procedura di cui all'articolo 44, comma 1, lettera d), ovvero nei casi previsti dall'articolo 106 o in caso di mancata approvazione del concordato preventivo o quando il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione non sono stati omologati”*

⁹⁶³ Si pensi all'ipotesi di reiterazione di domande di concordato nell'ipotesi in cui non sia stato richiesto il fallimento dal creditore e alla difficoltà in questo caso di poter censurare la condotta come abusiva

⁹⁶⁴ Nonché al fatto che gli unici soggetti ad essere legittimati a proporre il ricorso sono il debitore, il creditore e il PM

Parimenti, è possibile per il citato magistrato presentare la richiesta di fallimento quando l'insolvenza sia allo stesso segnalata da un altro giudice, che l'abbia rilevata nel corso del procedimento civile⁹⁶⁵.

Attualmente, quindi, il pubblico ministero non può attivarsi a seguito di segnalazioni comunque qualificate, come possono considerarsi quelle provenienti dagli organi di controllo interni ed esterni all'impresa in difficoltà⁹⁶⁶.

Nel codice di attuazione della legge delega per la riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza, invece, si prevede che il pubblico ministero possa presentare il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato d'insolvenza⁹⁶⁷.

Se si collega tale previsione a quanto disposto in altre norme della riforma⁹⁶⁸, è possibile comprendere come, pur non reintroducendo il legislatore delegato la fattispecie della dichiarazione di fallimento d'ufficio⁹⁶⁹, lo stesso abbia inteso allargare sia il novero dei soggetti legittimati a presentare il ricorso⁹⁷⁰, sia le ipotesi in cui è possibile richiedere la liquidazione del patrimonio del debitore, allo scopo di limitare la possibilità per quest'ultimo di gestire in modo discrezionale i tempi e i modi della propria crisi⁹⁷¹.

⁹⁶⁵ Sulla base del combinato disposto degli artt. 6 e 7 L. F. e del principio di tassatività di cui all'art. 69 c.p.c., che regola l'azione del pubblico ministero nel processo civile, si desume che il potere di iniziativa di tale organo è limitato ai soli casi espressamente previsti dalla legge e non è, quindi, illimitato. Si precisa che per "procedimento penale" si intende non solo l'insieme degli atti costituenti il vero e proprio processo penale ma anche gli atti che lo precedono nell'ambito delle indagini preliminari. In merito al giudizio civile, si segnala che la cassazione ha affermato che l'art. 7 L. F. va letto nel senso che, *"ove un giudice civile, nel corso di un procedimento civile, rilevi l'insolvenza di un imprenditore "deve" farne segnalazione al Pubblico Ministero e che(...) "giudice civile" è anche il tribunale fallimentare che abbia rilevato l'insolvenza nel corso di un procedimento L. F., ex art. 15, anche se definito per desistenza del creditore istante"*. Sulla questione Cass. Civ. Sez. Un. 18 aprile 2013, n. 9409 in *Fallimento*, 2014, p. 109 con nota di ROLFI, *L'insolvenza non è "una questione privata": le Sezioni Unite e la segnalazione di insolvenza al P.M. da parte del tribunale fallimentare*, in *CG1*, 2014, p.p. 77 ss; Cass. Civ. 15 giugno 2012, n. 9857, in *Il fallimento*, 4, 2013, p. 495.

⁹⁶⁶ G. CAVALLI, *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 43

⁹⁶⁷ Art. 38 dell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza: "Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza". Nella stessa norma si prevede, al comma 2, che *"l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento (obbligatoriamente) lo segnala al pubblico ministero"*

⁹⁶⁸ E' sufficiente, quanto disposto all'art. 22 del codice, laddove si prevede che il PM sia informato della circostanza che il debitore non si è presentato innanzi all'OCRI, o anche se è comparso, non ha poi depositato l'istanza per l'accesso alla procedura di composizione assistita, o, a conclusione di tale ultima procedura, non avendo raggiunto un accordo, ha omesso di depositare una domanda di accesso alla procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza

⁹⁶⁹ Con la riforma apertura del procedimento di liquidazione d'ufficio

⁹⁷⁰ Al riguardo, si segnala che ai sensi dell'art. 37 del codice della crisi e dell'insolvenza mentre legittimato a richiedere l'accesso alla procedura di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza è il solo debitore, legittimati a richiedere la liquidazione giudiziale oltre al debitore, ai creditori e al PM, sono gli organi e le autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa

⁹⁷¹ Si consideri, inoltre, che tramite la previsione di una definizione di stato di crisi e la fissazione di specifici indicatori della stessa si può sostanzialmente affermare che l'avvio degli

CONCLUSIONI

Il tema dell'abuso della domanda di concordato con riserva consente di approfondire l'intera fattispecie del ricorso fino ad ora disciplinato dal comma 6 dell'art. 161 L. F..

La censurabilità di una condotta abusiva, dipende, oltre che dall'esercizio del diritto per scopi diversi rispetto a quelli perseguiti dal legislatore che lo ha riconosciuto, anche da una sproporzione tra il vantaggio conseguito dall'agente e il sacrificio imposto alla controparte.

L'applicazione di tale ricostruzione della fattispecie abusiva al procedimento di concordato con riserva, quindi, richiede innanzitutto l'esatta individuazione dei requisiti necessari per presentare la domanda di cui al comma 6 della L. F..

Poiché il problema dell'abuso, infatti, richiede che una certa prerogativa sia stata attribuita, non riguarda il suddetto tema il caso in cui l'imprenditore richieda l'accesso alla procedura non avendo i requisiti.

Non abusa della domanda di concordato, quindi, l'imprenditore che, sebbene non sia in crisi o insolvente, presenti domanda ex comma 6 dell'art. 161 L.F., con l'intento di crearsi un ombrello protettivo da azioni esecutive di un creditore.

Riconoscere, poi, alla fattispecie in questione, natura di procedura concorsuale, ci consente di collocare la condotta posta in essere dal ricorrente in violazione del divieto di abuso nell'ambito della *species* del c.d. abuso del processo.

Poiché è abusiva solo la condotta di chi esercita un proprio diritto per scopi diversi e ulteriori rispetto a quello per cui la posizione giuridica è riconosciuta, inoltre, è doveroso un approfondimento degli scopi perseguiti dal legislatore con la procedura della domanda con riserva.

Solo comprendendo la *ratio* del procedimento del concordato c.d. prenotativo, infatti, è possibile verificare quando l'imprenditore, in concreto, richiede una protezione del proprio patrimonio per finalità che esulano da quelle per cui tale tutela è riconosciuta dall'ordinamento.

Si tratta, ovviamente, di una ricostruzione complessa, ma che l'interprete non può evitare.

Il problema, nel caso di cui si sta trattando, è in realtà ancora più articolato, posto il fondamento teleologico del procedimento di concordato con riserva.

Con quest'ultimo, infatti, il legislatore sembra, in realtà, cercare di contemperare molteplici interessi.

