



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA

**Società a partecipazione pubblica e  
procedure concorsuali: quadro  
normativo e recenti riforme**

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Eva Raffaella Desana

Primo correlatore: Chiar.mo Prof. Sergio Foà

Secondo correlatore: Chiar.ma Prof.ssa Mia Callegari

Candidato: Alberto Ferrari

Anno accademico: 2018-2019

*Prima conoscere, poi discutere, poi deliberare.*  
Prediche Inutili, L. Einaudi, 1964

## **RINGRAZIAMENTI**

Un ringraziamento speciale è rivolto alla professoressa Desana, che mi ha dato l'opportunità di scrivere la tesi su un argomento che ritengo sia di grande interesse e attualità. La ringrazio per avermi trasmesso importanti insegnamenti di vita, a partire dal grandissimo amore e passione che in ogni frangente mostra nelle materie di suo interesse; per me è stata ed è un'enorme fonte di ispirazione.

Un sentito ringraziamento va alla famiglia, in particolare ai miei genitori, che hanno sempre mostrato profonda fiducia in me. Li ringrazio vivamente per avermi supportato e sopportato sia nei momenti di gioia che nelle avversità.

Si ringrazia mio fratello, sua moglie Cristina e zia Carla, che in momenti diversi hanno preso parte a questa splendida avventura quinquennale e con cui ho potuto passare piacevoli momenti di vita quotidiana.

Un ringraziamento speciale va agli amici di una vita (e non solo), che, nonostante l'intenso percorso di studi sono sempre rimasti al mio fianco e hanno reso questo percorso più piacevole e più ricco di esperienze; grazie Fabri, Luca, Matti, Oci, Peppe, Ricca, Tufo.

Grazie ad Andre, Lollo e Stefi, colleghi giuristi, ma prima di tutto grandi amici di avventura di questi anni, a cui rivolgo un enorme in bocca al lupo per la loro prossima e tanto agognata laurea, per i preziosi momenti di confronto e di dibattito passati insieme; sono convinto che il tempo trascorso resterà tra i ricordi più belli e l'amicizia che ci lega potrà soltanto consolidarsi anche al di fuori dell'ambiente universitario.

Ringrazio infine tutti gli amici e parenti che in queste poche righe non ho potuto menzionare, per il sostegno e l'incoraggiamento dimostratomi in questi anni.

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato, come si desume dal titolo, analizza il fenomeno delle società a partecipazione pubblica e delle procedure concorsuali. Si prefigge l'obiettivo di portare alla luce il quadro normativo che per queste società risulta dalle riforme apportate dal legislatore degli ultimi anni, ossia la riforma delle società pubbliche unitamente alla riforma riguardante l'intera materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali.

Nel dettaglio, dopo un breve *excursus* storico sull'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economica, l'analisi dell'eterogeneo fenomeno delle società pubbliche si concentra sulla legge delega n. 124 del 2015, tramite cui si giunge al Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, più comunemente conosciuto come decreto legislativo 175 del 2016, entrato in vigore il 23 settembre dello stesso anno. La legge delega disponeva che il decreto legislativo fosse adottato per assicurare la chiarezza della disciplina, la tutela e promozione della concorrenza e la razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica.

In ambito concorsuale, il Testo unico è fondamentale in quanto già l'art. 1, comma 3°, dispone che «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Quindi l'idea maturata definitivamente dal legislatore è che la partecipazione pubblica non sia di per sé sufficiente per modificare la natura di una società; il regime ordinario applicabile è costituito dalle norme del diritto privato, che si possono applicare ove non espressamente derogato, comprese le norme della legge fallimentare.

L'analisi del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emanato il 12 gennaio 2019, ma che per la maggior parte entrerà in vigore il 15 agosto 2020, rafforza questa visione poiché all'art. 1 prevede espressamente di disciplinare le situazioni di crisi o di insolvenza delle società pubbliche.

Appurata l'applicazione della disciplina di diritto comune e del Codice della crisi alle società pubbliche, il secondo capitolo si sofferma sulle novità più rilevanti in tema di *governance* e di strumenti di allerta, novità introdotte dal riformatore col fine di creare un sistema di rilevazione più efficiente, che permetta di intercettare i sintomi di una crisi prima che sia compromessa l'integrità della società.

Passando agli strumenti stragiudiziali negoziali, il terzo capitolo tratta dei piani attestati di risanamento e degli accordi di ristrutturazione dei debiti nella normativa vigente e nel Codice della crisi, soffermandosi anche sulle caratteristiche dei piani di risanamento e di ristrutturazione aziendale nominati dal Testo unico sulle società a partecipazione pubblica.

Dal quarto al sesto capitolo, prendendo a riferimento l'art. 14 del Testo unico che afferma che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul concordato preventivo, sul fallimento, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, si cercano di mettere in evidenza le differenze tra la normativa prevista dall'odierna legge fallimentare e il futuro Codice della crisi.

# INDICE

## RINGRAZIAMENTI

## INTRODUZIONE

## CAPITOLO I – SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1. Evoluzione storica dell'intervento pubblico nell'economia: Stato controllore, Stato interventista, Stato imprenditore e finanziatore, Stato arbitro e regolatore
2. Diffusione massiccia e inconvenienti del modello societario
3. Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica
  - 3.1. Principi e criteri direttivi della legge delega
  - 3.2. Dati del fenomeno dopo il TUSPP
  - 3.3. Tipi di società
    - 3.3.1. Società a controllo pubblico
    - 3.3.2. Società *in house*
    - 3.3.3. Società a partecipazione mista pubblico-privata
    - 3.3.4. Società quotate
4. Nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
  - 4.1. Applicazione alle società pubbliche
  - 4.2. Punti di "contatto" con la disciplina delle società a partecipazione pubblica

## CAPITOLO II – GOVERNANCE E STRUMENTI DI ALLERTA

1. Gli assetti organizzativi adeguati e l'allerta per prevenire o rilevare tempestivamente la crisi: premessa
2. TUSPP: società a controllo pubblico e programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale
  - 2.1. Strumenti integrativi di governo societario
3. CCI: gli assetti organizzativi adeguati applicati alle società pubbliche
  - 3.1. Gli strumenti d'allerta: gli indicatori di crisi e obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati
  - 3.2. OCRI: gestione dell'allerta e procedimento di composizione assistita della crisi
4. Convergenze e distonie tra TUSPP e CCI sulla prevenzione della crisi

## CAPITOLO III – PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO E ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

1. Piani attestati di risanamento: tra disciplina vigente e nuova disciplina
  - 1.1. Presupposti e finalità

- 1.2. Contenuto del piano
- 1.3. L'attestazione e la pubblicità
- 1.4. Esenzione dall'azione revocatoria e dalla responsabilità penale
- 1.5. Riflessioni e considerazioni conclusive
2. Piani di risanamento e di ristrutturazione aziendale presenti nel TUSPP: peculiarità
3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: tra disciplina vigente e nuova disciplina
  - 3.1. Presupposti soggettivi e oggettivi. Accordi e piano: contenuto, attestazione e rinegoziazione
  - 3.2. Omologazione dell'accordo e pubblicazione
  - 3.3. Accordi di ristrutturazione agevolati e ad efficacia estesa
  - 3.4. Convenzione di moratoria
  - 3.5. Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi

#### CAPITOLO IV – CONCORDATO PREVENTIVO

1. Premessa: art. 14 TUSPP
2. L'insuccesso dell'attuale disciplina del concordato preventivo
3. La nuova disciplina dell'istituto. Finalità del concordato preventivo
4. Raffronto tra disciplina odierna e di futura applicazione
  - 4.1. I presupposti per l'accesso alla procedura
  - 4.2. La proposta e il piano di concordato
  - 4.3. Domanda di accesso al concordato ed effetti del suo deposito
  - 4.4. Proposte concorrenti ed offerte concorrenti
  - 4.5. Voto ed omologazione
  - 4.6. Concordato preventivo di gruppo nel Codice
5. Cenni al caso ATAC

#### CAPITOLO V – FALLIMENTO-LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

1. Premessa: l'evoluzione giurisprudenziale del fenomeno
2. Raffronto tra disciplina odierna e di futura applicazione
  - 2.1. I presupposti per la dichiarazione di liquidazione giudiziale e organi preposti
  - 2.2. Accertamento del passivo, programma e modalità di liquidazione, ripartizione dell'attivo
  - 2.3. Cessazione della procedura di liquidazione giudiziale
  - 2.4. Concordato nella liquidazione giudiziale
  - 2.5. Cenni sulla liquidazione giudiziale di gruppo
3. Considerazioni conclusive

## CAPITOLO VI - AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE INSOLVENTI

1. Origini ed evoluzione dell'istituto
2. La disciplina generale. I requisiti soggettivi e oggettivi
  - 2.1. La sentenza dichiarativa dell'insolvenza e l'apertura della procedura
  - 2.2. Il contenuto e l'esecuzione del programma di recupero
  - 2.3. La cessazione della procedura
3. Cenni sull'amministrazione straordinaria nei gruppi di imprese

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

ALTRE FONTI

# CAPITOLO I – SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

## *1. Evoluzione storica dell'intervento pubblico nell'economia: Stato controllore, Stato interventista, Stato imprenditore e finanziatore, Stato arbitro e regolatore*

L'intervento pubblico per assicurare la difesa dei diritti di proprietà e precisare le regole dello scambio è stato ritenuto necessario sin dagli Autori del pensiero classico liberale della Scuola inglese della seconda metà del '700 di cui uno dei più autorevoli esponenti fu, come noto, Adam Smith. Per lo stesso «la libertà “naturale” del mercato ha bisogno di un minimo di garanzie statali, come il corretto funzionamento delle istituzioni, la giurisdizione, la protezione contro le invasioni esterne»<sup>1</sup>.

Come noto, Adam Smith fu considerato il fondatore dell'economia politica liberale e le idee sue e dei suoi allievi si diffusero in tutta Europa e condizionarono l'evoluzione del pensiero economico negli anni successivi.

Per quanto riguarda l'Italia il 4 marzo 1848 nacque lo Stato liberale con l'entrata in vigore dello Statuto Albertino, concesso dal re Carlo Alberto di Savoia. Nella forma di stato liberale la costituzione venne vista come sede delle garanzie, come «perimetro giuridico», ossia spazio vitale nel quale erano declinati i fondamentali diritti del cittadino. Al suo interno, come cornice positiva, trovarono formale riconoscimento e definitiva consacrazione i diritti civili e politici<sup>2</sup>. Di conseguenza lo Statuto, esempio di carta costituzionale di uno stato liberale, riconobbe e tutelò unicamente i diritti di libertà «individuale»<sup>3</sup>, come l'iniziativa economica. Risultò predominante la concezione della tutela e della salvaguardia dell'iniziativa privata rispetto ad ogni tentativo di dirigismo statale.

Il sistema si stava trasformando ed evolvendo rispetto al periodo dell'assolutismo

---

<sup>1</sup> M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (M. CAFAGNO, F. MANGANARO), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016, p. 16. Il riferimento è naturalmente alla celebre opera di A. SMITH, *Del reddito del sovrano e della Repubblica dell'opera*, vol. V, in *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, 1776.

<sup>2</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Editori Laterza, Lecce 2014, p. 24.

<sup>3</sup> A.M. POGGI, *I diritti delle persone. Lo stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori Università, Milano 2014, p. 6.

dinastico; con lo Statuto si giunse ad un modello c.d. di Stato minimo, dove le garanzie e le libertà si declinarono spesso in senso negativo, come principio di non ingerenza da parte delle istituzioni<sup>4</sup>. Ne conseguì l'idea di un apparato snello, organizzato amministrativamente in modo semplice, dato che la prerogativa fondamentale era di controllare l'ordine pubblico interno e la difesa del territorio da nemici esterni, lasciando libero il mercato di ricercare il proprio equilibrio. Si delineò la figura di uno Stato avente un ruolo di controllore e di garante dei servizi relativi alla giustizia e alla protezione, disinteressato alle vicende economiche che vennero lasciate alla libertà dei privati.

Il primo Stato unitario tentò di portare a compimento delle blande forme di controllo sull'economia, tramite la politica fiscale e le regole sui bilanci pubblici, per realizzare un'unità del mercato e proteggerla da interventi esterni<sup>5</sup>.

In quella fase lo Stato era rappresentato da pochi enti territoriali: oltre allo Stato medesimo, vi erano le province e i comuni e lo Stato era costituito da un numero esiguo di enti pubblici economici differenti dagli enti territoriali, per lo più caratterizzati da una struttura associativa, come ad esempio gli ordini professionali. I comuni concessero la gestione dei servizi pubblici indistintamente ai privati senza occuparsene in quanto non avevano le risorse necessarie<sup>6</sup>.

Con l'introduzione della legge elettorale 24 settembre 1882, n. 999 e la comparsa dello stato pluriclasse, i socialisti, cattolici e liberali iniziarono a ritenere utile l'instaurazione di un regime di libera concorrenza a discapito del sistema monopolistico privato ivi presente.

Con il processo di urbanizzazione, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, si verificò un primo potenziamento dell'apparato statale, con un ingresso più deciso dello Stato nelle questioni economiche. Vennero creati nuovi soggetti pubblici che, nelle città, servivano per svolgere «servizi di necessità

---

<sup>4</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 24.

<sup>5</sup> M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 18.

<sup>6</sup> F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, a cura di (ROVERSI MONACO F.), Maggioli Editore, Rimini 1988, p. 25.

generale»<sup>7</sup>.

In particolare, con la l. 29 marzo 1903, n. 103<sup>8</sup> si cercò di dare risposte alla nuova situazione sociale e trovare una sintesi efficace tra la ricerca della massimizzazione del profitto da parte dell'imprenditore privato e l'interesse della collettività nell'usufruire dei servizi di pubblica utilità, tramite la rimozione degli aspetti negativi dell'erogazione dei servizi da parte dei concessionari privati.

La legge citata rubricata «assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni», al capo I intitolato «costituzione ed amministrazione delle aziende speciali» spiegò come i comuni potessero assumere l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi<sup>9</sup>. Tramite le aziende speciali, c.d. aziende municipalizzate, enti pubblici privi di personalità giuridica, strumentali allo svolgimento dei compiti e all'espletamento dei servizi dei comuni, si diede avvio al processo di municipalizzazione.

Queste aziende assunsero direttamente i servizi e furono distinte dall'amministrazione ordinaria del comune di riferimento sia a livello gestionale che di bilancio. Nonostante questa separazione, da un lato furono sempre sotto la supervisione dell'ente locale e da un altro lato gli utili netti prodotti furono devoluti al bilancio comunale e le eventuali perdite furono coperte con appositi stanziamenti da parte del comune<sup>10</sup>.

A livello statale, per le imprese pubbliche, anche per i monopoli fiscali e i grandi servizi pubblici, vennero alla luce le amministrazioni-aziende autonome, enti gestiti in amministrazione separata con una ristretta autonomia amministrativa, finanziaria e contabile. Infatti, l'azienda autonoma fu solitamente priva di personalità giuridica e sottoposta al potere del ministro competente.

La nascita di numerosi soggetti pubblici fu sintomatica di uno Stato interventista-produttore, che volle incidere in prima persona sul mercato. Questo si tratteggiò con grande evidenza nella ricostruzione susseguente alla Prima guerra mondiale.

---

<sup>7</sup> B. SORDI, *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello stato sociale*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno XLVI, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano 2017, p. 190.