Ovviamente, come da sempre nell'ordinamento italiano, gli interessi da tutelare sono essenzialmente quelli dei creditori.

strumenti di allerta dovrebbe essere quasi automatico e dovrebbe costringere il debitore a ricercare una effettiva soluzione delle proprie difficoltà, pena la liquidazione giudiziale

L'interesse che di quest'ultimi viene tutelato, nella fattispecie analizzata, tuttavia, non è semplicemente l'interesse a "riscuotere" quanto prima ciò che eventualmente è loro dovuto, ma, avuto conto del momento di difficoltà dell'imprenditore, è l'interesse all'emersione tempestiva della crisi del loro debitore, allo scopo di applicare le dovute correzioni di gestione ed evitare la liquidazione atomistica del complesso aziendale, spesso poco conveniente.

L'interesse tutelato, quindi, non è quello di ottenere velocemente la liquidazione dei beni del debitore ma quello a conseguire la miglior utilità possibile.

Il problema si complica ulteriormente, in quanto, tra le controparti dell'imprenditore in crisi, oltre ai creditori, devono essere individuati altri *stakeholders*. Si pensi ad esempio ai soggetti che in genere finanziano l'impresa. Questi hanno tutto l'interesse a che l'imprenditore ufficializzi per tempo il proprio stato e si sottoponga al regime autorizzativo previsto per la c.d. nuova finanza. Ma anche gli altri operatori di mercato hanno interesse affinché la crisi di uno di loro sia conclamata. Un fornitore, ad esempio, potrebbe utilizzare l'emersione tempestiva della crisi di un nuovo potenziale cliente per decidere di non concedere dilazioni di pagamento.

Accanto a tali interessi privatistici, nelle finalità perseguite dal legislatore figura, secondo una ricostruzione dottrina, anche la tutela di interessi di natura pubblicistica, tra cui quello al mantenimento dei livelli occupazionali, nonché l'interesse ad evitare reazioni a catena che potrebbero pregiudicare l'andamento dell'economia nazionale. E'indubbio, infatti, che una disciplina che incoraggia l'emersione tempestiva della crisi d'impresa favorisce gli investimenti e aiuta le economie ad assorbire più facilmente *shock* economici.

Per tutti questi interessi, l'emersione tempestiva della crisi è un valore da tutelare di per sé.

Ma se così stanno le cose, a legislazione invariata, dovrebbe essere difficile censurare la condotta dell'imprenditore in crisi, che, anche se spinto da motivi "egoistici" denuncia per tempo la propria crisi, presentando domanda di concordato con riserva⁹⁷².

Sul tema, occorre segnalare, tuttavia, che le recenti riforme, ancora in corso di attuazione, sembrano perseguire tali interessi tramite altri strumenti.

Si è già fatto cenno, infatti, agli strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di prossima introduzione nel nostro ordinamento. Con tali istituti il legislatore mira a soddisfare l'esigenza di una tempestiva emersione dello stato di crisi, estendendo l'iniziativa della denuncia di tale condizione a soggetti diversi dall'imprenditore. Si tratta, ovviamente, di istituti, extragiudiziali, che nella maggior parte dei casi anticiperanno, nella pratica, la fase della domanda attualmente regolata dal comma 6 dell'art. 161 L.F..

Nella relazione al decreto legislativo di attuazione della legge delega della riforma, infatti, anche la commissione, chiamata a redigere lo schema del codice, ha segnalato il rischio che le citate procedure non giudiziali facciano venir meno le condizioni che oggi giustificano la proposizione di domande di concordato con

⁹⁷² Come si ricorderà, infatti si è sostenuto nel secondo capitolo che, secondo l'ideologia laico-socialista la questione dell'abuso si risolve nel tentativo di regolare un conflitto di interessi tramite la comparazione degli stessi e l'individuazione di quello ritenuto maggiormente meritevole di tutela. In questo caso pare difficile rinvenire interessi in conflitto

riserva di successiva presentazione della proposta e del piano. Tuttavia tale ultima procedura è stata conservata dai riformatori, nella convinzione che, stante la non propedeuticità tra le procedure interessate, sarebbe stato eccessivo “*precludere i benefici della proposizione della domanda di concordato con riserva a chi per le più svariate ragioni, non abbia potuto avvalersi dell’anzidetta procedura stragiudiziale*”.

Come si vede, quindi, chi ha redatto il testo della riforma, ha inteso conservare l’istituto per non sottrarre le utilità che lo stesso comunque comporta. Ma quali siano e soprattutto a chi spettano tali benefici nulla si dice.

Al riguardo, si segnala che dal deposito della domanda di concordato con riserva il debitore vedrà limitarsi la propria autonomia di gestione, posto che sarà vietato il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, ad eccezione di quelli urgenti, che saranno possibili solo previa autorizzazione del Tribunale⁹⁷³.

Sempre dalla presentazione della domanda, inoltre, il debitore, secondo l’attuale disciplina, non sarà libero di pagare i debiti, fatto salvo quanto disposto all’art. 182-quinquies, comma 5 L.F., ma soprattutto non potrà contrarne di nuovi, in assenza delle condizioni di cui all’art. 182-quinquies, comma 1e comma 3 L. F.⁹⁷⁴.

Inoltre, ai sensi del comma 8 dell’art. 161 L. F., con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, che il debitore deve assolvere fino alla scadenza del termine fissato⁹⁷⁵.

Dallo stesso momento, il debitore è obbligato, con periodicità mensile, a depositare una situazione finanziaria dell’impresa e a rendere disponibili i libri contabili, per le verifiche del giudice delegato e del commissario giudiziale, se nominato⁹⁷⁶.

Come si vede, anche la segnalazione dello stato di crisi tramite ricorso, non accompagnata da un intento serio di risoluzione delle difficoltà, può generare degli effetti positivi per i creditori.

Quest’ultimi, infatti, potranno giovare dei maggiori controlli e limiti imposti al potere di gestione dell’imprenditore.

⁹⁷³ Sul punto, in realtà, il nuovo codice della crisi e dell’impresa, senza distinguere tra atti urgenti e non, dispone all’art. 94 che “*gli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, compiuti senza l’autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato*”.

⁹⁷⁴ La norma è trasfusa all’art. 100 del nuovo codice della crisi e dell’insolvenza, secondo cui “*Il debitore che presenta domanda di concordato ai sensi degli articoli 44 e 87, quando è prevista la continuazione dell’attività aziendale, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori*”

⁹⁷⁵ L’obbligo è stato conservato dal codice emanando che all’art. 44 lett. c) prevede che il tribunale, nel decreto di concessione del termine, “*dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell’impresa e all’attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, sino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a). Con la medesima periodicità, il debitore deposita una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere*”

⁹⁷⁶ Anche tale obbligo è stato confermato dal nuovo codice all’art. 44

Non è dubbio, infatti, che l'impossibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione, corrisponda ad un interesse dei creditori a non veder ulteriormente ridotto il patrimonio del debitore che funge da garanzia generica di adempimento.

Ancora, nello stesso senso, deve considerarsi l'impossibilità per l'imprenditore di pagare i debiti sorti in precedenza, senza le dovute condizioni.

Non bisogna dimenticare, inoltre, che ai sensi dell'art. 69 bis, comma 2, L. F., quando ad una domanda di concordato segue la dichiarazione di fallimento, i termini previsti dagli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 L. F. decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato.

La proposizione della domanda, quindi, per i creditori genera il vantaggio di poter aumentare il numero degli atti potenzialmente revocabili.

Se così è, si deve necessariamente affermare che, in ogni caso, anche quando la domanda di concordato con riserva è presentata con intenti strumentali, si ingenerano dei benefici anche per i creditori.

Pur non volendo considerare i vantaggi appena elencati, inoltre, non può non notarsi che, ai fini della censurabilità di una condotta per abuso, il comportamento che strumentalizza gli scopi perseguiti dal legislatore non è sufficiente, occorrendo, come insegnato dalla giurisprudenza, un sacrificio sproporzionato degli interessi della controparte.

Ebbene, dall'analisi effettuata, è emersa una difficoltà a individuare il sacrificio che i creditori sono chiamati a sopportare, nell'ipotesi in cui il debitore denunci il proprio stato di crisi per poi non attivarsi alla ricerca di una soluzione.

Fino ad oggi, infatti, la decisione di far emergere la crisi è stata sostanzialmente affidata al solo imprenditore interessato, che, non avendo il legislatore riconosciuto altri riconoscimenti premiali, poteva ottenere dalla sua pronta segnalazione esclusivamente l'effetto protettivo dell'*automatic stay*.

E' indubbio che quest'ultimo effetto possa comportare per i creditori degli inconvenienti, attesa la loro impossibilità ad iniziare o continuare azioni esecutive o cautelari. Ma tale protezione del patrimonio del debitore non si spinge fino ad impedire ai creditori di ottenere un titolo esecutivo tramite un'ordinaria azione di cognizione.

Se di sacrificio si può parlare, quindi, lo stesso non può riferirsi alla generalità dei creditori ma solo a quelli già muniti di titolo esecutivo.

Vi è, inoltre, un'altra considerazione da fare.

Anche in relazione a coloro che vantano già un titolo esecutivo, posto che l'interesse tutelato nel procedimento di concordato con riserva, non è quello di ottenere quanto prima ciò che è dovuto, ma è quello di massimizzare l'utilità perseguibile dal creditore, non è possibile affermare aprioristicamente che il rinvio di qualche mese dell'azione esecutiva, rispetto alla possibilità di salvaguardare il valore dell'impresa in difficoltà reversibile, costituisca un sacrificio sproporzionato.

Si segnala, infatti, che, a prescindere dalla presentazione del ricorso ex comma 6 dell'art. 161 L.F., il creditore già in possesso del titolo potrebbe comunque subire il blocco delle proprie azioni esecutive, derivante da una dichiarazione di fallimento del proprio debitore.

Fuori dai casi del creditore particolarmente attento e solerte, molto spesso, il creditore medio, non avvertito delle difficoltà del proprio debitore, quindi, si troverà coinvolto suo malgrado in un procedimento di fallimento.

E' possibile, pertanto, affermare che la condotta di chi esercita il diritto di presentare domanda di concordato con riserva, per scopi diversi da quelli della soluzione della crisi, sia sempre causa di un sacrificio sproporzionato della controparte?

Tali conclusioni, inoltre, sembrano maggiormente corroborate dalla recente riforma delle procedure di crisi e d'insolvenza, ancora in corso di attuazione.

Quest'ultima, infatti, ha sostanzialmente eliminato l'automatismo dell'apertura dell'ombrello protettivo posto a favore del patrimonio del debitore.

Il legislatore della riforma, infatti, ha previsto che le misure protettive vadano specificatamente richieste. Le stesse, una volta concesse, sono sottoposte a controllo del giudice che le deve revocare ogni volta che le stesse non siano funzionali alla conclusione delle trattative.

Ciò che interessa, ai fini della verifica del sacrificio dei creditori, inoltre, è la previsione che consente al debitore, con le stesse modalità e con gli stessi limiti, di richiedere misure protettive già nella fase della composizione assistita della crisi, nonché durante il procedimento per l'accertamento della crisi e dell'insolvenza.

In tali circostanze, posto che l'impossibilità per i creditori di iniziare azioni esecutive potrebbe sussistere già nella fase successiva all'allerta o comunque in quella che una volta era la fase prefallimentare, la stessa non può più essere invocata quale esempio di sacrificio della posizione della controparte di chi esercita, in modo strumentale, il proprio diritto, posto che non consegue più solo alla domanda di concessione del termine per la presentazione della proposta e del piano.

Forse nella consapevolezza della difficoltà di individuare un sacrificio, la giurisprudenza ha spesso selezionato, all'interno della schiera dei creditori un soggetto che, da un punto di vista teorico, poteva vantare una posizione particolareggiata: il creditore istante il fallimento.

Molto spesso, quindi, il tema dell'abuso della domanda di concordato si è intrecciato con un altro argomento assai dibattuto che è quello del rapporto tra il procedimento fallimentare e quello concordatario.

Si tratta, ovviamente, di procedimenti differenti, che possono entrare in conflitto perché condividono gli stessi requisiti necessari per l'accesso alla procedura.

Il conflitto, inoltre, viene inasprito in quanto mentre la domanda con riserva può essere presentata solo dal debitore, il fallimento può essere dichiarato anche su istanza del creditore.

Ma a ben vedere, la questione dell'abuso della domanda di concordato finisce per risolversi in un conflitto tra procedure concorsuali.

Detto ciò, si deve sottolineare che se la funzione del divieto di abuso del diritto è quella di correggere eventuali errori del legislatore, facendo ricorso a principi estranei alla previsione normativa, occorre verificare se nel caso di specie esista una *defaillance* dell'ordinamento su cui il ceto giuridico deve intervenire.

In altre parole è necessario domandarsi se l'eventuale conflitto tra la procedura fallimentare e quella concordataria non sia già regolato dalla normativa concorsuale e in caso negativo chiedersi quali principi applicare.

A chi scrive, pare evidente che il rapporto tra i due procedimenti, ad attenta analisi, era già regolato dal legislatore, secondo le modalità già indicate dalla giurisprudenza di legittimità.

Senza dilungarsi, occorre segnalare, infatti, che, come affermato dalle Sezioni unite, la pendenza di una domanda di concordato con riserva impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 L. F., ma non rende improcedibile il procedimento prefallimentare che può comunque essere istruito e concludersi con un decreto di rigetto.

La stessa Corte, inoltre, qualificando il rapporto tra le due procedure come di continenza, ha affermato che nell'ipotesi in cui i procedimenti pendano innanzi allo stesso giudice, gli stessi devono essere riuniti, mentre quando si trovino ad essere trattati da giudici diversi si debba procedere con la riassunzione del secondo procedimento presso il giudice per primo adito ex art. 39 c.p.c..

E' da notare, inoltre, che con le recentissime riforme poste in essere dal legislatore in tema di procedure di crisi e d'insolvenza, i rischi di *defaillance* dell'ordinamento sullo specifico tema sembrano ulteriormente ridursi.

Rilevano, a tal fine, le disposizioni che regolano la fase dell'accertamento dello stato di crisi e d'insolvenza in un unico procedimento, nonché le disposizioni secondo cui il Tribunale può dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale solo dopo la definizione delle domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza.