<sup>8</sup> Abrogata dall'art. 24 d.l. 25 giugno 2008, n.112, convertito con l. 6 agosto 2008, n.133.

<sup>9</sup> Vd. Art. 1, l. 103 del 1903.

<sup>10</sup> Vd. Art. 2, l.103 del 1903.

Tramite le partecipazioni pubbliche, lo Stato intervenne nel mercato direttamente come produttore di beni e servizi e non più soltanto come soggetto garante e controllore<sup>11</sup>.

Il legislatore tramite il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047 allargò la possibilità di svolgere alcuni pubblici servizi alle province e successivamente con il r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 (d'ora in avanti «T.U. 2578 del 1925»), intitolato «approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie» dispose la disciplina fondamentale in materia di servizi pubblici locali.

La conseguenza fu che, con l'ascesa del fascismo, l'intervento dello Stato diventò ancora più imponente, sia per una visione alla base della stessa ideologia fascista, che vedeva come utile, ai fini del regime, il controllo dei mezzi di produzione, sia perché risultò necessario un enorme intervento pubblico a sostegno dell'economia, ancora sofferente a seguito del dissesto della Grande crisi del 1929<sup>12</sup>.

Lo Stato diventò vieppiù soggetto attivo nell'economia, imprenditore e al tempo stesso finanziatore tramite l'acquisizione di partecipazioni azionarie di società in dissesto economico. Degna di nota fu nel 1933 l'istituzionalizzazione dell'IRI - istituto per la ricostruzione industriale- che procedette all'acquisizione di pacchetti azionari per soccorrere alcune banche e imprese in crisi e scongiurare l'ipotesi del fallimento. Quindi vi furono già imprese pubbliche costituite in forma societaria. Gli aiuti di stato ed il sostegno al mercato, fondamentali al fine della ricostruzione e dello sviluppo in quel periodo storico, si paleseranno come il motivo dominante dell'indebitamento statale, dovuto non solo a dinamiche di mercato, ma altresì alle pesanti ingerenze dei partiti nella gestione.

Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, in Italia si ebbe una netta cesura, una discontinuità rispetto allo Statuto Albertino, carta liberale vigente fino a pochi anni prima nel nostro Stato. Si inaugurò una fase totalmente nuova, come affermato da Grossi, «si comincia(va), davvero, da una tabula rasa»<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 19.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> P. GROSSI, *La Costituzione Italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, (3), 3 paragrafo, pp.607 ss.

Nella Costituzione, all'interno del titolo riguardante i rapporti economici, si ribadì, come già si stesse diffondendo nella realtà giuridico-fattuale, la presenza di un'economia mista dove contemporaneamente la libertà dell'iniziativa privata e una più o meno forte presenza statale nella vita economica coesistevano.

All'interno dell'art. 41 della Costituzione, dove al comma 1° venne espresso il modello economico considerato prevalente ossia quello della libertà dell'iniziativa economica privata, si intravide la ricerca di un compromesso ideologico tra i costituenti; tanto è vero che ai commi 2° e 3° si affermò che l'iniziativa economica dei privati non potesse svolgersi, tra l'altro, in contrasto con l'utilità sociale e che fosse sempre sottoposta a programmi e controlli opportuni così come l'attività economica pubblica.

Si sviluppò quindi una visione dello Stato che, tramite lo strumento dell'economia mista, potesse intervenire nel mercato o attraverso una programmazione economica, diventando così soggetto regolatore del mercato pubblico-privato o svolgendo in proprio attività d'impresa.

I costituenti si prefissero in questo modo di raggiungere non soltanto una stabilità, ma anche un'allocatione migliore del reddito, rispondendo così all'esigenze del periodo, ossia sviluppo e maggiore giustizia sociale e distributiva<sup>14</sup>.

A distanza di oltre dieci anni dall'introduzione della Costituzione, lo Stato progredì economicamente ed il benessere si diffuse, in parte grazie ad una buona classe imprenditoriale, ma anche soprattutto per merito di forti sovvenzioni statali; lo Stato acquisì maggiormente un ruolo di finanziatore o di Stato maieutico che contribuì e sostenne lo sviluppo.

Su un altro versante, tuttavia, in quel periodo storico iniziò a consolidarsi una realtà ordinamentale sovranazionale, ossia la Comunità economica europea, la cui prima volontà e obiettivo fu lo sviluppo di un mercato unico, tramite l'attuazione di misure e politiche idonee a favorire la concorrenza, considerata come principio cardine del proprio agire.

La concorrenza fu vista *in primis* come punto di riferimento che avrebbe dovuto guidare il rapporto tra i soggetti presenti nel mercato; le regole di condotta avrebbero dovuto essere osservate da tutti i soggetti coinvolti in maniera uniforme,

---

<sup>14</sup> G. VISENTINI, *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, (10), p.1119.

compreso il divieto degli aiuti di Stato. In secondo luogo questo principio avrebbe dovuto essere visto come un traguardo da raggiungere dallo Stato per permettere al proprio sistema economico di tendere verso i canoni dell'economia di mercato.

Questo brevissimo raffronto permette di comprendere il differente modo di interpretare l'intervento economico statale di questa neonata organizzazione internazionale, politica ed economica rispetto alla situazione presente in quel momento in Italia.

La concorrenza esprimeva un obiettivo che lo Stato, su spinta della Comunità europea, doveva perseguire, e che si poneva in antitesi con la politica presente in Italia in quel momento, basata su un forte investimento statale.

Tanto è vero che parallelamente a quanto affermato, in ambito nazionale, l'intervento pubblico non accennò a diminuire; anzi nonostante fossero già previste in Costituzione, le regioni vennero istituite ufficialmente come enti territoriali nel 1970 con la l. 16 maggio 1970, n. 281 e dal regolamento di attuazione d.p.r. 15 gennaio 1972, n.8.

Sulla stessa falsariga, si collocò la legge c.d. del parastato, l. 20 marzo 1975, n. 70, che tentò il riordino degli enti pubblici controllati dallo Stato dividendoli in categorie. Furono sottoponibili a questa legge, i c.d. dal *quisque de populo* enti parastatali, definiti come enti pubblici nazionali non compresi direttamente nell'amministrazione statale, a cui tuttavia furono legati da rapporti di strumentalità e ausiliarità; tanto è vero che furono finanziati e controllati dallo Stato stesso.

La pluralità di modelli di amministrazione, basata su un principio di pluralismo istituzionale, attraverso il quale accanto allo Stato, ente pubblico per eccellenza, operano altri soggetti pubblici e la miriade di strumenti tramite cui lo Stato e questi ulteriori soggetti intervengono, portò ad un fortissimo intervento statale nell'economia, ma al tempo stesso ad un enorme aumento del debito pubblico.

La motivazione della crescita dell'indebitamento si deve ricercare nelle modalità dell'intervento; infatti, le imprese pubbliche, diffuse ormai in ogni settore dell'economia, ebbero spesso una gestione diseconomica e nonostante questo ricevettero un finanziamento continuo attraverso risorse pubbliche. Tutto quanto premesso, unito alle influenze dei partiti politici sulle medesime imprese statali e all'esenzione dalla fallibilità degli enti pubblici economici, come affermato dall'art.

l r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (d'ora in avanti «legge fallimentare» o «l.f.»), mostrò come questo modello di intervento fosse destinato a tramontare<sup>15</sup>.

Una prima apertura verso un modello più vicino ai dettami dell'allora Comunità europea in tema di creazione di un mercato unico basato sulla libera concorrenza si ebbe da parte della giurisprudenza di legittimità verso la fine degli anni settanta. In tema di partecipazione dei comuni ad una società per azioni, la Corte riconobbe la capacità degli enti pubblici di creare organismi di diritto privato per adempiere ai propri obblighi istituzionali. Questa interpretazione estensiva inaugurò una novità, in quanto fino ad allora, non essendo prevista la società per azioni tra le modalità di gestione menzionate dal T.U. 2578 del 1925, i giudici amministrativi e nello specifico il Consiglio di Stato si opponevano a tale apertura ritenuta rischiosa.

A partire da tale innovazione, data da quel momento per assodata a livello giurisprudenziale, si svilupparono due orientamenti differenti in seno alla magistratura amministrativa, uno più estensivo e l'altro più restrittivo. Il primo riconobbe la possibilità per gli enti pubblici di ricorrere a tutti i mezzi possibili per ottenere i propri risultati, compresa la costituzione di società per azioni, a patto che ci fossero motivazioni di pubblico interesse e un nesso tra l'attività sociale e il soddisfacimento delle esigenze delle collettività locali<sup>16</sup>. Il secondo permise la costituzione di società per azioni, salvi i limiti dati dall'evitare la violazione o l'elusione dei vincoli posti a carico degli enti pubblici e l'utilizzo dello strumento con finalità elusiva<sup>17</sup>.

La crisi risultò lampante all'inizio degli anni Novanta, partendo da una crisi della politica che non poté non ripercuotersi sull'intervento pubblico, essendoci uno stretto legame tra partecipazioni statali e partiti politici, che portò ad un netto cambio di rotta.

Sono gli anni in cui prese forma il processo delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni<sup>18</sup>. Quest'ultimo fenomeno si articolò in due fasi ben distinte: una

---

<sup>15</sup> Per gestione diseconomica e influenze dei partiti politici sulle imprese statali v. F. ONIDA, *Industria e trasformazioni produttive in Italia: crisi e privatizzazioni dagli anni '90. Alla ricerca di una nuova politica industriale*, in *Riv. stor. econ.*, 2014, (3), pp. 325-356.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, sent., 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro Amm.* 1990, 3, 664.

<sup>17</sup> T.A.R. Bari (Puglia), sez. I, sent., 16 dicembre 1989, n. 581, in *Foro Amm.* 1990, 9, 2142.

<sup>18</sup> V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, (4), pp. 627-638.

prima c.d. privatizzazione formale, consistente nella trasformazione degli enti pubblici in società di capitali controllate in tutto o in parte dagli enti stessi e una seconda c.d. privatizzazione sostanziale, riguardante la collocazione delle partecipazioni sul mercato e la conseguente dismissione dei pacchetti azionari in mano pubblica.

Recependo quanto poc' anzi affermato dalla giurisprudenza, la legge sugli enti locali 8 giugno 1990, n. 142, introdusse per i comuni e le province la possibilità di detenere partecipazioni societarie<sup>19</sup>. L'art. 22, comma 3° indicava quali fossero le modalità tramite cui i comuni e le province potessero gestire i servizi pubblici; si passava dalla gestione in economia, alla concessione a terzi, all'utilizzo dell'azienda speciale o dell'istituzione fino alla grande novità della possibilità di utilizzare le società per azioni a prevalente capitale pubblico locale<sup>20</sup>.

Quindi la funzione di sviluppo economico, fino a quel momento nelle mani esclusive dello Stato, venne estesa agli enti locali, che poterono cominciare a dar vita a società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, purché fossero rispettate le limitazioni imposte dal legislatore, ossia il prevalente capitale pubblico locale e la contemporanea partecipazione di più soggetti pubblici o privati.

L'opportunità di utilizzare il modello societario al posto degli enti, ma con l'obbligo per gli enti stessi di mantenere la partecipazione di maggioranza, fu il primo passo verso una liberalizzazione del mercato tramite una privatizzazione formale.

Con l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498<sup>21</sup>, il legislatore prevede la possibilità per la gestione dei servizi pubblici locali di creare società per azioni senza un vincolo di proprietà maggioritaria. Si aprì la seconda fase della privatizzazione

---

<sup>19</sup> C. MIGNONE, P. VIPIANA, P.M. VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Utet, Torino 1993, pp. 169 ss.

<sup>20</sup> Art 22, comma 3, l. 142 del 1990: «I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

<sup>21</sup> Interventi urgenti in materia di finanza pubblica. Attuata con d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533.

ossia una privatizzazione sostanziale<sup>22</sup>.

Nel 1997 con la l. 15 maggio, n. 127, recante «misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo» si introdusse all'art. 17, comma 58°, la possibilità per i comuni e le province di usufruire anche del modello delle società a responsabilità limitata.

Parallelamente a livello nazionale, l'avvio dei processi di privatizzazione fu spesso preceduto da una trasformazione delle aziende autonome in enti pubblici economici. Con la l. 8 agosto 1992, n. 359<sup>23</sup> avvenne la trasformazione di alcuni enti pubblici economici in società a causa dell'insostenibilità del debito pubblico e dell'apertura al mercato unico europeo, portando nelle casse dello Stato entrate per 119 miliardi di lire<sup>24</sup>.

Erano gli albori di un modello di Stato c.d. regolatore dei processi economici, intento a ricercare una migliore efficienza nell'erogazione dei servizi di pubblica utilità e contemporaneamente un risparmio di spesa. Per rientrare delle perdite nei propri bilanci, sfruttando le spinte del diritto comunitario, che come detto vedeva un pericolo per la concorrenza nello Stato finanziatore, lo Stato ebbe l'obiettivo tramite la privatizzazione di distanziare la politica dalla gestione dell'intervento pubblico.

Lo Stato, a partire dagli anni Novanta, fu anche arbitro in quanto attraverso l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti, garantì il buon funzionamento delle regole del mercato<sup>25</sup>. Lo Stato iniziò a tutelare maggiormente gli interessi pubblici e della collettività in settori nevralgici dell'economia, tramite le autorità, soggetti o enti pubblici, istituiti con legge, svolgenti prevalentemente funzioni amministrative in ambiti considerati sensibili o di alto contenuto tecnico, che richiedono una particolare posizione di autonomia e di indipendenza verso il Governo, al fine di assicurare una reale imparzialità rispetto agli interessi coinvolti.

---

<sup>22</sup> N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. Soc.*, 1993, (3), pp. 465-475.

<sup>23</sup> Legge di conversione del d.l. 11 luglio 1992, n.333, recante «misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica».

<sup>24</sup> L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino 2015, p.133.

<sup>25</sup> Per approfondimenti cfr. F. CINTIOLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (CAFAGNO M. – MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016, pp. 509-524.

Con il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali<sup>26</sup> (d'ora in avanti «TUEL») si provvede a risistemare organicamente la mole normativa presente. Venne ribadito un concetto fondamentale all'art. 3, comma 4°, ossia quello dell'autonomia delle province e dei comuni; infatti, il legislatore affermò che «i comuni e le province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica» e la possibilità di creare aziende speciali.

L'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448<sup>27</sup> virtualmente apportò modifiche al TUEL, che aveva recepito agli artt. 112 e 113 le disposizioni dell'art. 22 della l. 142 del 1990 sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali. La novità riguardò la distinzione tra l'erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza industriale, categoria mai definita, e quelli privi di rilevanza industriale. I servizi pubblici erano definiti dall'art. 112 TUEL come quelli aventi «per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Tramite questa nuova distinzione, successivamente riformata in servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, la finanziaria del 2002 procedette sempre nell'ottica di un processo di liberalizzazione: infatti, la legge disponeva che l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale dovessero svolgersi in regime di concorrenza, «con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica»<sup>28</sup>. Quindi la riforma prevede l'utilizzo di un modello societario per la gestione di servizi di rilevanza industriale, residuando un possibile intervento mediante una gestione in economia, solamente in casi eccezionali.

Invece, il nuovo art. 113 *bis*, comma 1°, TUEL, prevede che i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale potessero essere gestiti mediante affidamento diretto alle istituzioni, alle aziende speciali, anche consortili, alle società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali. In aggiunta, fu previsto in via residuale

---

<sup>26</sup> D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>27</sup> Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002).