Con la riforma in corso di definizione, quindi, il rapporto tra le procedure pare disciplinato in modo compiuto, per cui risulta difficile individuare vuoti normativi che possano motivare l'intervento del giudice finalizzato a risolvere i conflitti d'interessi con l'applicazione di principi estranei alla previsione della norma.

Anche a voler giustificare un intervento di tal genere, chi scrive, inoltre, non può non segnalare che coloro che sono stati chiamati a giudicare la condotta strumentale del debitore, molto spesso hanno fatto applicazione dei principi emersi nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul tema dell'abuso del processo, in modo acritico.

Senza dilungarsi, infatti, pare sufficiente evidenziare che i provvedimenti che si sono pronunciati a favore della censurabilità della condotta del richiedente il termine ex comma 6 dell'art. 161 L. F. per abuso del processo, hanno conseguentemente dichiarato la relativa domanda inammissibile, senza fornire ulteriori spiegazioni.

Si tratta a ben vedere di una soluzione che, nei dibattiti dottrinari sul tema dell'abuso dello strumento processuale in generale, suscita tuttora perplessità.

Come fatto notare, infatti, nella maggior parte dei casi i giudici, anche dopo aver qualificato la condotta della parte processuale come abusiva, non si sottraggono dal pronunciarsi nel merito.

L'eventuale strumentalizzazione del mezzo processuale, in genere, viene punita dal giudicante con gli strumenti della condanna alle spese, nonché con il risarcimento danni.

L'unico caso in cui i giudici hanno ritenuto corretto non pronunciarsi sul merito della questione, inoltre, riguarda la particolare ipotesi del frazionamento della domanda giudiziale per l'unico credito.

Nell'ipotesi in cui il creditore, abusando dello strumento processuale, suddivide la propria pretesa in una molteplicità di distinti procedimenti, i magistrati hanno ritenuto tutte le domande successive alla prima come inammissibili.

A ben vedere, tuttavia, in questo caso la pronuncia d'inammissibilità può essere giustificata dall'esigenza di evitare che, per lo stesso credito, si ottengano pronunce diverse che possano sfociare, divenute definitive, in un contrasto tra giudicati.

Tale esigenza, nel caso della strumentalizzazione della domanda di concordato con riserva, non pare sussistere, posto l'impossibilità del decreto di concessione del termine ex comma 6 dell'art. 161 L. F. di passare in giudicato, nonché l'attuale regolamentazione dei rapporti tra procedure, che rende impossibile un contrasto tra giudicati.

D'altra parte, in ambito processuale, l'inammissibilità della domanda consegue ad un vizio genetico dell'atto che rende impossibile una pronuncia nel merito.

Da tale definizione, emerge che una condotta, sebbene censurabile perché strumentale, non potrebbe mai comportare l'inammissibilità della domanda, essendo l'abuso un vizio che non attiene all'atto ma al comportamento del ricorrente.

Né, a favore dell'inammissibilità della domanda di concordato con riserva posta in essere in violazione del divieto di abuso del processo, può essere invocata la disciplina specifica della legge fallimentare.

Come si è visto, infatti, tale disciplina, al momento ancora in vigore, prevede un'unica ipotesi di inammissibilità riferita alla domanda: la fattispecie di cui al comma 9 dell'art. 161 L. F..

Si tratta a ben vedere di un riferimento al momento coerente con la ricostruzione fornita in tema di inammissibilità.

Nel presente lavoro, infatti, si è qualificata la condizione di non aver presentato nei due anni precedenti una domanda con riserva "non andata a buon fine" quale requisito soggettivo per l'accesso alla procedura.

La presentazione della domanda, quindi, in violazione del comma 9 dell'art. 161 L. F., rende la stessa inammissibile per difetto di legittimazione del ricorrente.

Sul punto si segnala che la recente riforma, in corso di attuazione, dovrebbe aver eliminato il requisito sopra indicato, oltre ad aver sostituito al regime dell'inammissibilità quello della revocabilità del termine eventualmente concesso, nelle ipotesi in cui sia possibile rinvenire circostanze e condotte tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi.

Non vi è dubbio che la presentazione della domanda con scopi meramente dilatori, possa rientrare tra le condotte sopra indicate.

Stando così le cose, si dovrebbe tuttavia concludere che a fronte dell'istanza di concessione del termine per la presentazione della proposta e del piano, il giudice sia tenuto, in virtù delle nuove norme, a concederlo, salvo poi

verificare, successivamente, con l'ausilio del commissario e delle informazioni pervenute, se la condotta del debitore sia finalizzata alla soluzione della crisi.

Quest'ultima, è senza dubbio l'interpretazione più aderente al testo della norma, ma che, tuttavia, non pare coerente con il principio dell'economia processuale.

Che quella della giustizia sia una risorsa statale scarsa, infatti, è una considerazione unanime. Che senso avrebbe, quindi, concedere un termine per la presentazione della proposta o del piano, nelle ipotesi in cui sia evidente, per il giudice, un intento diverso da quello della soluzione della crisi?

Per evitare quello che viene definito l'abuso del giudice dell'abuso del processo, occorre tuttavia ancorare l'intervento di quest'ultimo, finalizzato a negare una pronuncia nel merito, comunque, a previsioni normative.

Si potrebbe così invocare l'art. 100 c.p.c. che considera l'interesse ad agire quale condizione necessaria per l'azione, la cui mancanza può essere rilevata d'ufficio, in quanto costituisce un requisito per la trattazione del merito della domanda, allo scopo di evitare, appunto, un'inutile attività processuale.

Si ritiene, infatti, che in chi propone l'istanza per la concessione di un termine, non avendo intenzione di risolvere la crisi, difetti proprio l'interesse al conseguimento della citata utilità, essendo inutile avere del tempo per la predisposizione di una proposta e di un piano la cui preparazione non è voluta.

Occorre evidenziare, in ultimo, che le citate conclusioni non possono valere nell'ipotesi in cui la strumentalizzazione della procedura si realizzi attraverso la reiterazione di più domande di concordato.

In tale ultima ipotesi, infatti, si dovranno valorizzare le norme specifiche dettate in materia di crisi e d'insolvenza dal nuovo codice, in particolare il disposto di cui al comma 5 dell'art 47.

Secondo tale norma, infatti, non sarà possibile per lo stesso stato di crisi e per lo stesso imprenditore presentare più di una domanda di concordato⁹⁷⁷.

In virtù di tale disposizione, quindi, tra i requisiti previsti per la presentazione della domanda di cui all'art. 44 del nuovo codice, dovrà annoverarsi anche la mancata presentazione di una precedente domanda di concordato finalizzata a risolvere la stessa crisi.

Il Tribunale, quindi, che riceverà la richiesta di concessione del termine, dovrà verificare se, in precedenza, l'imprenditore abbia presentato una domanda di concordato e in caso positivo verificare se sussistano nuove circostanze che possano giustificare un'ulteriore richiesta.

Qualora la verifica dia un responso negativo, si dovrà dichiarare la domanda inammissibile, atteso che la stessa difetta di un requisito necessario.