<sup>28</sup> Art. 113, comma 5, lett. a), TUEL, come riformato dall'art.35, comma 1, legge finanziaria 2002.

anche la gestione in economia<sup>29</sup>.

L'art. 14 della l. 24 novembre 2003, n. 326<sup>30</sup>, abrogò molte disposizioni della legge finanziaria 2002, compreso il comma 5°. In aggiunta venne modificato attivamente il TUEL, disponendo la possibilità che i servizi pubblici privi di rilevanza economica, fossero gestiti mediante affidamento diretto alle «società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino (esercitassero) sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi (realizzasse) la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano»<sup>31</sup>.

Anche se l'articolo relativo alle modalità di affidamento dei servizi privi di rilevanza economica fu dichiarato incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272, poiché l'intervento statale fu ritenuto dalle regioni invasivo della propria competenza legislativa, tramite questo comma le società *in house* entrarono nel nostro ordinamento. Fecero l'ingresso come modello residuale, trattato inizialmente con diffidenza perché visto come possibile strumento per eludere i principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza<sup>32</sup>. Fino al 2006 gli interventi legislativi furono volti all'incentivazione del modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali. Da questo momento si iniziò a percepire la necessità di un'inversione di tendenza per frenare un fenomeno, che aveva raggiunto dimensioni esagerate.

Nello specifico, tramite l'art. 13, comma 1°, l. 4 agosto 2006, n.248<sup>33</sup> si circoscrisse il raggio di azione delle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, che potevano operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti per evitare distorsioni della concorrenza e del mercato ed assicurare la parità degli operatori.

---

<sup>29</sup> Art. 113 *bis*, comma 1, TUEL, come riformato dall'art.35, legge finanziaria 2002.

<sup>30</sup> Legge di conversione del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, recante «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici».

<sup>31</sup> Art. 113 *bis*, comma 1, lett. c), TUEL, come riformato dall'art.14 l. 326 del 2003.

<sup>32</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna 2013, p. 323.

<sup>33</sup> Legge di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 recante «disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale».

Attraverso l'art. 3, comma 27°, l. 24 dicembre 2007, n. 244<sup>34</sup>, al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, si introdusse un'ulteriore limitazione per le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2° del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165<sup>35</sup>, consistente nell'impossibilità di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

L'art. 14, comma 32°, l. 30 luglio 2010, n.122<sup>36</sup>, facendo salvo quanto previsto dalla legge finanziaria del 2008, dispose che i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non potevano costituire società e in caso di società già costituite dovevano o metterle in liquidazione ovvero cederne le partecipazioni.

Con l'art. 4, comma 1°, l. 7 agosto 2012, n. 135<sup>37</sup>, il legislatore adottò il criterio del fatturato prevedendo che, nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni (vd. *supra* nota 35), che avevano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90%, si dovesse procedere, alternativamente allo scioglimento della società o all'alienazione delle partecipazioni con procedure di evidenza pubblica.

## 2. *Diffusione massiccia e inconvenienti del modello societario*

La diffusione inarrestabile del modello societario fu un dato incontrovertibile, ma come si è già intravisto, è necessaria una differente analisi a livello statale e a livello locale.

---

<sup>34</sup> Legge finanziaria 2008.

<sup>35</sup> D.lgs. recante «norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»; definisce all'art. 1 comma 2 le pubbliche amministrazioni come «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane. e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale».

<sup>36</sup> Legge di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 recante «misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica».

<sup>37</sup> Legge di conversione del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 recante «disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini».

In sintesi dal quadro storico-normativo si percepisce chiaramente come la direzione seguita dal nostro legislatore negli ultimi trent'anni fu quella di consentire e incentivare gli enti locali a costituire società come modello di gestione dei propri servizi pubblici e a livello statale di trasformare gli enti pubblici economici in società con partecipazione pubblica<sup>38</sup>.

Negli anni Novanta il quadro di riferimento mutò in ragione di una imponente crisi economica e finanziaria, che portò ad un cambiamento nelle modalità di intervento dello Stato, indebolendo l'intervento centrale a favore di una proliferazione di società partecipate a livello locale.

A livello statale si iniziò un programma di privatizzazioni per tentare di risanare i conti pubblici. Lo Stato era ormai presente in settori centrali dell'economia e a seguito della crisi si decise in prima battuta di trasformare gli enti pubblici economici in società di capitale e successivamente di privatizzarli tramite una cessione totale o parziale delle partecipazioni sul mercato.

A livello locale, invece, a seguito della legittimità riconosciuta dal legislatore con la l. 142 del 1990, le società a partecipazione pubblica iniziarono a prendere piede e a diffondersi come modello di gestione dei servizi pubblici. La fase della privatizzazione ottenne meno successo in quanto le società si rivelarono spesso delle *longae manus* delle amministrazioni pubbliche locali senza una possibilità di avere una gestione economica e quindi di poter resistere autonomamente nel mercato.

Insomma la portata del fenomeno delle società a partecipazione pubblica è nazionale, ma mentre spesso nazionalmente parlando la trasformazione in società di capitali porta ad una privatizzazione totale e quindi a società senza partecipazione pubblica, a livello locale, il modello societario partecipativo è frequentemente usato e continua ad esserlo in quanto società prive di ogni capacità autonoma di sopravvivere nel mercato<sup>39</sup>.

Considerando complessivamente il fenomeno, questa diffusione massiccia del

---

<sup>38</sup> G. NAPOLITANO, *Il "governo" delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in GAROFOLI R. – ZOPPINI A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018, pp. 15-26.

<sup>39</sup> G. FERRERO, *Le determinazioni economico-quantitative d'azienda*, Giuffrè Editore, Milano 1965, pp. 1-175.

modello societario, nella visione del legislatore nazionale, avrebbe dovuto permettere allo Stato di raggiungere vari obiettivi. Da un lato avrebbe dovuto consentire ed incentivare una gestione ed un servizio più efficienti, tramite la trasformazione da un modello organizzativo pubblicistico ad un modello di tipo privatistico, dall'altro avrebbe dovuto portare ad un contenimento della spesa pubblica.

Il primo intento fu sicuramente lodevole, ma dovette fare i conti con le criticità connesse all'inserimento delle società di capitali e del loro apparato regolamentare ipertecnico in un ambito normativo giuspubblicistico. In particolar modo l'incompetenza e l'incapacità strutturale degli enti territoriali di gestire una società commerciale sicuramente creò effetti opposti a quelli voluti dal legislatore<sup>40</sup>.

Il secondo scopo del legislatore fu brillantemente raggiunto, soprattutto a livello statale, in quanto le privatizzazioni furono ingenti e nella seconda metà degli anni Novanta permisero di ottenere grandi ricavi con cui tentare in parte il risanamento del debito pubblico.

Inoltre la trasformazione avrebbe dovuto far rientrare l'Italia nelle regole dettate dall'Unione sulla concorrenza, che incentivavano un'evoluzione che portasse ad un confronto effettivo e competitivo tra imprese pubbliche e imprese private, eliminando i privilegi di cui godevano le imprese pubbliche. La politica che vide l'ascesa del modello societario fu vista con grande interesse a livello sovranazionale<sup>41</sup>.

Questi lodevoli obiettivi iniziali portarono, come detto, ad una ascesa inarrestabile del modello societario. Questo iniziale incentivo si trasformò col tempo in una volontà del legislatore di intervenire per porre dei freni e circoscrivere l'ambito di operatività delle società a partecipazione pubblica per evitare comportamenti sempre più frequenti in frode al sistema. Lo strumento societario fu sicuramente utile per raggiungere maggiore efficienza nella gestione dei servizi, ma iniziò ad essere utilizzato in gran parte per ragioni meramente opportunistiche.

Nonostante la diffusione inarrestabile del modello societario dovuta dalla volontà

---

<sup>40</sup> M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., pp. 21-22.

<sup>41</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, (1-2), pp. 15-16.

di ottenere gli obiettivi prefissati, anch'esso presentò forti inconvenienti.

I problemi principali furono dovuti ad una difficoltà di inquadramento formale che si ripercosse sulla disciplina sostanziale.

L'enorme mole legislativa fece sì che all'interno del contenitore società pubbliche fossero presenti fenomeni tra loro compositi; si passava dalle società totalmente a partecipazione pubblica a quelle miste, vuoi a prevalenza di capitale pubblico vuoi a prevalenza di capitale privato, da società che integravano moduli organizzativi di funzioni amministrative a società che sottostavano interamente alla legge del mercato<sup>42</sup>.

Insomma un concetto amplissimo, che gli interpreti provarono a sistematizzare scindendolo in due categorie: da un lato si trovavano le società a partecipazione pubblica che svolgevano attività d'impresa e dall'altro le società deputate allo svolgimento di funzioni pubbliche.

Le prime non presentarono grandi criticità poiché il rapporto tra socio pubblico e società si configurava soltanto nella titolarità delle partecipazioni in capo all'ente pubblico. L'unica correlazione tra gli enti pubblici e la società era che il socio pubblico era un azionista, ma si registrava una separazione effettiva tra socio e società; tanto è vero che si sosteneva che a tali società andasse applicata la disciplina di diritto comune applicabile alle società di diritto privato. L'ente pubblico si serviva in assemblea dei propri diritti di azionista, così come ogni altro azionista pur dovendo tener conto dei regimi derogatori previsti dal codice civile<sup>43</sup>.

Quindi anche in questo caso, nonostante la ragionevolezza con cui si affermava la sottoposizione alla disciplina del diritto comune, gli aspetti critici e problematici erano insiti nel funzionamento di queste società. Le difficoltà si palesavano nel trovare il giusto equilibrio tra la disciplina di mercato che richiedeva un certo grado di snellezza nelle decisioni e l'interesse pubblico, che in un certo senso operava come limite alla stessa disciplina di mercato, prevedendo dei regimi derogatori<sup>44</sup>.

Le seconde, perseguendo scopi diversi dallo svolgimento di una pura attività

---

<sup>42</sup> F. CARINGELLA, *Il sistema del diritto amministrativo 1. Il nuovo diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editore, 2016, p. 62.

<sup>43</sup> Ad esempio, vd. art. 2449 c.c. rubricato «Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici».

<sup>44</sup> G. NAPOLITANO, *Il "governo" delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, cit., p. 21.

d'impresa, furono caratterizzate da un peculiare rapporto tra socio e società dato che si evidenziava una forte simbiosi tra socio pubblico e società che si ripercuoteva sulla natura e sul funzionamento delle società stesse. Erano soggetti formalmente privati ma sostanzialmente sottoposti ad un regime pubblicistico; infatti, la disciplina di diritto privato era fortemente derogata in numerose materie<sup>45</sup>. Quindi presentavano grandi difficoltà per l'interprete su quale fosse la disciplina in concreto applicabile.

L'Unione Europea, prediligendo sempre la sostanza sulla forma, sostenne che un ente fosse pubblico quando, al di là della veste formale, detenesse un potere pubblico e fosse sottoposto ad un controllo pubblico<sup>46</sup>.

Detto in altri termini, l'Unione sostenne che se una società fosse stata privatizzata solo formalmente, rimanendo soggetta al controllo dello Stato e funzionalizzata per uno scopo pubblico da raggiungere con moduli amministrativistici, avrebbe dovuto ritenersi ente pubblico ed essere soggetta ad una speciale disciplina a prescindere dalla veste formale, in osservanza del principio della neutralità della forma societaria.

Si deduceva che la questione fosse stabilire quali fossero i criteri per verificare se ed in che misura le singole società potessero essere qualificate come enti pubblici. La questione fu se queste società fossero interamente enti pubblici oppure se fossero sottoposte ad una disciplina speciale in alcuni settori e alla disciplina ordinaria per la restante parte.

Pareva preferibile il secondo assunto, in base al quale soltanto nei settori dove operava una normativa che li rendeva equipollenti alle pubbliche amministrazioni, allora veniva applicata una disciplina speciale. Perciò si tratteggiava una definizione di ente pubblico «elastico»<sup>47</sup>, secondo cui questi soggetti andavano considerati o meno enti pubblici con riferimento ai singoli istituti; se era presente una legge che li paragonava agli enti pubblici andava applicata, altrimenti si

---

<sup>45</sup> Ad esempio in materia di accesso e di procedimento, per le società a maggioranza pubblica, dall'art. 22 e 29 l. 241 del 1990; di appalti dall'art. 3 d.lgs. 50 del 2016; di selezione del personale dall'art. 18 d.l. n. 112 del 2008; di controllo contabile, a titolo esemplificativo, vd. sent. Corte Cost. n. 466 del 1993 e di responsabilità erariale, a titolo esemplificativo, vd. sent. Cass. civ. sez. unite, sent., 19/12/2009, n. 26806.

<sup>46</sup> F. CARINGELLA, *Il sistema del diritto amministrativo 1. Il nuovo diritto amministrativo*, cit., p. 63.

<sup>47</sup> Ivi, p. 64.

applicava la normativa di diritto comune.

In conclusione, si segnalava una rinunzia a definizioni universali, che potevano portare all'applicazione di una sola delle normative, ma un'applicazione di una piuttosto che dell'altra a seconda della specifica disciplina da applicare nel caso concreto.

A detta di Rordorf, le società a partecipazione pubblica furono «una sorta di *no man's land* [...] a cavallo tra diritto privato (commerciale) e diritto pubblico (amministrativo). Territorio nel quale rischia di rimanere naturalmente frustrata la naturale aspirazione del giurista a muoversi in un mondo di concetti ben delineati [...] un mondo ideale cui [...] si contrappone l'opposta tendenza del legislatore ad allentare o talvolta semplicemente ad ignorare la rigidità dei concetti e la sistematicità delle tradizionali costruzioni giuridiche in favore di modelli normativi tutti improntati a duttilità e pragmatismo»<sup>48</sup>.

Insomma si arrivò ad una tale incertezza sulla disciplina applicabile anche a causa dell'ingente produzione legislativa, molto spesso caotica e contrastante, che si sentì il bisogno di portare avanti una riforma corale, che cercasse di porre dei punti fermi, chiari, certi, precisi e concordanti.

### *3. Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

Alla luce di quanto sopra esposto, il quadro normativo, *ante* riforma 2016, che emergeva dall'analisi del fenomeno delle società a partecipazione pubblica si caratterizzò per un'iperlegificazione e una mancanza di organicità dei contenuti<sup>49</sup> dovuta ad una legislazione «a “toppe” piuttosto che a “tappe”»<sup>50</sup>. Si sentì la necessità di introdurre una disciplina unitaria al fine di tentare di risolvere gli annosi problemi di inquadramento e di regime giuridico di tali soggetti.

A tal fine il 19 agosto 2016 venne emanato il decreto legislativo n.175, denominato Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d'ora in avanti «Testo unico» o «TUSPP»), entrato in vigore il 23 settembre 2016, che tenta di ordinare la

---

<sup>48</sup> R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Le Società*, 2005, (4), pp. 423-430.

<sup>49</sup> H. BONURA, G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, (6), pp. 722-732.

<sup>50</sup> Vd. Ampiamente F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, (4), pp.1135 ss.

mole di disposizioni normative partorite dal legislatore negli ultimi venticinque anni.

Per onere di completezza, va segnalato che il decreto legislativo fu in parte modificato da un ulteriore decreto legislativo correttivo del 16 giugno 2017, n.100, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016, n. 251, che dichiarò l'illegittimità costituzionale di alcune parti della legge delega, a causa del fatto che avrebbero dovuto essere adottate previa intesa della Conferenza Stato Regioni o Unificata e non mediante il semplice parere della stessa; insomma la Corte riconobbe una lesione delle competenze regionali nella legge delega.

Il Governo perciò giocò d'anticipo provando a risolvere a monte le questioni che avrebbero potuto porsi nell'eventualità di un ricorso alla Consulta avverso il Testo unico, tramite l'emanazione di questo decreto correttivo. Quest'ultimo punta al rispetto del principio di leale collaborazione tra Stato ed istituzioni locali, con la conseguenza dell'esigenza di una previa intesa della Conferenza Unificata in merito a processi che sulla carta possono impattare sulla razionalizzazione delle partecipate locali e il trasferimento di alcune decisioni in capo agli enti stessi. Inoltre cerca di promuovere una maggiore libertà delle singole società.

### *3.1. Principi e criteri direttivi della legge delega*

Per comprendere a fondo le novità del TUSPP, bisogna analizzare le linee guida di questa poderosa riforma, che sono contenute nella legge delega; in particolare, la legge delega 7 agosto 2015<sup>51</sup>, n. 124 e più precisamente il combinato disposto degli articoli 16 e 18.

L'art. 16 dettò i criteri generali comuni per l'esercizio delle deleghe legislative di semplificazione, mentre l'art. 18 dettò i criteri speciali per quanto concerne il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche. Nel dettaglio, l'art. 16 affermò che vi fosse la necessità di giungere a coordinare in modo formale e sostanziale le disposizioni legislative vigenti per garantire una coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa, precisando le eventuali antinomie e le norme abrogate.

---

<sup>51</sup> C.d. Legge Madia rubricata «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche».

L'art. 18, comma 1°, prima parte, invece, si mostrò espressione della volontà del legislatore delegante sul riordino della disciplina delle società partecipate; «il decreto legislativo [...] è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza». Si prefigge di ridurre le società a partecipazione pubblica e di precisare i parametri quantitativi e qualitativi di una loro razionalizzazione.

I principi e criteri direttivi che qui rilevano per il raggiungimento di quanto detto furono la «distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa»<sup>52</sup>, la «razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità (e la) ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti [...]»<sup>53</sup> e la «eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo»<sup>54</sup>.

Con riferimento esclusivo alle società partecipate dagli enti locali, il legislatore delegante affermò «per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione»<sup>55</sup>, «per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale,

---

<sup>52</sup> Art. 18, comma 1, lett. a), l. 124 del 2015.

<sup>53</sup> Art. 18, comma 1, lett. b), l. 124 del 2015.

<sup>54</sup> Art. 18, comma 1, lett. h), l. 124 del 2015.

<sup>55</sup> Art. 18, comma 1, lett. m), punto 1, l. 124 del 2015.

individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza»<sup>56</sup> e un «rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza»<sup>57</sup>.

Da quanto appena riportato, si evidenzia quanto fosse sentito e richiesto l'intervento del legislatore per rendere intellegibile una disciplina che richiedeva un deciso e coerente intervento chiarificatore.

### *3.2. Dati del fenomeno dopo il TUSPP*

Si ritiene interessante un breve sguardo sulla consistenza numerica delle società a partecipazione al fine di valutare se il Testo unico abbia apportato o meno effettivamente le modifiche sperate.

Tuttavia è necessario sottolineare come i dati presentino delle criticità. Si mostrano infatti come dati incompleti in quanto in primo luogo un numero considerevole di pubbliche amministrazioni è rimasto inerte alle richieste e in secondo luogo inizialmente sono state costituite anche dati diverse, che inevitabilmente hanno portato a risultati differenti, non sempre chiari e difficilmente paragonabili.

Un sistema di monitoraggio fu compiuto dalla Sezione delle autonomie della Corte dei Conti.

Nel 2010 la Sezione pubblicò i risultati, basati su dati del quadriennio 2005-2008, che indicavano 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti pubblici locali con un incremento dell'11,08% rispetto al dato del 2005. Circa il 65% di questi organismi partecipati aveva natura societaria con prevalenza delle società per azioni, mentre il restante aveva in prevalenza una forma consortile. Successivamente fu introdotta

---

<sup>56</sup> Art. 18, comma 1, lett. m), punto 2), l. 124 del 2015.

<sup>57</sup> Art. 18, comma 1, lett. m), punto 3), l. 124 del 2015.

una nuova banca dati *Siquel*, costituita dalle relazioni dei Collegi dei revisori presso gli enti locali e da altri soggetti abilitati e usata dalla Sezione della Corte. L'ultima relazione datata 30 settembre 2016 mostrò la presenza di 7.181 organismi partecipati su 4.217 soggetti coinvolti nelle analisi. La criticità era dovuta alla limitatezza dei dati, riferibili solamente agli enti territoriali.

A livello statale, a partire dal 2006, il Governo sentì il bisogno di creare propri sistemi di monitoraggio per avere contezza del fenomeno.

Con la l. 27 dicembre 2006, n. 296, comma 586°, fu richiesto alle pubbliche amministrazioni di comunicare i dati relativi alle partecipazioni detenute in società e consorzi. I dati confluirono in una banca dati (*Consoc*), gestita dal Dipartimento della funzione pubblica, che li elaborò e realizzò quattro relazioni tra gli anni 2011 e 2014, che mostrarono un fenomeno tutto sommato omogeneo. In breve i dati, parlavano di circa 37.000 partecipazioni dichiarate in circa 7.000 organismi partecipati da più o meno 5-6 mila amministrazioni. Incisero negativamente sulla valutazione di questi dati, la notevole differenza di amministrazioni che, nel corso degli anni, ottemperarono all'obbligo di legge, dichiarando le proprie partecipazioni e in secondo luogo la mancanza di un obbligo di comunicazione in capo agli organismi partecipati che non permise di considerare nel calcolo il numero di partecipazioni in via indiretta.

Un ultimo riferimento va fatto alla banca dati *Partecipazioni* creata dal Dipartimento del tesoro nell'ambito del progetto Patrimonio della PA<sup>58</sup>, che avviò un censimento annuale degli *assets* pubblici.

Il dato di fondo è l'aumento costante nel corso degli anni delle partecipazioni, ma anche dovuto al fatto che sono sempre di più le amministrazioni che adempiono agli obblighi di comunicazione imposti dalla legge.

In una visione di razionalizzazione delle banche dati, nel 2015, si decise di riunire tutti i contenuti nella banca dati del Dipartimento del Tesoro; infatti, a partire dal 1° gennaio 2015 la banca dati *Consoc* confluì nelle rilevazioni delle partecipazioni

---

<sup>58</sup> Il Dipartimento del Tesoro ha istituito il progetto Patrimonio della PA per la ricognizione annuale delle componenti degli attivi pubblici, in applicazione dell'art. 2, comma 222, della l.191 del 2009 (Legge finanziaria 2010). Il progetto è stato avviato con il censimento dei beni immobili pubblici e, con d.m. 30 luglio 2010, è stato ampliato con il censimento delle partecipazioni pubbliche e con quello delle concessioni amministrative di beni pubblici.

del Dipartimento del Tesoro e, nel 2016 a seguito di un'intesa tra il Presidente della Corte dei Conti e il Ministro dell'economia e delle finanze, la rilevazione dei dati fu condotta in maniera unificata. Quindi la banca dati *Partecipazioni* è diventata la banca dati unitaria con informazioni su circa 11.000 amministrazioni pubbliche.

Inoltre il TUSPP ha riconosciuto nella banca dati del Dipartimento del Tesoro lo strumento per il controllo dell'attuazione della normativa in materia di società a partecipazione pubblica. Dal 31 dicembre 2017, pertanto, la comunicazione delle partecipazioni deve essere unita alla rilevazione della revisione periodica delle partecipazioni pubbliche che le amministrazioni sono tenute a fare annualmente ai sensi dell'art. 20 TUSPP.

Entro il 30 settembre 2017, in attuazione dell'articolo 24 del TUSPP, le amministrazioni hanno effettuato la «revisione straordinaria» delle partecipazioni dirette e indirette dalle stesse detenute al 23 settembre 2016. La rilevazione sugli esiti della «revisione straordinaria» ex art. 24 TUSPP delle partecipazioni pubbliche è stata avviata dal Dipartimento del Tesoro il 27 giugno 2017.

Il numero complessivo di amministrazioni tenute ad effettuare la ricognizione straordinaria stabilita dal Testo unico è stato pari a circa 10.700. Le amministrazioni che hanno effettivamente adempiuto agli obblighi di comunicazione al Dipartimento del Tesoro sono state 9.341, pari all'87% del totale.

Le partecipazioni detenute in 5.693 società partecipate e dichiarate in sede di ricognizione straordinaria sono state pari a 32.427 (di cui 28.629 detenute direttamente e 5.290 indirettamente)<sup>59</sup>.

Le amministrazioni hanno comunicato di voler mantenere 21.037 partecipazioni, riferibili a 3.312 società; per altre 7.845 partecipazioni riferibili a 2.586 società partecipate, le amministrazioni hanno manifestato la volontà di procedere ad uno o più interventi di razionalizzazione<sup>60</sup>. Il documento delinea il percorso che ha condotto al riordino della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica e offre spunti di riflessione sull'approdo della riforma.

---

<sup>59</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, Direzione VIII - Valorizzazione dell'attivo e del patrimonio pubblico. Struttura per l'indirizzo, il monitoraggio e il controllo sull'attuazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 2019, p. 18.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

In particolare, è stato presentato un quadro degli esiti della revisione straordinaria con riferimento ai dati quantitativi relativi alle alienazioni delle partecipazioni da parte delle amministrazioni pubbliche e all'esercizio del diritto di recesso dalle società da esse partecipate. Nel documento sono stati analizzati taluni profili problematici, emersi con particolare evidenza in sede di applicazione della normativa introdotta dal TUSPP, che hanno certamente condizionato l'attuazione della riforma. Incertezze interpretative hanno riguardato l'ambito della definizione di società a controllo pubblico; letture diverse sono state registrate nella riconduzione delle attività societarie alla nozione di servizi di interesse generale; difficoltà sono state riscontrate nell'individuare procedure di alienazione delle partecipazioni, idonee a rendere compatibili regole di trasparenza e prassi di mercato.

L'analisi dei dati raccolti dalla Struttura di monitoraggio, ad esito della revisione straordinaria prevista dall'art. 24 del TUSPP, ha indicato due significative deviazioni rispetto alle finalità perseguite dalla riforma.

In primo luogo, su un totale di 32.427 partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche, 18.124<sup>61</sup> sono risultate non conformi a quanto disposto dal TUSPP e pertanto avrebbero dovuto formare oggetto di misure di razionalizzazione. In relazione a tale dato, è doveroso sottolineare che, per circa il 46%<sup>62</sup> di dette partecipazioni non conformi ai requisiti del TUSPP, le amministrazioni partecipanti hanno espresso la volontà di mantenere *tout court* la partecipazione, senza prevedere alcun intervento di razionalizzazione.

In secondo luogo, con riferimento alle amministrazioni che hanno dichiarato - in sede di revisione straordinaria - l'intenzione di procedere all'alienazione delle partecipazioni detenute, su un totale di 3.117 partecipazioni dichiarate cedibili, solo in 572 casi<sup>63</sup> è stato comunicato il buon esito della procedura. Con riferimento alle amministrazioni che hanno comunicato la volontà di esercitare il diritto di recesso dalle società entro il 30 settembre 2018, su un totale di 568, soltanto in 178 casi<sup>64</sup> è stato comunicato l'esito positivo della procedura.

---

<sup>61</sup> Circa il 56%.

<sup>62</sup> Ossia 8.351.

<sup>63</sup> Circa il 18%.

<sup>64</sup> Pari al 31%.

Le alienazioni e i recessi realizzati a valle della revisione straordinaria delle partecipazioni prevista dal TUSPP hanno generato introiti pari a circa 431 milioni di euro.

I dati sopra esposti, da una parte evidenziano una limitata concretizzazione degli intenti della riforma, dall'altra mostrano un potenziale di ulteriori azioni di razionalizzazione da compiere nel prossimo futuro, con non trascurabili conseguenze benefiche in termini di finanza pubblica<sup>65</sup>.

### 3.3. Tipi di società

All'art. 3, comma 1°, rubricato «tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica», il decreto legislativo dispone che «le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa».

La norma non ha una portata rivoluzionaria, ma fotografa la situazione vigente, come sopra evidenziato dai dati numerici; infatti, al momento dell'approvazione del TUSPP, le società per azioni, divise in società totalmente pubbliche ad unico socio o a pluralità di soci, miste a prevalenza pubblica o miste a prevalenza privata e le società a responsabilità limitata erano i modelli maggiormente diffusi di organizzazione societaria pubblica.

Curioso segnalare che le società consortili sono state aggiunte nella formulazione finale del testo in accoglimento di osservazioni fatte dalla V Commissione Bilancio della Camera e dalla Conferenza unificata; sarebbe stato un *vulnus* importante in quanto in ambito locale è significativa la presenza delle stesse<sup>66</sup>.

Inoltre pare si ritenga possibile costituire società in accomandita per azioni quotate poiché *ex art. 1, comma 5°* si prevede che le disposizioni del decreto si applicano alle società quotate «solo se espressamente previsto», e non è previsto che l'art. 3 si applichi alle società quotate.

Individuati i tipi, prima di analizzare più nel dettaglio le differenti tipologie di società contemplate dal TUSPP, che possono essere costituite o mantenute dalle

---

<sup>65</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 2019, p. 10.

<sup>66</sup> Dalla rilevazione della Corte dei Conti del 19 giugno 2015 erano 642 le società consortili, pari al 10,27% del totale.

pubbliche amministrazioni, pare utile sottolineare la disposizione dell'art. 1, comma 3° che testualmente dispone che «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». La previsione è di fondamentale importanza in quanto pone un criterio netto e preciso da seguire; il regime ordinario applicabile è costituito dalle norme del diritto privato, che si possono applicare ove non espressamente derogato dalla normativa speciale. Quindi l'idea maturata definitivamente dal legislatore, già presente in passato, è che la partecipazione pubblica non risulta di per sé sufficiente per modificare la natura di una società, perché «è lo Stato che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»<sup>67</sup>.

Nell'ottica della concorrenza, inoltre, assoggettare le società partecipate alle norme del codice civile risponde anche ad un'esigenza di riequilibrare i rapporti tra società pubbliche e società private, prevedendo che a tutti i soggetti uguali vengano applicate le stesse regole.

### 3.3.1. Società a controllo pubblico

Nel *corpus* del decreto è presente una distinzione di base tra società a partecipazione pubblica e società a controllo pubblico. Le prime rappresentano il *genus*, mentre le seconde rappresentano una *species*, come si evince testualmente dalla definizione di cui all'art. 2, comma 1°, lettera n), dove per società a partecipazione pubblica si intendono «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico»<sup>68</sup>. Quindi le società a partecipazione pubblica costituiscono la macro categoria al cui interno trovano spazio sia le società a controllo pubblico che le altre società partecipate. Di conseguenza, il TUSPP prevede una normativa generale per tutte le società a partecipazione pubblica e una normativa speciale, più stringente e

---

<sup>67</sup> Corte dei Conti, sez. autonomie, *Gli Organismi partecipati degli Enti territoriali*, Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi, Relazione 2015, disponibile sul sito [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), p. 30.