Con tale pronuncia, tuttavia, non si censurerà la condotta per esercizio abusivo del diritto o uso strumentale della procedura, ma il giudice negherà il termine semplicemente perché il ricorrente non ha il diritto ad ottenerlo.

⁹⁷⁷ Art. 47 comma 5 del codice della crisi e dell'insolvenza: *“La domanda può essere riproposta, decorso il termine per proporre reclamo, quando si verificano mutamenti delle circostanze”*

BIBLIOGRAFIA

G. AGRUSTI, *L'abuso del concordato preventivo tra profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto fallimentare e delle Società commerciali*, 1, 2016, p. 323

M. AIELLO, *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. It.*, 2014, p. 12

A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, p. 710

C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991

R. ALEXY, *Individual Rights and Collective Goods*, in C. Nino (ed. by), *Rights*, Aldershot, Dartmouth, 1992

E. ALTIERI, *La codificazione di una clausola generale antielusiva: giungla o wild west?*, in *Rass. Trib.*, 2014, p. 521

G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ., suppl.*, 2006, p. 255

R. AMATORE- L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2013

R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2015

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Padova, CEDAM, 2008

S. AMBROSINI, *Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 293/2012

S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 306/2012

S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, p. 1137

S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2011, pag. 933

S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla miniriforma del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, Zanichelli, 2012;

S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014

S. AMBROSINI *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015* in *Dir. Fall.*, 2015, 5, p. 10359

V. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it

U. APICE E S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, Giappichelli, 2012

C.L. APPIO, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012

M. ARATO, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario*, in *Fallimento*, 2012, p. 206

M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, Giappichelli, 2013

F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, Suppl. Dicembre, 2007, p. 14

A. AUDINO , "Sub-art. 161", in "Commentario breve alla Legge Fallimentare", a cura di MAFFEI ALBERTI A., Padova, CEDAM, 2013

A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 88

A.M. AZZARO, *Abuso della facoltà di «classamento» nel concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2012, p.p. 1382 s.s.;

P. BALDASSARRE, *Preconcordato e criteri per autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione*, in www.ilfallimentarista.it

L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni unite alla causa in concreto*, in *Il Corriere giuridico.*, 2013, p. 383

L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, Riv. Dir. Civ., 2017, 3, p. 541

M. BALZARINI, *Le istituzioni gaiane traduzione italiana*, Torino, Giappichelli, 2001

L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Le Fonti, Milano, Giuffrè, 1946, p. 695

M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, UTET, 2011

M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico* in Riv. Dir. Civ., 2014, 2, p. 10467

J.C. BAYÓN, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in Isonomía, 13, 2000, pp. 87

F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in RTDPC, 1960, p. 1342

F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, I, (Diritto civile), in Enc. Giur., XVII, Roma, 1991,

F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in Banca borsa e titoli di credito, 3, 2009 p. 241

A.M. BENEDETTI, *L'abuso dei(nei) rimedi contrattuali*, in L'abuso del diritto, VISINTINI (a cura di), Napoli, ESI, p. 83

G. BERSANI, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in Fallimento, 2005, p. 1208

G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim.*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1, 2015, p. 43

E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici "giudici" della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in Dir. fall., 2011, II, p. 616

E. BERTACCHINI, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, in Contratto e Impresa, 3, 2011, p. 689

E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive(o involutive) nella composizione negoziale della crisi: dal tramonto del dogma della non fallibilità alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2012, p. 877

E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè, 1953

C. BLATTI-G. MINUTOLI, Sub art. 124, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, pp. 1724 ss

BOSTICCO, *La «resurrezione giurisprudenziale» dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, p. 1443

L. A. BOTTAI, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, in *Il Fallimento*, 1, 2012, p. 64

V. BOTTAI, *Speciale decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i finanziamenti interinali* in www.ilfallimentarista.it

L. A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, 924

L. A. BOTTAI, *Opportune precisazioni sull'attestazione ex art. 161 l.fall. e sul controllo di fattibilità* in *Il Fallimento* 8/9, 2018 p. 980

R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili* ,in *Comparazione e diritto civile*, 2010

A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare a cura di Bricola, Galgano, Santini*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979

G. BOZZA, *Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento* 2005, pag. 953

G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1122

U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *D. priv.*, III, 1998, p. 19

U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2013

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, Iudica-Zatti (a cura di), Milano, Giuffrè, 1990

- B. BRUGI, *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in Studi in onore di Alfredo Ascoli, Messina, Principato, 1936
- G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013
- V.C. BUONAURA, Enciclopedia del diritto, voce Concordato preventivo, Annali II, Tomo II, 2008 Milano, Giuffrè, p. 252
- F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in Diritto privato, 1997, pp. 171-216.
- C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2002
- P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in Scritti vari in onore di Francesco Carnelutti, Padova, CEDAM, 1950
- G.CALOGERO, *Probità, lealtà e veridicità nel processo civile* in Riv.dir.proc., 2007, p. 1473
- A. CANDIAN, *Il processo del concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1937
- E. CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in Dir. fall., 2013, I, p. 186
- R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?;* in Giur. it., 2008, p. 929
- F. CARINGELLA, *Studi di Diritto civile*, II, Milano, Giuffrè, 2005
- F. CARDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in Riv. dir. proc. Civ., 67, 2012, p. 874
- T. CARNACINI, *Sull'abuso dell'usufruttuario*, in RTDPC, 1978, p. 474
- F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in Enc. Dir., X, Milano, 1962
- E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, nel volume Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, L. GAROFALO(a cura di), I, Padova, CEDAM, 2003

R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Riv. dir. priv., 1998, p. 712

A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014

M. S. CATALANO, *Regolamento di competenza e procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 1994, p. 49

P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fallimento*, 2009, p. 575

A. CAUTADELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in Riv. Dir. civ., 2014, I, p. 747

G. CAVALLI, *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, Zanichelli, 2006

C. CAVALLINI, *Spigolature e dubbi in tema di concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti*, in www.ilfallimentarista.it

E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 316

B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in *La legge e i diritti*, S. POZZOLO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002

P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da JORIO e FABIANI, Bologna, Zanichelli, 2010

P.F. CENSONI, *Ruolo e responsabilità del commissario giudiziale del concordato preventivo dopo le recenti modifiche della legge fallimentare e nella prospettiva della futura riforma*, su www.ilcaso.it

A. CERINO CANOVA- C. CONSOLO, voce «*Inammissibilità e improcedibilità*: I) Dir. proc. civ.», in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1995

G. CHERUBINI, *Crisi d'impresa. Strategie di risanamento*, Milano, Giuffrè, 2011

S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, p. 1197

G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, , Torino, Giappichelli, 2004

V. COLESANTI, *Mito e realtà della « par condicio »*, in *Fallimento*, 1984, p. 32

L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319

C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284

R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1999

G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *L'abuso del diritto*, G. VISINTINI (a cura di), Napoli, ESI, 2016

F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, CEDAM, 2000

C. COSTA, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lg. 385/1993: breve rassegna in dottrina ed in giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, in *Riv. es. forz.*, 2004, II, p. 349