<sup>68</sup> Per approfondimenti vd. V. DONATIVI, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, (5), pp. 747-788.

restrittiva, per le sole società a controllo pubblico. Si sottolinea che, come pocanzi visto, anche per queste ultime, in ossequio al principio generale dettato dall'art. 1, comma 3°, si applicano le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato, ove non siano espressamente derogate dalle disposizioni del presente decreto.

La definizione di società a controllo pubblico, invece, è data dal medesimo articolo 2, comma 1°, lettera m), come «le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)»<sup>69</sup>. Pertanto la definizione di per sé non basta in quanto si fa rinvio alla lettera b) che per controllo intende «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile», aggiungendo anche una precisazione che «il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo».

Il richiamo alla disposizione codicistica fa sì che si faccia riferimento sia alle ipotesi di controllo di diritto<sup>70</sup>, di controllo interno di fatto<sup>71</sup> che di controllo esterno<sup>72</sup>; pertanto si avranno società a controllo pubblico sia nel caso in cui il socio pubblico disponga «della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria» sia nei casi in cui disponga «di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria» sia nei casi in cui il socio pubblico eserciti un'influenza dominante «in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa». Il controllo viene in rilievo sia che sia diretto sia che sia indiretto ai sensi dell'art. 2359, comma 2°,

---

<sup>69</sup> Per completezza, art. 2, comma 1, lett. l), TUSPP definisce le società come «gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile»; l'art. 2, comma 1, lett. a), TUSPP definisce le amministrazioni pubbliche come «le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale», per def. art. 1, comma 2 d.lgs. 165 del 2001, vd. *supra* nota 35.

<sup>70</sup> Art. 2359, comma 1, n.1, c.c., sono considerate società controllate «le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria».

<sup>71</sup> Art. 2359, comma 1, n.2, c.c., sono considerate società controllate «le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria».

<sup>72</sup> Art. 2359, comma 1, n.3, c.c., sono considerate società controllate «le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

c.c.<sup>73</sup>.

A scanso di equivoci, si sottolinea che non soddisfano i presupposti della nozione di società a controllo pubblico le relazioni di mero collegamento, richiamate ai sensi dell'art. 2359, comma 3°, c.c.<sup>74</sup> dove «sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società eserciti un'influenza notevole». È vero che il decreto rinvia genericamente all'art. 2359 c.c., ma lo fa nell'ambito della nozione di controllo, quindi la parte che il legislatore delegato ha voluto richiamare è quella dell'art. 2359 c.c. relativamente al controllo e non al collegamento.

Inoltre dal tenore letterale si vede che il legislatore usa il singolare «la situazione descritta dall'art. 2359» e non il plurale per indicare quindi che il riferimento è solo al fenomeno del controllo.

Fino a qui non si pongono grandi questioni sull'interpretazione della definizione di controllo, che potrebbero sorgere, invece, quando ci si domanda se sia bastevole, per raggiungere il controllo *ex art. 2359 c.c.*, la presenza di un controllo c.d. congiunto. Ci si riferisce alla circostanza secondo cui più soggetti, non aventi una posizione di influenza dominante considerati individualmente, la acquistano congiuntamente, utilizzando strumenti che li obbligano a raccordarsi nel prendere le decisioni. Il TUSPP ha disciplinato la rilevanza del controllo congiunto come presupposto per l'identificazione di una società a controllo pubblico, prevedendo questa possibilità nella seconda parte della nozione di controllo come succitata. Questa specificazione si è resa necessaria in quanto la dottrina prevalente nega l'eventualità di porre il controllo congiunto all'interno della nozione codicistica di controllo.

Ulteriori profili critici riguardano la possibilità di far rientrare nel controllo, il c.d. controllo plurimo disgiunto, ossia i casi in cui più parti non hanno alla base alcun accordo che regoli i rispettivi comportamenti, ma possiedono tutte un potere a contenuto negativo. Una lettura complessiva della lettera b) sembra permettere di

---

<sup>73</sup> Art. 2359, comma 2, c.c. «Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi».

<sup>74</sup> Nello stesso senso vd. D. E. BRICI, A. DONATO, *Art. 1-2*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di (G. MEO, A. NUZZO), Cacucci Editore, Bari 2016, p. 35.

affermare che la volontà del legislatore risulti essere l'allargamento della nozione di controllo fino a ricomprendere anche il controllo plurimo disgiunto, tra le ipotesi che possono dar luogo ad una società a controllo pubblico.

Il punto più dubbio riguarda la possibilità di estendere la nozione di controllo fino a farci rientrare i casi in cui più amministrazioni pubbliche, senza che nessuna abbia un'influenza dominante o ci siano accordi che permettano di rientrare in un'ipotesi di controllo congiunto, siano nella situazione di possedere un numero di partecipazioni, che sommate insieme corrispondano alla maggioranza del capitale sociale; insomma se si possa far rientrare nel fenomeno anche le società che siano partecipate in via maggioritaria da diverse amministrazioni pubbliche.

Questione controversa che dà adito a due diverse correnti, con da un lato i sostenitori dell'estensione della norma, che si basano sul bisogno di una lettura «funzionale», dall'altro i contrari che tramite una serie di osservazioni di carattere letterale, storico e sistematico, sostengono l'inapplicabilità del modello.

Sul punto è intervenuta il 15 febbraio 2018, la Direzione VIII, Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche, che ha espresso un orientamento in riferimento alla nozione di società a controllo pubblico (d'ora in avanti «Orientamento»). Orientamento che, oltre a peccare di non vincolatività, in quanto nessuna norma attribuisce un potere cogente a questi orientamenti, non dirime i contrasti sorti.

Infatti, *prima facie*, all'interno del documento la Direzione VIII afferma che «la “Pubblica Amministrazione”, quale ente che esercita il controllo, sia stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario»; pertanto sembrerebbe far propendere la nozione di controllo come definizione comprensiva anche delle società a partecipazione pubblica maggioritaria. Tuttavia, una lettura sistematica dell'Orientamento, anche alla luce di altre parti dell'Orientamento stesso, come la prosecuzione dell'inciso precedente, che dispone che la PA, come ente esercitante il controllo, è soggetto unitario «a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1), 2) e 3), faccia capo ad una singola Amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente» induce a ritenere che serva comunque una qualche forma di controllo congiunto perché si possa integrare la nozione di controllo.

In sintesi non è facile comprendere se effettivamente sia o meno applicabile la disciplina sulle società a controllo pubblico alle società a partecipazione pubblica maggioritaria, con notevoli effetti negativi sulla certezza della disciplina applicabile.

Delimitare in modo chiaro che cosa soddisfi il requisito del «controllo», risulta fondamentale per circoscrivere la disciplina applicabile alle società controllate e individuare pertanto la misura delle deroghe previste dal Testo unico rispetto alla disciplina di diritto comune<sup>75</sup>. Nel prossimo capitolo verrà analizzata la disciplina speciale applicata dal TUSPP alle società a controllo pubblico per quanto concerne la *governance* e gli strumenti di allerta al fine di una tempestiva rilevazione della crisi. (vedi *infra* cap. II, pp. 47 ss.)

### 3.3.2. Società in house

All'interno della categoria società a controllo pubblico si trova la *species* società *in house*, regolata espressamente dagli art. 2 e 16 del TUSPP.

All'art. 2, comma 1°, lettera o) del Testo unico, il legislatore ha inserito la definizione di società *in house*, ossia «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3».

Pertanto le caratteristiche peculiari sono la sottoposizione della società al controllo analogo dell'ente di riferimento, la realizzazione di attività in misura prevalente per l'ente pubblico controllante e la partecipazione totalitaria o quasi al capitale sociale di uno più enti pubblici, salvo l'eccezione della possibile partecipazione di capitali privati, ma solo in determinate forme<sup>76</sup>.

Partendo dal discorso del controllo analogo, che viene disciplinato tramite la

---

<sup>75</sup> T. CHIEREGO, *Le società pubbliche dopo il d.lgs. n. 175/2016*, in *Fallimenti e Società. Osservatorio del diritto societario e fallimentare del Triveneto*, 2017, disponibile sul sito [www.fallimentsocieta.it](http://www.fallimentsocieta.it), p. 5.

<sup>76</sup> Ivi, p.6.

riproposizione dei concetti espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>77</sup> e dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici<sup>78</sup>, lo stesso viene definito dall'art. 2, comma 1°, lettera c) come «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata».

All'interno della stessa nozione di controllo analogo, viene definito quello indiretto come il controllo esercitato «da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante».

In aggiunta tra le definizioni, all'art. 2, comma 1°, lett. d), viene inserita anche la nozione di controllo analogo congiunto, definito come «la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi [...]», che ricorre quando ricorrono congiuntamente le condizioni di cui all'art. 5, comma 5°, del Codice dei contratti pubblici<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Serie di pronunzie su come sia configurabile il controllo analogo là dove sussista la possibilità di una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità controllata (vd., ad es., Corte di Giustizia UE, Sez. III, 13 novembre 2008, in causa C-324/07), ovvero le amministrazioni socie siano in grado di esercitare un controllo strutturale, funzionale ed effettivo sull'organismo in house (vd., ad es., Corte di Giustizia UE, Sez. III, 9 novembre 2012, nelle cause riunite C-182/11 e 183/11).

<sup>78</sup> Art. 5, comma 1, d.lgs. 50 del 2016, «una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

<sup>79</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. 50 del 2016 «Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

La nozione di controllo analogo mostra una situazione dove un ente possiede un'influenza determinante su di una società partecipata, che è soggettivamente distinta dalla pubblica amministrazione stessa. Il fatto che si ponga in essere un controllo dell'amministrazione è sintomatico dell'alterità presente tra amministrazione e società *in house*, che possiede un'autonomia soggettività<sup>80</sup>.

Nella definizione di controllo analogo si dice che la pubblica amministrazione esercita «un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»; la maggior parte della dottrina ritiene che sia una metafora e che con tale si voglia intendere che la pubblica amministrazione continui ad esercitare un controllo, nonostante la terzietà della società. Anche perché un controllo analogo in termini giuspubblicistici consisterebbe in un dominio tra ente e società, con la conseguenza totalmente insensata che si verrebbe a configurare un potere gerarchico su di una persona giuridica formalmente e sostanzialmente distinta dall'amministrazione pubblica, potere di dominio nemmeno più esistente sugli organi della pubblica amministrazione in base alla lettura dell'art. 97 Cost<sup>81</sup>.

Nella seconda parte della definizione di controllo analogo si afferma che lo stesso si caratterizza per l'esercizio di «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata».

Da un lato si deve considerare l'intensità dell'influenza; cioè l'influenza deve essere determinante. Per questo motivo la volontà della società *in house* è una volontà determinata dall'influenza determinante della pubblica amministrazione, ma è pur sempre una volontà distinta rispetto a quest'ultima. L'influenza è determinante poiché richiede a priori un *iter* decisionale indotto dall'amministrazione, ma mai potrebbe richiedere la cancellazione dell'autonomia decisionale dell'organo

---

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti».

<sup>80</sup> C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, a cura di (C. IBBA, I. DEMURO), Zanichelli Editore, Bologna 2018, p.202.

<sup>81</sup> Cfr. M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amm.*, 1984, p.551 ss.

direttivo della società *in house*<sup>82</sup>. Riprendo la nozione di controllo pubblico, la differenza si riscontra nel fatto che il potere d'influenza è maggiore nel controllo pubblico in quanto *ex art. 2359 c.c.* si parla di influenza dominante mentre nel controllo analogo si parla di influenza determinante. L'influenza dominante è ristretta e richiede un potere positivo di dominio in ordine alla determinazione della volontà della società controllata, mentre l'influenza determinante è più ampia e ricomprende un potere di determinazione della volontà altrui sia negativo che positivo.

Dall'altro lato si consideri che il legislatore delegato sostiene che per configurare una situazione di controllo analogo, sia necessario l'esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative. Ciò vuol dire che l'influenza esercitata dall'amministrazione deve essere tale sulla c.d. alta amministrazione della società controllata; l'ente esercita una sorta di direzione su quei particolari soggetti, incidendo sugli obiettivi e sulle decisioni significative. Quindi le due entità rimangono distinte in quanto la direzione presuppone che l'ente controllato abbia una propria autonomia.

Le modalità attraverso cui il controllo viene esercitato sono lasciate alla discrezionalità dell'ente, purché concretamente l'ente eserciti l'influenza determinante di cui si è appena parlato. Il TUSPP individua solo a titolo esemplificativo alcuni casi da cui possa derivare un controllo ossia, per gli statuti delle società per azioni, tramite l'introduzione di clausole statutarie in deroga agli art. 2380 *bis*<sup>83</sup> e 2409 *nonies* c.c. o per gli statuti delle società a responsabilità limitata mediante l'attribuzione all'ente di particolari diritti ai sensi dell'art. 2468, comma 3°, c.c. oppure la conclusione di appositi patti parasociali, stipulati per una durata persino superiore ai cinque anni, in deroga a quanto disposto dall'art. 2341 *bis*, comma 1°, c.c. Quindi sembra che la previsione dell'art. 16, comma 2°, TUSPP consenta che, per garantire un controllo analogo ossia un controllo più pervasivo rispetto a quello di diritto societario comune, sia possibile assegnare poteri gestori fuori dall'organo di gestione della società *in house*.

---

<sup>82</sup> C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, cit., p. 205.

<sup>83</sup> Vd. Trib. Roma sez. XVI, sent., 2 luglio 2018, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), nella quale si individua un limite alla derogabilità dell'art. 2380 *bis*.

Tuttavia da una lettura ragionata dell'art. 16, comma 2°, TUSPP si comprende come sia richiesta una precostituzione del controllo, cioè il legislatore richiede che il potere di svolgere un controllo analogo sulla società partecipata sia predeterminato. Quindi la possibilità di derogare alle modalità di amministrazione della società non consente di estendere i poteri decisionali dell'ente su tutti gli atti, ma solamente di poter esercitare un'influenza determinante sugli atti di alta gestione della società *in house*. In definitiva, il fatto che si assegnino competenze gestorie al socio pubblico, con la possibilità di derogare alle disposizioni codicistiche, ha una sua logica se rimane nei limiti di ciò che viene direttamente previsto nello statuto e nei limiti di esercitare un'influenza determinante su singolari atti di alta gestione, consistenti nelle decisioni strategiche e significative<sup>84</sup>.

Il secondo carattere peculiare delle società *in house* riguarda l'obbligo di esercitare prevalentemente un'attività verso l'amministrazione partecipante. Con le direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 è stata introdotta un'importante innovazione in quanto si è passati dal considerare sia un profilo quantitativo che uno qualitativo per verificare la sussistenza del predetto requisito, alla considerazione soltanto del primo. L'art. 16, comma 3°, TUSPP<sup>85</sup>, in linea con le direttive e l'art. 5, comma 1°, lettera b) del Codice dei contratti pubblici<sup>86</sup>, prevede l'apposizione di un vincolo statutario che specifichi che almeno l'ottanta per cento del fatturato sia prodotto nello svolgimento di compiti affidati alla società dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. Il comma 4° afferma che «il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto»; tuttavia il legislatore al comma 5° prevede che in caso di sfioramento la società possa «sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti». Quindi con le disposizioni in esame il legislatore ha previsto delle

---

<sup>84</sup> C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, cit., p.212.

<sup>85</sup> Art. 16, comma 3, TUSPP, dispone che «gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci».

<sup>86</sup> *Supra* nota 78.

sanzioni in caso di sfioramento del termine e le modalità per sanare le irregolarità. Oltre al profilo quantitativo, tuttavia il nostro legislatore nazionale, all'interno del Testo unico, tenta di recuperare l'altro profilo, con l'affermazione contenuta nel medesimo articolo al comma 3° *bis* dove si afferma che «la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società». Quindi si denota un recupero di un profilo qualitativo, che già in dottrina era stato sottolineato come essenziale soprattutto in determinati casi come nelle società di autoproduzione, all'interno delle quali, seguendo esclusivamente un criterio quantitativo, ci sarebbe stato un divieto di principio di prestare servizi a favore di soggetti diversi dall'ente controllante<sup>87</sup>.

Il terzo aspetto caratteristico concerne la partecipazione totale o quasi dell'ente pubblico al capitale sociale. Come si ricava dall'art. 16, comma 1°, TUSPP, che segue la linea tracciata dall'art.12, comma 1°, lett. c) della direttiva 2014/24/UE<sup>88</sup> e dall'art. 5, comma 1°, lett. c) del codice dei contratti pubblici<sup>89</sup>, è ammessa la partecipazione privata nelle società *in house*. Si desume *a contrario* dall'art. 16, comma 1° che afferma che la società *in house* può ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni che esercitano su di essa il controllo analogo [...] «solo se non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata». Quindi, in contrasto con quanto invece emerge dalla giurisprudenza nazionale ed europea, la partecipazione privata è legittima soltanto se non è una partecipazione di

---

<sup>87</sup> A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, (1), p.15.

<sup>88</sup> Art.12, comma 1, lett. c), direttiva 2014/24/UE, un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: [...]

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

<sup>89</sup> *Supra* nota 78.

maggioranza che consentirebbe un controllo da parte del socio privato e nemmeno, se pur essendo di minoranza, fosse in grado di esplicitare un potere di veto o di esercitare un'influenza determinante sulla società<sup>90</sup>.

In conclusione, dal punto di vista della normativa applicabile, il nuovo TUSPP palesa una volontà di adottare le norme di diritto privato per tutte le società a partecipazione pubblica, ma non è stato chiaro fino in fondo sulla disciplina applicabile alle società *in house*; tanto è vero che ci sono opposte correnti tra chi propende verso l'utilizzo delle norme sulle partecipate e chi, invece, considera il fenomeno come un nuovo *genus* societario, largamente derogatorio rispetto alle norme che fanno riferimento alle società che mostrano una pubblica amministrazione nella compagine societaria<sup>91</sup>.

Si può propendere per una concezione privatistica delle società *in house* in quanto non si vede un'alterazione tale del fenomeno da far pensare all'istituzione di enti associativi speciali e quindi di modelli organizzativi nuovi e altri rispetto ai tipi sociali presenti nel diritto societario. Inoltre come pocanzi visto, la possibilità di ingresso di soggetti privati nella società *in house* non consente di identificarla completamente con l'ente pubblico a tal punto da concepirla come mero strumento nelle mani dell'ente e quindi l'avvicina verso i modelli di società disciplinati dal diritto privato<sup>92</sup>.

Più nel dettaglio, sulla base dei riscontri normativi, in primo luogo la natura privatistica è corroborata dal contenuto delle direttive comunitarie; in particolare la direttiva 2014/24/UE ex art. 12, comma 3°, afferma che la persona giuridica controllata non deve perseguire interessi contrari a quelli dell'ente controllante. Da ciò si deduce che la società *in house*, pure quando sottoposta a controllo analogo a quello esercitabile dall'amministrazione sui propri servizi, ha un interesse altro ed ulteriore rispetto a quello dell'ente. Quindi da questo dato si mettono in crisi le teorie giuspubblicistiche e si ricava come la società abbia un'autonomia, per quanto

---

<sup>90</sup> E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in VIII Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", Roma, 17-18 febbraio, 2017, pp. 5-6.

<sup>91</sup> L. D'ORAZIO, L. MONTEFERRANTE, *Procedure concorsuali e diritto pubblico: insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, Wolters Kluwer, Assago 2017, p.30 ss.

<sup>92</sup> E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house*, cit., p. 6.

piccola, entro la quale manovra e che consente la possibilità di partecipazione del socio privato all'interno della compagine societaria, con la conseguente affermazione della natura privatistica della società *in house*.

Il differente livello a cui operano l'interesse sociale e quello dell'ente è rimarcato dal TUSPP che, senza porre deroghe speciali sottopone i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate alle normali azioni di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, destinate alla reintegrazione del patrimonio leso da atti di *mala gestio*<sup>93</sup>.

In secondo luogo il termine società *in house* indica soltanto una società che opera usufruendo di un regime di *in house providing*; pertanto, l'*in house* non è un attributo della tipologia di società, ma è una peculiarità della normativa applicabile tramite cui la società in questione può ottenere affidamenti diretti dall'ente controllante senza previa gara competitiva<sup>94</sup>, continuando ad essere assoggettata alla normativa di diritto privato.

A sostegno di questo si vedano ancora gli effetti che si producono nel caso di superamento di una delle condizioni che qualificano una società come *in house*; in particolare, lo sfioramento del limite dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente di riferimento comporta la decadenza dal regime speciale e la conseguente impossibilità di ricevere affidamenti diretti<sup>95</sup>. Nonostante questo la società continua ad essere attiva e ad essere assoggettata alle norme sulle società del codice civile<sup>96</sup>. Il paradigma societario come modello organizzativo per la realizzazione di attività, essendo neutro, consente che ci sia una deroga a livello del funzionamento dell'organizzazione societaria in caso di partecipazione di un soggetto pubblico, ma sempre restando differenziati l'interesse del socio pubblico e dell'ente controllante<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Unica deroga riguarda la competenza, *ex art. 12, comma 1, TUSPP*, «i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2».

<sup>94</sup> C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, cit., pp. 224-227.

<sup>95</sup> *Vd. supra* art. 16, comma 5, TUSPP, p. 33.

<sup>96</sup> C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, cit., p. 226.

<sup>97</sup> *Ivi*, p. 227.

### 3.3.3. Società a partecipazione mista pubblico-privata

Le società a partecipazione mista pubblico-privata (d'ora in avanti «società mista») non hanno una definizione precipua ai sensi dell'art. 2 a differenza degli altri tipi societari.

Partendo dalla nozione di società a partecipazione pubblica data dall'art. 2, comma 1°, lett. n), che dispone che sono tali «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico», si può ricavare, in via residuale, che all'interno di questa seconda categoria siano annoverate pure le società miste. Al di là della legge, per individuare questa fattispecie in via positiva, la si può definire come una forma di «collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un servizio pubblico»<sup>98</sup>.

L'art. 4, comma 2°, lett. c), TUSPP dispone che le società miste vengano costituite o mantenute per la «realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale»<sup>99</sup> attraverso un contratto di partenariato<sup>100</sup> di cui all'articolo 180<sup>101</sup> del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2».

Da questo articolo si desumono le principali caratteristiche che delimitano la

---

<sup>98</sup> E. CODAZZI, *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs. 100/2017*, a cura di (C. IBBA, I. DEMURO), Zanichelli Editore, Bologna 2018, p. 279.

<sup>99</sup> I servizi di interesse generale sono definiti *ex art. 2, comma 1, lett. h)*, TUSPP, come «le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale».

<sup>100</sup> Il contratto di partenariato pubblico privato è definito *ex art. 3, comma 1, lett. eee)*, d.lgs. 50 del 2016 come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore [...]».

<sup>101</sup> Detta la disciplina in modo più articolato.

fattispecie delle società miste e che richiedono, come spiegato dall'art. 17 TUSPP, la partecipazione di un privato, che detenga una partecipazione almeno pari al 30% e che venga selezionato mediante procedure ad evidenza pubblica ex art. 5 d.lgs. 50 del 2016.

Sul versante della disciplina applicabile, l'ormai nota disposizione generale dell'art. 1, comma 3<sup>o</sup><sup>102</sup>, permette di capire come il Testo unico prosegua nel solco già tracciato dalla precedente legislazione<sup>103</sup> che mira ad applicare le disposizioni delle società di capitali alle società a partecipazione pubblica, salvo esplicite deroghe. L'impianto privatistico presente nel Testo unico porta a concludere che la semplice partecipazione pubblica non sia sufficiente a mutare le caratteristiche delle società di capitali.

Gli adattamenti sono resi necessari dalle peculiarità della fattispecie, ma devono comunque essere contenuti, così come espresso anche dalla legge delega, all'interno del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alle norme di diritto privato; la deroga deve essere commisurata al fine che la giustifica.

Nell'individuare quali siano le norme effettivamente applicabili alle società miste, ricordando quanto fino a qui esposto, si dovrà ricercare di raggiungere una gestione efficiente, improntata ai criteri di redditività e in linea con i principi di economicità dell'azione amministrativa<sup>104</sup>, che di conseguenza permetta anche di tutelare la concorrenza mediante l'eliminazione dei regimi di esclusiva e l'allargamento della concorrenza nel mercato<sup>105</sup>.

#### 3.3.4. Società quotate

Sul versante delle società quotate, ai sensi dell'art. 2, comma 1°, lett. p) TUSPP sono definite come «le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati (e) le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati

---

<sup>102</sup> Art.1, comma 3, TUSPP, vd. *supra*, pp. 24-25.

<sup>103</sup> E. CODAZZI, *Le società miste*, cit., p.281.

<sup>104</sup> Riferimento art. 97, comma 1, Cost.

<sup>105</sup> E. CODAZZI, *Le società miste*, cit., p. 283-285.

regolamentati»<sup>106</sup>.

La definizione è estesa perché da un lato la nozione di partecipazione è data dalla lettera f) come «la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi»; pertanto comprende non soltanto le azioni, ma anche gli strumenti finanziari che attribuiscono a chi li possiede generici diritti amministrativi. Il legislatore delegato non indica quali siano questi diritti amministrativi, che si ricavano dalla relazione illustrativa del testo governativo che, mettendo in evidenza la concordanza con la nozione di partecipazione espressa dall'art.1, comma 6° *bis*, t.u.f., spiega come comprendano il diritto di voto o di nomina di un membro indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o del collegio sindacale<sup>107</sup>.

Dall'altro lato il secondo requisito, limitato nel tempo onde evitare iniziative strumentali all'acquisizione della qualifica di società pubblica quotata, comprende tutti i casi di negoziazione in mercati regolamentati comprendenti uno degli strumenti finanziari elencati all'art. 1, comma 2°, t.u.f.

Il fine della definizione è circoscrivere il confine dell'applicazione delle norme di diritto privato o diritto speciale. Infatti, la nozione serve per comprendere chi rientra nell'ambito delle società quotate e quindi viene escluso dalla disciplina prevista dal TUSPP, salvo alcune eccezioni, con la restante disciplina costituita dalle norme di diritto comune.

All'art.1, comma 5°, TUSPP viene disposto che sono equiparate alle società pubbliche quotate, relativamente alla disciplina applicabile, le società dalle stesse partecipate, «salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche». Questa estensione pone delle questioni in quanto in prima battuta il legislatore non definisce che cosa siano le società partecipate e nemmeno indica quale sia il rapporto di controllo. Un

---

<sup>106</sup> Il mercato regolamentato è definito dall'art. 1, comma 1, lett. w) ter, d.lgs. 58 del 1998, come «sistema multilaterale amministrato e/o gestito da un gestore del mercato, che consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base alle sue regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi, e che è autorizzato e funziona regolarmente e conformemente alla parte III».

<sup>107</sup> S. VANONI, *Le società quotate*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, a cura di (C. IBBA, I. DEMURO), Zanichelli Editore, Bologna 2018, p. 508 ss.

approccio sistematico sembra considerare l'ampia nozione di partecipazione data dall'art. 2, comma 1°, lett. f), TUSPP per circoscrivere le società partecipate, ma non è comunque un dato certo ed incontrovertibile<sup>108</sup>.

Pertanto i dubbi sui confini della disciplina adottabile alle società pubbliche quotate sono ancora presenti. In sintesi si può provare ad affermare che sono soggette alla normativa che il TUSPP riserva alle società quotate, quelle controllate da una pubblica amministrazione, le società quotate partecipate da una pubblica amministrazione oppure da una società, anche quotata, sulla quale la pubblica amministrazione eserciti il predetto controllo, le società meramente partecipate in via diretta da uno dei due tipi di società quotata appena descritti e le società controllate, attraverso la detenzione di partecipazioni dirette sempre per il tramite di uno dei due tipi di società quotata sopra descritta.

Non sono sottoposte alla normativa del TUSPP sulle società quotate, le società partecipate o controllate, descritte negli ultimi due punti della disciplina applicabile suesposta, che siano contemporaneamente controllate *ex art. 2, comma 1°, lett. b)* da una o più amministrazioni, purché non tramite altra società quotata oppure un'altra possibilità è che siano partecipate da una o più pubbliche amministrazioni anche a mezzo di società da queste ultime controllate, purché non quotate.

Qui il legame che la società ha con le altre pubbliche amministrazioni è più forte rispetto a quello che ha con la società pubblica quotata. La disciplina del TUSPP applicabile varierà a seconda che il socio pubblico controlli la società, con le modalità di controllo di cui all'art. 2, comma 1°, lett. b), con conseguente applicazione totale della normativa del Testo unico oppure detenga soltanto una partecipazione di minoranza; in tal caso, si avrà una società a partecipazione pubblica, come già si è notato con l'utilizzo soltanto di alcune norme del Testo unico, in particolare concernenti la gestione delle partecipazioni.

Riprendendo il discorso sul versante della disciplina applicabile, sempre l'art. 1, comma 5°, sostiene che alle società quotate e alle società da esse partecipate si applichino solamente le disposizioni del TUSPP che siano espressamente destinate a questi tipi di società. La motivazione dell'esclusione dell'applicazione della maggior parte della disciplina prevista dal TUSPP è data dal fatto che, in primo

---

<sup>108</sup> Ivi, p.512.

luogo, le società quotate sono già sottoposte ai controlli della Consob e delle autorità di vigilanza presenti nei singoli settori e in secondo luogo perché hanno una forte propensione al mercato. Quindi una disciplina che preveda poteri specifici di controllo da parte delle pubbliche amministrazioni partecipanti si rivelerebbe da un lato superflua e dall'altro inopportuna, talora addirittura impossibile per mancanza di compatibilità con la disciplina di mercato<sup>109</sup>.

Un dubbio sorge quando si affronta la disposizione dell'art. 14, comma 5°, TUSPP che esplicitamente esclude l'applicazione alle società quotate di alcune norme destinate alle società partecipate, andando contro la tecnica usata dal legislatore all'art. 1, comma 5°. La conseguenza è di domandarsi se altre disposizioni di carattere generale del Testo unico si applichino alle società quotate anche senza un espresso riferimento normativo.

La certezza è che l'art. 1, comma 5° debba essere interpretato con riferimento al principio generale dell'art. 1, comma 3° riguardante i rapporti tra gli ambiti di applicazione del TUSPP e del diritto privato, che fa riferimento per quanto non espressamente derogato alle norme sulle società contenute nel codice civile e alle norme generali di diritto privato<sup>110</sup>. Quindi, a contrario, da questa disposizione dovrebbe discendere il superamento delle norme di carattere speciale, relative alle società pubbliche in generale e alle quotate nel caso in esame, non espressamente richiamate dal TUSPP.