M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2443

R. CUONZO, *L'evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell'economia*, Napoli, Jovene, 2012

C. P. D'AIELLO, *IL concordato con riserva:una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE), n. 1346/2000 relazione in V Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, Orizzonti del diritto commerciale, Roma, 21-22 febbraio 2014*

C. P. D'AIELLO, *Il concordato con riserva alla prova del Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Dir. Fall.*, 2014, I, p. 756

F. D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 356

D'AMBROSIO, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli «altri atti di frode» ai sensi dell'art. 173 legge fall.* in *Dir. Fall.*, 2012, 2, pag. 219

M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1957

G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in, *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, G. GITTI, V. VILLA (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2008

G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 625

G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 22

A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, BESSONE (diretto da), IV, Torino, Giappichelli, 2004

F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva* in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2014, pag. 494

A. D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto*, VISINTINI(a cura di), Napoli, ESI, 2016

G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 1067

G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fallimento*, 11, 2015, p. 1163

G. D'ATTORRE, *Le sezioni unite riconoscono (finalmente) il conflitto d'interessi nei concordati*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2018, p. 964

J. DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921.

J. DABIN, *Le droit subjectif*, Parigi, Dalloz, 1952

A. DANOVI, P. RIVA, M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2016, pag. 837

M.V, DE GIORGI, *L'abuso del diritto nelle relazioni familiari*, in *L'abuso del diritto*, VISINTINI (a cura di), Napoli, ESI, 2016

- S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Riv. dir. civ., 2013, I, p. 543
- M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 163,
- DELL'OSTE, MAGLIONE, NARIELLO, *Fallimenti e sfratti da record in tribunale*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 gennaio 2015
- F. DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, in *Il fallimento*, 4, 2010, p. 433
- F. DE SANTIS, *Le sezioni unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Società*, 2013, p. 442
- F. DE SANTIS, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Fallimento*, 8/9, 2015, p. 911
- A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparata del diritto francese*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 175
- E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999
- A. DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di ratio*, in *Il fallimento*, 1997, p. 953
- A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis Legge Fallim.). Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 8
- A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 1
- A. F. DI GIROLAMO, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) - i finanziamenti interinali*, in *Giur. It.*, 2017, 2, p. 508
- G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, CEDAM, 2009
- A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1486

F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in Riv. dir. comm., 2006, I, p. 789

F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in Riv. dir. civ., 2007, I, p. 681

F. DIMUNDO, *Art. 161*, in Codice commentato del fallimento, G. Lo Cascio(diretto da), Milano, IPSOA, 2013

A. DIMUNDO, *Accordo di ristrutturazione e domanda prenotativa. I reciproci effetti*, in Il Fallimento, 10/2014, p. 1025

V. DONATIVI *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)* in Rivista delle Società, fasc.6, 2013, pag. 1162

A. DONDI-A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 193

A.ERNOUT, A.MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, historie des mots*, Parigi, Klincksieck, 1994

PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006

M. FABIANI, in A. Jorio-M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2010

M. FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in Riv. Dir. Proc., 2010, 4, p.766

M. FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO E F. MACARIO, Milano, Giuffrè, 2010

M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 303/2012

M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in Fallimento, 2013 p. 1052

M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in Fallimento, 2013, p. 769

M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1057

M. FABIANI, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Foro It.*, 2013, I, p. 1341

M. FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 24 luglio 2014, p. 14

M. FABIANI, *La ricerca di un equilibrio fra poteri del giudice ed interesse delle parti nel concordato preventivo*, in *FI*, 2014 p. 3192

M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 3, 2018, p. 292

M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it;

M. FABIANI, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo: spunti operativi*, in www.osservatoriooci.org

G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014

F. FALDI, *Il nuovo c.d. pre-concordato è davvero in bianco?*, in *Diritto24*, 26 novembre 2012

U. FANTIGROSSI, *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano* in *Liuc Papers* n. 220, Serie Impresa e Istituzioni, 26, settembre 2008

P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, p. 62

G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 14

G. FAUCEGLIA-ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, Zanichelli, 2010

G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Fauceglia E Panzani (diretto da), Torino, UTET, 2009

V. FERRARI, *Etica del processo: profili generali*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Atti del XXIX convegno nazionale, Genova, 2013

A. FERRI, *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi*, in *Il Fallimentarista*, Focus del 19 marzo 2018

M. FERRO - P. BASTIA - G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, IPSOA, Milano, 2013

M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita della crisi*, in *Il Fallimento*, 10, 2016, p.1032

F. FIMMANO' *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del testo unico*, in *Fallimento*, 2017, 2, p. 161

D. FICO, *Le funzioni di controllo del commissario giudiziale*, in *Il fallimentarista*, Focus del 03 marzo 2017

F. S. FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma l.fall. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, p. 1467

F. S. FILOCAMO, *Commento Sub art. 168 l. fall.*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, CEDAM, 2007

D. FINARDI *La figura del (pre) commissario giudiziale nel concordato della riforma 2015 e riflessi sulla c.d. "mobilità" gratuita* in *Crisi d'Impresa e Fallimento* 28 ottobre 2015, p. 10

G. FINOCCHIARO, *Concordato preventivo, divieto di azioni esecutive individuali e tutela dell'aggiudicatario* in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 617

S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2015, pag. 955

E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2013

M GABOARDI, *Art. 165*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. Cavallini(diretto da), Milano, Egea, 2010

M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali*, in *Rivista delle Società*, fasc.1, 2018, pag. 137

E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione*, in Riv. dir. priv., 2011, p. 555

E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Introduzione*, in Trattato delle procedure concorsuali, diretto da L. GHIA- C. PICCININNI-F. SEVERINI, IV, Torino, 2011

E. GAI, *Il preconcordato e le c.d. autorizzazioni speciali*, in Il fallimentarista.it, Focus del 06 febbraio 2013

M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Maggioli editore, Rimini, 2011

L. GALANTI, *Pluralità di domande e abuso dello strumento concordatario*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 6, 2016. p. 1584

F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in Contratto e impresa, 1998, p.1

F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, CEDAM, 2004

F. GALGANO, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in Manuale di dir. civ. e comm., Padova, CEDAM, 2004

F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in Contratto e impresa, 2, 2011, p. 311

F. GALGANO, *Trattato di Diritto civile*, Padova, CEDAM, 2015

D. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in Giur. comm., 2009, I, p. 748

D. GALLETTI, *I poteri e le funzioni del commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in Il fallimentarista

A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in Enc. giur., I, Roma, 1988

A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario* in Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, Giuffrè, 2011

A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in Resp. civ. e prev., 2010, p. 354

M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2004

M. F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo* in Rivista di diritto processuale, 2015, p. 445

M. F. GHIRGA, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in Riv. Dir. Proc., 2017, 4-5, p. 1302

G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in Dir. fall., 2005, I, p. 1170

D. GIGLIO *La sorte della domanda di risarcimento del danno ex art. 1453 cod. civ. nella modifica della domanda in corso di causa: le sezioni unite pongono fine ai contrasti* in Giureta Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente Vol. XII 2014, p. 186