#### *4. Nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*

Con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza il legislatore ha voluto realizzare un cambiamento generale e radicale della normativa relativa alle procedure concorsuali e agli strumenti di soluzione della crisi, lasciando fuori dalla riforma soltanto le disposizioni in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, la liquidazione coatta amministrativa e le previsioni sulla crisi d'impresa delle società a partecipazione pubbliche già previste dal TUSPP.

Il 12 gennaio 2019, in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n.155, è stato emanato il decreto legislativo n. 14, denominato appunto Codice della crisi

---

<sup>109</sup> Ivi, p.514.

<sup>110</sup> Quindi, ad es., è permesso l'uso del d.lgs. 58 del 1998 per la nozione di mercato regolamentato.

d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti «Codice» o «CCI»), pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio 2019, n.38, che *ex art.* 389, comma 1°, CCI entrerà in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ossia il 15 agosto 2020, salvo una serie di disposizioni, che ai sensi del comma 2°<sup>111</sup>, sono entrate in vigore decorsi trenta giorni dalla data di pubblicazione, ossia il 16 marzo 2019. Vi è un'ulteriore eccezione sempre prevista dal secondo comma che riguarda l'art. 379, comma 3°, CCI<sup>112</sup> che dà tempo nove mesi per adeguare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove norme in tema di nomina dell'organo di controllo o revisore ove obbligatoria, ossia entro il 15 dicembre 2019. Si rammenta che l'8 marzo 2019 è stata emanata la legge n. 20, rubricata «delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155»; per questo motivo quanto verrà trattato relativamente al Codice potrà ancora subire modifiche ed integrazioni.

#### *4.1. Applicazione alle società pubbliche*

In maniera innovativa il legislatore della riforma delle procedure concorsuali ha considerato la presenza del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, cioè della partecipazione delle pubbliche amministrazioni, statali o locali, in enti di tipo societario. La precedente legge fallimentare<sup>113</sup>, tuttora vigente, non prevede nulla a proposito delle società a partecipazione pubblica, ma soltanto dispone che gli enti pubblici, *ex art.* 1 l.f.<sup>114</sup>, non sono soggetti al fallimento e al concordato preventivo. La novità si intravede già dall'art. 1, comma 1°, CCI, che contiene l'ambito di

---

<sup>111</sup> Art. 389, comma 2, CCI, dispone che «gli articoli 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente decreto».

<sup>112</sup> Art. 379, comma 3, CCI, dispone che «le società a responsabilità limitata e le società cooperative costituite alla data di entrata in vigore del presente articolo, quando ricorrono i requisiti di cui al comma 1, devono provvedere a nominare gli organi di controllo o il revisore e, se necessario, ad uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle disposizioni di cui al predetto comma entro nove mesi dalla predetta data [...]».

<sup>113</sup> R.d. 16 marzo 1942, n. 267.

<sup>114</sup> Art.1, comma 1, l.f., «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici».

applicazione del Codice, che si estende anche alle situazioni di crisi di determinati soggetti, comprese le società pubbliche. Nel dettaglio l'articolo dispone che «il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici». Quindi come nella disciplina previgente gli enti pubblici vengono omessi dall'ambito applicativo del Codice; inoltre l'esplicita esclusione dello Stato è ragionevole in quanto non permette l'assoggettabilità alle procedure concorsuali nel caso in cui lo Stato sia a capo di una *holding* attraverso una propria diretta articolazione.

Tuttavia la novità di maggiore rilievo è che il legislatore, all'art. 2, comma 1°, lett. f), definisce le società pubbliche come «le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all'articolo 2, lettere m), n), o), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175».

Quindi, nonostante la definizione data dal legislatore, ripetitiva e ridondante, sia discutibile, si evince senza dubbio che la volontà del legislatore sia di disciplinare il fenomeno delle società pubbliche all'interno delle ordinarie procedure previste per tutte le società.

In aggiunta si potrebbe ricorrere all'art. 3, comma 2°, CCI che disciplina i doveri del debitore che partecipa alla regolazione della crisi o dell'insolvenza e dispone che «l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi<sup>115</sup> e dell'assunzione di idonee iniziative». Perciò dato che il Codice si riferisce all'imprenditore collettivo, senza alcuna menzione di limiti partecipativi, non si vede perché questa norma non debba riflettere i propri effetti anche sulle società pubbliche.

---

<sup>115</sup> Art.2, comma 1, lett. a), CCI, definisce la crisi come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate». Differenziata dall'insolvenza a sua volta definita *ex art. 2, comma 1, lett. b)* come «lo stato del debitore che 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».

#### *4.2. Punti di “contatto” con la disciplina delle società a partecipazione pubblica*

Dato ormai per assodato che il nuovo Codice riconosce la realtà delle società pubbliche, le disposizioni appena citate unite alle disposizioni del TUSPP, in particolare l’art. 1, comma 3° e l’art.14 rubricato Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica, vanno lette congiuntamente, nell’ambito di un disegno unitario.

L’analisi del Codice, infatti, mostra punti di contatto con la disciplina del Testo unico e quindi per quanto riguarda la *governance*, l’emersione tempestiva della crisi e l’applicazione delle procedure concorsuali suggerisce una probabile futura applicazione in toto del nuovo Codice alle società a partecipazione pubblica<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> M.V. SUSANNA, *Crisi d’impresa: gli effetti della riforma sulle società a partecipazione pubblica*, in Dossier Riforma della crisi d’impresa, IPSOA, 2019, p. 1.

## **CAPITOLO II – GOVERNANCE E STRUMENTI DI ALLERTA**

### *1. Gli assetti organizzativi adeguati e l'allerta per prevenire o rilevare tempestivamente la crisi: premessa*

Completata un'analisi quanto più esaustiva possibile del fenomeno delle società a partecipazione pubblica nel primo capitolo, si procede ora ad affrontare uno dei temi cardine delle due riforme. Anche se non riguardante una procedura concorsuale, pare doveroso trattare di una delle linee fondanti dell'intero sistema, ossia l'adozione da parte dell'imprenditore di assetti organizzativi adeguati unitamente all'onere posto a carico di determinati soggetti di segnalare eventuali stati di crisi che permettano di prevenire o far emergere anticipatamente la crisi dell'impresa (c.d. «strumenti di allerta»).

Si ritiene utile sottolineare che non si tratta di una novità assoluta, in quanto già nel codice civile si riscontra un richiamo all'adeguatezza degli assetti organizzativi con riferimento alle società per azioni. L'art. 2381 c.c., infatti, dispone che il consiglio di amministrazione e gli organi delegati rispettivamente valutino e curino che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato<sup>117</sup> alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Come si dirà ampiamente nel corso del capitolo, il Testo unico e il Codice prevedono una disciplina più ad ampio spettro sugli assetti organizzativi; in particolare, il Testo unico cerca di promuovere degli assetti specifici e adeguati con riferimento alle società a controllo pubblico e il CCI, in un'ottica più generale, cerca di accrescere questa previsione sotto il profilo soggettivo al fine di prevenire o incoraggiare un'emersione anticipata della crisi.

---

<sup>117</sup> Art. 2381, comma 3, c.c., testualmente afferma che «il consiglio di amministrazione [...] sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione».

Art.2381, comma 5, c.c., dispone che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate».

Si aggiunga che il codice civile prevede tuttora un onere di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo agli organi di controllo, che dovrebbero essere in grado di rendersi conto tempestivamente di segnali di crisi, con conseguente possibilità di sollecitare gli amministratori a porvi rimedio<sup>118</sup>.

Il Codice recepisce quanto detto, prevedendo una disciplina più analitica e strutturata dell'allerta, che non solo consenta di stimolare l'organo gestorio, ma anche eventualmente in caso di inerzia dello stesso, di attivare metodi alternativi.

Quest'esigenza di prevenire il propagarsi della crisi risponde ad un disegno sovranazionale, che a partire dalla Raccomandazione 2014/135/UE<sup>119</sup>, seguita dalla proposta di direttiva 2016/359<sup>120</sup>, chiedeva di adottare misure basate su un *early warning* e *early restructuring*. In linea con il processo europeo, la Relazione illustrativa al Codice<sup>121</sup> dispone che «allo scopo di scongiurare la progressiva dispersione del valore aziendale e per giungere a “massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale”<sup>122</sup>, [...] è stata introdotta una fase preventiva di “allerta”, volta ad anticipare l'emersione della crisi intesa come strumento di sostegno, diretto in prima battuta ad una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa, e destinato a risolversi all'occorrenza in un vero e proprio servizio di composizione assistita della

---

<sup>118</sup> Art. 2403, comma 1, c.c., dispone che «il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento», l'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. c, c.c. afferma che «il consiglio di sorveglianza: [...] c) esercita le funzioni di cui all'articolo 2403, primo comma» e l'art. 2409 *octiesdecies*, comma 5, lett. b), c.c. dichiara che «il comitato per il controllo sulla gestione: [...]b) vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione».

Da questi articoli in combinato disposto con la specificazione contenuta nelle «norme di comportamento del collegio sindacale» dettate dal CNDCEC il 1° gennaio 2012, precisamente la norma 11.1 rubricata «prevenzione ed emersione della crisi», si ricava quanto detto sul dovere degli organi di controllo.

<sup>119</sup> Raccomandazione della Commissione Europea, datata 12 marzo 2014.

<sup>120</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 22 novembre 2016.

<sup>121</sup> Relazione allo schema di Codice della crisi approvato in Consiglio dei Ministri, datata 10 gennaio 2019, in [www.centrocrisi.it](http://www.centrocrisi.it).

<sup>122</sup> Obiettivo principale posto nella raccomandazione 2014/135/UE (1° considerando).

crisi, funzionale ai negoziati per il raggiungimento dell'accordo con i creditori o, eventualmente, anche solo con alcuni di essi»<sup>123</sup>.

## 2. TUSPP: società a controllo pubblico e programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale

Come detto il Testo unico, preannunciando le linee di fondo della riforma del Codice, ha previsto un sistema di monitoraggio costante del mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario delle società a controllo pubblico, al fine di consentire un'emersione precoce della crisi.

L'art. 6 del Testo unico, rubricato come principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico, detta alcune regole organizzative e gestionali da adottare, tra le quali spiccano quelle in tema di strumenti di governo societario.

In particolare, dal comma 2° al 5° il legislatore dispone una serie di adempimenti che le società a controllo pubblico debbono oppure possono adottare<sup>124</sup> al fine di ottenere una *best practice* gestionale.

«L'obbligo incondizionato»<sup>125</sup> dell'organo gestorio è dato dalla predisposizione di un programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, così come affermato dall'art. 6, comma 2°<sup>126</sup>.

Dal tenore letterale si comprende come sia l'organo amministrativo, tramite le sue delibere, a dover prevedere un programma di valutazione del rischio. In secondo luogo l'organo gestorio, nell'ambito della relazione sul governo societario<sup>127</sup>, deve informare l'assemblea su detto programma; ciò si giustifica in quanto il legame tra

---

<sup>123</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 59.

<sup>124</sup> Vedi *infra* per gli strumenti integrativi di governo societario.

<sup>125</sup> M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, 2016, disponibile sul sito [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p.10.

<sup>126</sup> Art. 6, comma 2, TUSPP, dispone che «le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4».

<sup>127</sup> Art. 6, comma 4, TUSPP, spiega che la relazione sul governo societario è predisposta dalle società controllate annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicata contestualmente al bilancio d'esercizio.

L'interrogativo sul rapporto tra il programma e la relazione sembra destinato a risolversi nel senso che il primo viene pubblicato come sezione della relazione oppure come documento distinto, ma prodotto nello stesso momento.

socio pubblico e organo di amministrazione è tale per cui il primo è in una posizione di «direzione»<sup>128</sup>, a tal punto che deve essere coinvolto per quanto concerne la tematica dell'anticipazione del rischio di crisi.

Per adempiere a questa prescrizione del legislatore delegato non è richiesta necessariamente una modifica statutaria, che tuttavia le singole società possono ritenere opportuno effettuare al fine di inserire uno schema contenutistico di programma. Questo è dovuto al fatto che, in maniera lacunosa, il Testo unico non ha disposto in ordine al contenuto del programma di valutazione del rischio, rimettendosi alla discrezionalità delle società a controllo pubblico.

In dottrina<sup>129</sup> è stato osservato che il programma di valutazione del rischio dovrebbe contenere una serie di indicatori qualitativa e quantitativi, di tipo strutturale, finanziario ed economico, da aggiornare costantemente, per avere informazioni sulla gestione e poter prevedere con anticipo la comparsa di situazioni di crisi.

A prescindere da quale sia in concreto il contenuto, è utile sottolineare che l'art. 14, comma 2°, TUSPP testualmente afferma che «qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale<sup>130</sup>, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento (per i piani di risanamento del TUSPP vedi *infra* cap. III, pp. 78 ss.)».

Quindi il programma, contenuto all'interno della relazione, nelle intenzioni del legislatore serve per consentire alle società a controllo pubblico di creare un sistema di controlli interni che permetta un'individuazione precoce e una gestione altrettanto fruttuosa di un'eventuale crisi aziendale, espressione di un dovere dell'organo di gestione di prevedere assetti organizzativi adeguati.

---

<sup>128</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, Wolters Kluwer, Milano 2019, p. 337.

<sup>129</sup> Per un approfondimento vd. F. GUERRERA, Art. 6, in, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di (G. MORBIDELLI), Giuffrè Editore, Milano 2018, pp. 210.

<sup>130</sup> Gli indicatori di crisi non vengono definiti dal TUSPP. Vedi *infra* pp. 54 ss. sugli indicatori della crisi presenti nel Codice.

## 2.1. Strumenti integrativi di governo societario

Il Testo unico non si limita a questa disposizione di carattere cogente poiché, sempre nell'ottica di porre a carico delle società a controllo pubblico ulteriori oneri per implementare la struttura organizzativa, prevede la possibilità di integrare gli strumenti di governo societario, così come esplicitamente affermato dall'art. 6, comma 3<sup>131</sup>. In particolare, il legislatore dispone che, nell'ambito della relazione sul governo societario<sup>132</sup> dovrebbero essere indicati gli strumenti eventualmente adottati, in maniera tale da poter informare l'assemblea circa la decisione di integrare l'organizzazione societaria «in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta»<sup>133</sup> dalla società controllata. Il comma 5° aggiunge che «qualora le società a controllo pubblico non integrino gli strumenti di governo societario con quelli di cui al comma 3, danno conto delle ragioni all'interno della relazione di cui al comma 4». Questa previsione fa intendere come il legislatore delegato voglia incentivare l'adozione di strumenti ulteriori, poiché il mancato impiego di alcuni strumenti richiede una motivazione del perché nel caso concreto si sia ritenuto più corretto non prevederli. Si potrebbe dire altrimenti che la previsione degli strumenti è la regola, mentre la non previsione costituisce l'eccezione, che deve pertanto essere motivata<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Art.6, comma 3, TUSPP, dispone che «[...] le società a controllo pubblico valutano l'opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario con i seguenti:

a) regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale;

b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione;

c) codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società;

d) programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea».

<sup>132</sup> La relazione sul governo societario è differente dalla relazione sul bilancio *ex art.* 2428 c.c.