V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963

GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik der prozessualen Denkens*, Berlino, 1925

M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2008, p. 1435

M. GRADI, *Sincerità dei litiganti e etica della narrazione nel processo civile* in Lo Sguardo, rivista di filosofia, 2012 n. 8 p. 95

M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in Il diritto soggettivo, Alpa, Graziadei, Guarneri, Mattei, Monateri, Sacco(a cura di), Torino, UTET, 2001

A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione*, in Corriere giuridico, 2009, p.1133

D. GRIFFINI *Fallimento E Concordato Preventivo (I Parte) - Le Proposte Concorrenti Di Concordato Preventivo* in Giur. It., 2017, 1, p. 230

P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in ID., Mitologie giuridiche della modernità, III ed. accresciuta, Milano, Giuffrè, 2007

G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in Enc. dir., IV, Milano 1959, p. 161

G. GROSSO, *Atti emulativi (diritto romano)*, in Enc. dir., IV, Milano 1959, p. 27

R. GUASTINI, *Diritti*, in, Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto,
R. Guastini(a cura di), Torino, Giappichelli, 1996

M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in Dir. fall., 2008, p. 256

L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012

V. IANNI, *L'abuso del diritto*, in Responsabilita' civile, di P.CENDON, I, Torino, UTET, 2017

B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in Contr. Impr., 2011, p. 1311

A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme* in Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2016, pag. 15

A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in Fallimento, 2005, p. 1457

L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Parigi, Dalloz, 1905

F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 27 giugno 2012

F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 26 novembre 2012

F. LAMANNA, *Il decreto del "fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it, focus del 18/06/2013

F. LAMANNA, *È corretto parlare di concordato in bianco o con riserva per una domanda proposta "al buio"? Non sarebbe meglio parlare di procedura meramente prenotativa?*, in www.ilfallimentarista.it

F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, Milano, Giuffrè, 2012

F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it

F. LAMANNA, *Possibilità di consecutio solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto* in www.ilfallimentarista.it

F. LAMANNA, *Il decreto del fare e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it

F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it

F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle SS.UU. in tema di fattibilità della proposta di concordato stabilito dalla Cassazione a sezioni unite*, in www.ilfallimentarista.it

M.M. LAZZARA, *La dichiarazione di fallimento «conseguente» a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2014, p. 158

V. LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, in *Il fallimentarista*, focus del 27 aprile 2018

G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, Jovene, 1961

A. M. LEOZAPPA, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, www.ilfallimentarista.it

A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912

P. LICCARDO, *sub art. 173*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, Nigro, Sandulli e Santoro (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010

G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2011

G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 891

G. LO CASCIO, *Società in crisi: una disciplina normativa europea in fieri* in *Società*, 2015, 11, 1259

LUZZATI, *La vaghezza delle norme, del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990

G. P. MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della riforma*, in *Il fallimento*, 2009, p. 1229

F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?* in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663

N. MACCORMICK, *Rights, Claims and Remedies*, in *Law and Philosophy*, 1, 1982, p. 337

N. MACCORMICK, *Universalisation and Induction in Law*, in *Reason in Law*, C. Faralli, E. Pattaro (a cura di), Milano, Giuffrè, 1987

F. MACRI', *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, *Il fallimento*, 1, 2014, p.13

U. MACRI' *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella raccomandazione ue 2014/135 e nel regolamento 2015/343* in *Fallimento*, 2015, 10, 1049

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013

D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, p. 623

L. MARCHEGIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare. Contributo allo studio del tipo*, Milano, 2012

F. MARELLI, *Domanda di concordato presentabile «con riserva»*, in *Guida al Diritto*, 14.07.2012, n. 29, p. 34

R. MARINO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, in *La resp. civ.*, 2012, p. 490

E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il decreto sviluppo: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, p. 433

E. MARINUCCI, *Fallimento e concordato preventivo (ii parte) gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti* in *Giur. It.*, 2017, 2, p. 508

S. MARZO, *Aspetti qualificanti del “riordino” della disciplina relativa al concordato preventivo*, su *Il fallimentarista*, focus del 7 novembre 2017

B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2010, p. 621

M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2003

L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, Giuffrè, 1998

G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell’exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 6, 2007, p. 1369

G. MERUZZI, *L’oggettivazione del divieto di abuso tra diritto civile e diritto commerciale*, in *L’abuso del diritto*, G. VISINTINI (a cura di), Napoli, ESI, 2016

M. MESSINA, *L’abuso del diritto*, Napoli, ESI, 2004

M. MISTRETTA, *L’abuso nel settore dei diritti reali*, in *L’abuso del diritto*, G. VISINTINI (a cura di), Napoli, ESI, 2016

P. G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. IV, Torino, UTET, 1990

P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato*, 1997, p. 89

J.J. MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, in *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, P. Navarro, M.C. Redondo (a cura di), Barcellona, Gedisa, 2002

A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012

L. NANNI, *L’uso giurisprudenziale dell’”exceptio doli generalis”*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 197

G. NARDECCHIA, *L'art. 179 l.fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in www.ilcaso.it, sez. II, documento n. 315/2012

R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, Jovene, 2004

R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, cit., p. 529

U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 1958, p. 32

U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, I, p. 157

E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996

A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da) BESSONE, XXV, Giappichelli, Torino, 2012

A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi di impresa*, Il Mulino, Bologna, 2012

N. NISIVOCCIA, *Concordato preventivo, cessio bonorum e pagamento dei creditori privilegiati, concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, in *Fallimento*, 2, 2011, p. 228

N. NISIVOCCIA, *Sull'abuso del diritto in ambito concordatario, e su altre questioni, alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 4, 2011, p. 403

N. NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 2011, pag. 423

L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, p. 373

I. L. NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1129

I. L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 376

I. L. NOCERA, *Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1571 ss

I. L. NOCERA *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa* in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4, p. 10401

I. L. NOCERA “*Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale*” in *Fallimento*, 8-9-p. 984

M. C. OLIVIERI, *In tema di credito fondiario e di azione esecutiva individuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, p. 281

M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 129

V. E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Lodi, Società editrice libraria, 1897

S. PACCHI, *Dalla meritevolezza del debitore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, Giuffrè, 1989

S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, Aa.Vv (a cura di) Padova, CEDAM, 2002

S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2012

I. PAGNI, *Del controllo del tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, pp. 641 ss.

I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni unite del maggio 2015*, in *Il fallimento*, 8/9, 2015 p. 931

A. PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, 9, 1037

A. PALMIERI, M. CAPUTI, *Distanza delle costruzioni dalle vedute: misure fisse o modello variabile?*, in *Foro italiano*, 2000, I, p. 353

A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in Foro it., 2008, I, p. 1514

A. PALMIERI- R. PERDOLESI, *Della serie a volte ritornano: l'abuso del diritto alla riscossa*, in Foro it., 2010, I, p. 95

L. PANZANI , *I nuovi Poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, Le società, 5, 2013, p. 565

F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it

G. PATON, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3rd edition by D. Derham, Clarendon, Oxford, 1964

A. PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, in Il fallimento, 2005, p. 1155

A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, IPSOA, Milano, 2009

A. PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in Il Fallimento, 9, 2010, p. 1087

S. PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007

S. PATTI, *Il principio dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in Il diritto, Enc. Giur. del Sole 24 ore, I, 2007, p. 6

A. PENTA, *I rapporti tra credito fondiario ed esecuzione concorsuale*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali , 2010, II, p. 286

A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in Riv. dir. fall., 2012, I, p. 673

A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1, 2014, p. 119

A. PENTA, *Le condotte distrattive poste in essere prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato*, in Il Fallimento, 12, 2014, p. 1266

A. PENTA, *I rapporti tra il concordato ammesso e l'istruttoria prefallimentare: molto rumore per nulla*, in *il Diritto fallimentare e delle Società commerciali*, 2015

P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, Jovene, 1971

A. M. PERRINO, *Commento sub art. 173*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio, IPSOA, Milano, 2008, pag. 1534

A. M. PERRINO, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fallimento*, 2010, p. 1287

A. M. PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2118

PICÒ Y JUNOY, *El principio de buena fe procesal*, Saragozza 2003

G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto* in "Ragion pratica", 24, 2005, p 161

G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, G. MANIACI (a cura di), , Milano, Giuffrè, 2006

F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p.75

A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits; réflexions sur le destin des theories de Josserand*, Parigi, Dalloz, 1972

M. PLANIOL, *Traité elementare de droit civil*, Parigi, F. Pichon, 1901

S. POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto, con premesse sulla sua qualificazione e disciplina applicabile*, in www.ilfallimentarista.it

G. A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2017, p. 1038

M. POMPEI, *L'abuso del diritto e' configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di cassazione civile sez iii, 18 settembre 2009, n. 20106*, in *GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. VIII 2010, p. 298

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

P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2011, I, p. 11

C. RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, Buonocore-Bassi(diretto da), I, Padova, CEDAM, 2010

G. RAGUSA MAGGIORE- R. PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1994

R. RANALLI, *La riforma della crisi d'impresa. dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le procedure di composizione assistita. i presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, su www.osservatorio-oci.org

P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, p. 205

P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *corriere giuridico*, 2008, p. 745

C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007

D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. not.*, 2012, I, p. 1257

E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del "fallimento del contrattualismo concorsuale"* in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2015, pag. 715

S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964

S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 89

F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it

F. ROLFI, *L'insolvenza non è "una questione privata": le Sezioni Unite e la segnalazione di insolvenza al P.M. da parte del tribunale fallimentare*, in CG1, 2014, p. 77

D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in Giust. civ., 2013, II, p. 579

S. ROMANO, *Abuso del diritto, c) diritto attuale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958

A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 745

N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, Giuffrè, 2012

A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il Fallimento*, 6, 2017, p. 637

M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 105

M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, CEDAM, 1979

A. RUOTOLO e D. BOGGIALI *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100-2013/I, Consiglio Nazionale del Notariato

R. RUSSO *"Concordato preventivo - concordato "in bianco" e contratti in corso di esecuzione: il problema resta aperto"* in *Giur. It.*, 2015, 3, p. 650

R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 322

R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Settimo aggiornamento*, 2012

R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto online*, Pluris

N. SALANITRO, *Capitalizzazione e crisi economica*, in *Banca, borsa*, 2010, I, p. 126

A. SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 646

L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, *Il Fallimento*, 10, 2013, p. 1209

C. SALVI, voce Abuso del diritto, I) Diritto Civile, in Enc. giur. Treccani, Roma 1988 , p. 5

C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in Riv. Crit. Di diritto privato, 2014, p. 27

G. SANCETTA –A.I. BARATTA, *Funzioni e responsabilità del precommissario* , in Il fallimentarista, Focus del 29 agosto 2016

M. SANDULLI, *I controlli della società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in Fallimento 2009, p. 1104

M. SANDULLI, *Le procedure concorsuali. Lineamenti delle procedure concorsuali*, in Manuale di diritto commerciale, ideato da V. Buonocore, Torino, Giappichelli, 2015

S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova , CEDAM, 1990

J. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administratif, professionnel, procédural* , Parigi, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951

V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in Riv. dir. civ., 2007, p. 853

G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2012 , p. 1463

F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* , Bologna, Il Mulino, 2000

G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo “con continuità aziendale” nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in Riv. dir. fall., 2012, I, 482

G. SCHIANO DI PEPE, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in Dir. fallim., 2010, II, p.324

E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in Contratti, 2010, p. 1155

C SCOGLIAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in Contratti, 2012, p. 5

A. SCOTTI, *Appunti sugli accordi di ristrutturazione dei debiti nella teoria del contratto*, in Riv. dir. comm., 2012, II, p. 157

- F. SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione individuale e nel fallimento*, Padova, CEDAM, 1960
- F. SCHAUER, *Can Rights Be Abused?*, in *Philosophical Quarterly*, 31, 1981 p. 225
- N.E. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, in *A Debate Over Rights*, M.H. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner(a cura di) , Oxford, University Press, 1998
- G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione* in *Contr. impr.*, 2011, p. 9
- P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787
- G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato: L'idea individuale*, Torino, F.lli Bocca, 1911
- L. STANGHELINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007
- L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, p. 873
- E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Giuffrè, Milano, 2016
- M. TARUFFO, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), Torino, Giappichelli, 1989
- M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 677
- M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, in *L'abuso del diritto*, G.VISINTINI (a cura di), Napoli, ESI, 2016
- G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Il fallimento*, 2005, p.p. 835 s.s.
- G.U. TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* , 2002, I, p. 597
- G. TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Roma, Piccin, 2011

G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, Giappichelli, 2013

G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 6

R. TISCINI, *Esigenze di coordinamento tra concordato preventivo e fallimento*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 559

A. TORRENTE, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, UTET, 1975

G. TRAVAGLINO, *La fattibilità del concordato preventivo*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 403

C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, IPSOA, Milano, 2012

C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il Fallimento*, 8-9, 2018, p. 988

D. TURRONI, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2016, p. 187

P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012

P. VALENSISE, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, Torino, Giappichelli, 2014

P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo, (dopo la legge n. 134/12)*, in www.ilcaso.it

P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, p. 82

P. VELLA, *L'ammissione al concordato preventivo con riserva in Fallimento*, 2013, 1, p. 73

P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 82

V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002

G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104

G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, A. D'ANGELO, V. ROPPO (a cura di) , Torino, Giappichelli, 2011

G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Codice civile*, P. SCHLESINGER(fondato da), Milano, 2006

G. VISINTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in *L'abuso del Diritto*, Napoli, ESI, 2016

M. L. VITALI, *Finanza "ponte", finanza "in esecuzione" e "interinale" (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 1, p. 167

M. VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico-sistematiche della mini-riforma*, in www.ilfallimentarista.it

M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, 2013 Giuffrè, Milano

M. VITIELLO, *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it

M. VITIELLO, *Le operazioni di finanziamento nel preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it

V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, UTET, 2010

A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), legge fallim. alla luce dell'introduzione del concordato «in bianco»*, in www.ilcaso.it