<sup>133</sup> Art. 6, comma 3, TUSPP.

<sup>134</sup> M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, cit., p. 13.

Nel dettaglio, si ritiene utile soffermarsi sullo strumento integrativo di governo societario riguardante la creazione di «un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario<sup>135</sup>, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione»<sup>136</sup>. Dall'analisi degli incarichi di quest'ufficio, si intravede una volontà del legislatore di adottare un sistema di controlli interni ancora più efficace, tramite un dialogo e una cooperazione tra i due organi di controllo e di permettere un esame costante del funzionamento della capacità di governo del rischio, per mezzo delle relazioni sulla regolarità ed efficacia della gestione societaria.

Il modello costituito dall'adozione di un ufficio interno e le relative funzioni di *internal audit* non sono una novità assoluta in quanto in alcuni settori speciali, come ad esempio per le imprese bancarie, era già previsto un sistema per controllare l'operatività e l'idoneità del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi<sup>137</sup>. Più in generale, pure nelle società di capitali basate su un sistema monistico, il codice civile dispone la presenza di un comitato per il controllo sulla gestione, che, nell'ambito delle proprie funzioni, ha il compito di vigilare «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione»<sup>138</sup>.

È un'importante previsione in quanto, unitamente agli altri strumenti di governo societario, arricchisce la struttura organizzativa delle società a controllo pubblico con l'intento di prevenire o anticipare l'emersione di un'eventuale crisi societaria.

---

<sup>135</sup> Obbligatorio *ex art. 3, comma 2, TUSPP* che dispone che «nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore. [...]».

<sup>136</sup> Art. 3, comma 3, lett. b), TUSPP.

<sup>137</sup> Vd. in proposito Codice di autodisciplina – Borsa Italiana, luglio 2015, Art. 7.

<sup>138</sup> Art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b), c.c.

### 3. CCI: gli assetti organizzativi adeguati applicati alle società pubbliche

Passando ad un'analisi del Codice, si è già espresso nel primo capitolo come le società pubbliche rientrino nel novero delle società disciplinate dal nuovo CCI. Per tale motivo, le nuove disposizioni riguardanti gli assetti organizzativi adeguati da applicare ad ogni imprenditore, varranno anche per le società pubbliche, non rinvenendosi a contrario alcuna preclusione normativa<sup>139</sup>.

Nel dettaglio, la nuova previsione dell'art. 2086, comma 2°, c.c.<sup>140</sup>, pone a carico dell'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, un obbligo di «istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale [...]»<sup>141</sup>.

Questa nuova disposizione di carattere generale obbliga tutti gli imprenditori collettivi e di conseguenza tutte le società pubbliche alla predisposizione di questi assetti organizzativi idonei<sup>142</sup>. Nella visione del legislatore quest'obbligo in capo all'imprenditore dovrebbe permettere una prematura rilevazione della crisi dell'impresa; infatti, la novità risiede proprio nel legare l'obbligo di istituire un assetto adeguato alla funzione di intercettare anticipatamente l'eventuale crisi.

L'organo gestorio e di controllo possono rilevare i primi sintomi di crisi e intervenire prontamente, soltanto se riescono a creare effettivamente un assetto strumentalmente adatto al fine che si prefiggono.

Come si è già accennato nella premessa del capitolo, l'obbligo di curare, valutare e vigilare sull'adeguatezza degli assetti organizzativi era già previsto nel codice civile, ma soltanto con riferimento agli organi delegati, al consiglio di amministrazione e all'organo di controllo delle società per azioni; inoltre un'adeguatezza che doveva essere valutata solo con riguardo alla natura e alle dimensioni dell'impresa e non anche alla rilevazione tempestiva della crisi.

---

<sup>139</sup> Vd. Circolare Assonime n. 19, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti d'allerta*, datata 2 agosto 2019, p. 52.

<sup>140</sup> Rubricato «gestione dell'impresa», invece di «direzione e gerarchia dell'impresa».

<sup>141</sup> Art. 375, comma 2, CCI, che aggiunge all'art. 2086 c.c., il comma 2.

<sup>142</sup> Per un approfondimento circa il confine della nozione di assetti organizzativi adeguati in dottrina vd. S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 3.

Perciò il nuovo Codice mostra una volontà diversa del legislatore, un differente paradigma di condotta nella gestione dell'impresa ossia il coinvolgimento di tutti gli imprenditori collettivi al fine di creare un efficace sistema di *early warning*, che permetta di intervenire con un risanamento dell'impresa in una fase di pre-crisi<sup>143</sup>. Gli adeguati assetti organizzativi dovrebbero consentire un'anticipazione della crisi attraverso uno scambio efficiente di flussi informativi.

L'art. 2086, comma 2°, c.c. in quanto principio generale ha la necessità di essere introdotto nei vari tipi societari; tanto è vero che l'art. 377 CCI<sup>144</sup>, rubricato «assetti organizzativi societari» introduce questa regola attraverso un richiamo espresso al 2086, comma 2°, c.c., nei relativi articoli di riferimento.

Tuttavia, il legislatore non si limita a questo, in quanto legifera anche sulla gestione dell'impresa in generale; afferma che la gestione, svolgendosi nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, comma 2°, c.c., spetta esclusivamente agli amministratori.

Parte della dottrina<sup>145</sup> sostiene l'inopportunità della nuova disposizione rispetto ai tipi sociali a cui dovrebbe applicarsi e la non funzionalità della stessa a raggiungere gli obiettivi a cui mira ossia un'emersione anticipata della crisi, ma soltanto a creare incertezze interpretative. Per quanto qui interessa, in dottrina si afferma che è «una disposizione normativa che mal si adatta – o forse è addirittura incompatibile – con il tessuto normativo [...] della s.r.l.»<sup>146</sup>. La previsione si sposa solo con il modello

---

<sup>143</sup> A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, (4), p. 410.

<sup>144</sup> Per quanto di nostro interesse, l'art. 377, commi 2 a 4, CCI dispone che «all'articolo 2380-bis del codice civile, il primo comma è sostituito dal seguente: La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

All'articolo 2409-*novies*, primo comma, del codice civile, il primo periodo è sostituito dal seguente: La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

All'articolo 2475 del codice civile, il primo comma è sostituito dal seguente: la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale [...].».

<sup>145</sup> Vd. R. GUIDOTTI, *La governance delle società nel codice della crisi d'impresa*, 2019, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>146</sup> Ivi, p. 3.

delle società per azioni, dove la gestione dell'impresa esclusivamente in capo agli amministratori è compatibile con una concezione di fondo che propende per un divieto di interferenza dei soci nella gestione dell'impresa. Al contrario, nelle srl le dinamiche societarie sono differenti; pertanto l'attribuzione della gestione dell'impresa soltanto a carico degli amministratori sembra essere incompatibile con i dati normativi. Nello specifico, risalta l'art. 2479, comma 1°, c.c.<sup>147</sup> che dispone che i soci possano decidere su materie gestionali riservate alla loro competenza e l'art. 2476, comma 7°, c.c.<sup>148</sup>, che disciplina la responsabilità dei soci per dette decisioni. In questo caso sorge un dubbio e ci si chiede come possa concepirsi una responsabilità dei soci per le decisioni assunte, nel momento in cui la nuova formulazione dell'art. 2475, comma 1°, c.c. prevede una gestione dell'impresa in capo esclusivamente agli amministratori; da ciò discenderebbe l'incompatibilità della nuova disposizione con il tipo sociale delle srl.<sup>149</sup>

Questo filone sostiene che nelle nuove disposizioni vi sia «un equivoco concettuale»<sup>150</sup>; la riforma avrebbe dovuto soltanto indicare l'organo gestorio quale responsabile per l'adozione degli assetti organizzativi adeguati e non legiferare in generale su quale organo sia deputato a gestire l'impresa, andando oltre quanto richiesto dalla stessa legge delega. Inoltre sarebbe stato auspicabile l'inserimento di un limite minimo dimensionale dal quale far scattare l'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati e non porlo come dovere generale in capo ad ogni

---

<sup>147</sup> Art. 2479, comma 1, c.c. che afferma che «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione».

<sup>148</sup> Art. 2476, comma 3, c.c. che afferma che «sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi».

<sup>149</sup> Una visione più aperta, A. BUSSANI, *La riforma della crisi d'impresa riscrive il ruolo dei soci della Srl*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 febbraio 2019, p.17, che tenta di adattare la nuova normativa alle peculiarità delle srl sostiene che essa dovrebbe essere interpretata nel senso che i soggetti coinvolti nelle questioni e decisioni gestorie prestino la loro opera per istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale. Tesi semplicista, che sicuramente riduce la portata innovativa della formulazione, ma permette una sicura compatibilità con la disciplina attuale delle srl, dove è presente una possibilità di potere gestorio in capo ai soci.

<sup>150</sup> R. GUIDOTTI, *La governance delle società nel codice della crisi d'impresa*, cit., p. 3.

imprenditore collettivo. Alla luce di questo pare difficile comprendere quale debba essere l'assetto organizzativo adeguato da istituire per le piccole imprese.

Nonostante questa aspra critica alla riforma, siccome l'impostazione di base del legislatore porta a considerare questa normazione come indispensabile e gli assetti organizzativi come presupposti necessari per far emergere precocemente la crisi d'impresa, le disposizioni succitate sono entrate in vigore immediatamente ossia dal 16 marzo 2019, così come previsto dall'art. 389, comma 2°, CCI<sup>151</sup>.

È rilevante che il legislatore sempre nell'ottica di creare assetti adeguati che permettano di percepire indici di difficoltà per la continuità aziendale abbia inserito tra le norme immediatamente in vigore, l'art. 379, comma 1°, CCI<sup>152</sup>, che prevede una modifica dell'art. 2477 c.c. e allarga il confine delle società a responsabilità limitata aventi l'onere di nominare un organo di controllo; si avrà così un sistema di controlli interni più numeroso.

*Pro futuro*, l'istituzione e l'implementazione degli assetti organizzativi adeguati passerà anche attraverso una responsabilizzazione generale dell'organo di controllo, che ex art. 14, comma 1°, CCI, avrà «l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa (sia) adeguato, se sussist(a) l'equilibrio economico finanziario e quale (sia) il prevedibile andamento della gestione, [...]». Pertanto l'organo di controllo, oltre ad avere i soliti poteri di controllo di legalità e di merito avrà anche un controllo sulla correttezza e adeguatezza organizzativa<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> *Supra* nota 111.

<sup>152</sup> Art. 379, comma 1, CCI, afferma che «all'articolo 2477 del codice civile il secondo e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti: La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società:

a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 2 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 2 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 10 unità.

L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti».

<sup>153</sup> Sul punto cfr. P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, (1), p. 76.

### *3.1. Gli strumenti di allerta: indicatori della crisi e obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati*

Il secondo pilastro su cui il Codice basa la normativa sulla prevenzione dell'insolvenza è la creazione di sistemi di allerta<sup>154</sup>, che unitamente agli assetti organizzativi adeguati, appena visti, dovrebbero consentire una rilevazione sempre più tempestiva dei segnali di crisi, attuali o futuri, nell'ottica di evitare che uno stato di difficoltà venga individuato tardivamente quando la società versa ormai in una situazione di insolvenza irreversibile. La finalità dell'allerta è di permettere all'organizzazione dell'impresa di rendersi conto dell'esistenza di indizi di crisi e di adottare le misure più idonee ad una sua composizione<sup>155</sup>.

L'art. 12, comma 1°, CCI dispone che «costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15<sup>156</sup>, finalizzati, [...], alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione».

Per quanto riguarda il presupposto soggettivo l'art. 12, commi 4°, 5° e 7°, CCI specifica che «gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, esclusi le grandi imprese<sup>157</sup>, i gruppi di imprese di rilevante dimensione<sup>158</sup>, le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante<sup>159</sup> [...]»; il comma 5° prosegue, escludendo «le

---

<sup>154</sup> A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, cit., p. 409.

<sup>155</sup> G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli Editore, Torino 2019, p. 39.

<sup>156</sup> Si intendono gli obblighi posti a carico degli organi di controllo societario e dei creditori pubblici qualificati.

<sup>157</sup> Art. 2, comma 1, lett. g), CCI, le definisce come «le imprese che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, alla data di chiusura del bilancio superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: venti milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: quaranta milioni di euro; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: duecentocinquanta».

<sup>158</sup> Art.2, comma 1, lett. i), CCI, le definisce come «i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013».

<sup>159</sup> Art. 12, comma 4, CCI, ultima parte tra le parentesi quadre, «...secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa - Consob concernente la

banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario, gli intermediari finanziari<sup>160</sup> [...], gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento, le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti il gruppo, [...], la Cassa depositi e prestiti, [...], le società fiduciarie<sup>161</sup> [...]».

Il comma 7°, invece, prevede l'applicazione degli strumenti di allerta alle imprese agricole<sup>162</sup> e alle imprese minori<sup>163</sup>, soltanto se sia compatibile con la loro struttura organizzativa. In questi casi il legislatore, per la fase successiva alla segnalazione degli organi di controllo o dei creditori pubblici qualificati, fa salva la competenza degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC)<sup>164</sup>.

Quindi il legislatore che, *prima facie*, estende questo nuovo strumento a tutti i soggetti che svolgono attività imprenditoriale, in seconda battuta ne circoscrive

---

disciplina degli emittenti». Il riferimento è ad oggi all'art. 2 *bis* del Regolamento Consob 11971/1999.

<sup>160</sup> Art. 12, comma 5, lett. b), CCI, ultima parte tra le parentesi quadre, «iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385».

<sup>161</sup> Art. 12, comma 5, lett. b), CCI, ultima parte tra le parentesi quadre, «di cui all'articolo 199 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla l. 23 novembre 1939, n. 1966; le società di cui all'articolo 2 del d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, dalla l. 1 agosto 1986, n. 430; le società fiduciarie di cui all'articolo 60, comma 4, del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415».

<sup>162</sup> Si rimanda alla definizione dell'art. 2135 c.c.

<sup>163</sup> Art. 2, comma 1, lett. d), CCI definisce l'impresa minore come «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 adottato a norma dell'articolo 348».

<sup>164</sup> Art. 2, comma 1, lett. t), CCI li definisce come «organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento [...] che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento previsti dal presente codice»; con sovraindebitamento intendendosi «lo stato di crisi o di insolvenza [...], dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative [...], e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza». Per questi debitori, la competenza dell'OCC è fatta salva anche nel caso di istanza del debitore di composizione assistita della crisi.

ampiamente l'utilizzo; oltre alle deroghe del comma 4° dovute alla struttura delle società elencate, che già prevedono strumenti di prevenzione, le esclusioni del comma 5° si devono soprattutto alle peculiari attività svolte dagli stessi soggetti e quelle del comma 7° al *favor* per le imprese di dimensioni modeste, che il legislatore non vuole oberare di strumenti inadeguati alla loro struttura.

Per le società pubbliche bisognerà effettivamente valutare caso per caso se si possono applicare oppure no gli strumenti d'allerta. In caso di esito negativo si dovrà in ogni caso riflettere se ricorrano le condizioni per l'adozione delle misure premiali<sup>165</sup> (vedi *infra* paragrafo 3.2).

Si segnala che, parte della dottrina, esclude a priori le società a controllo pubblico dall'applicazione dell'istituto dell'allerta. La motivazione si basa sull'incompatibilità della normativa prevista dal Testo unico e la normativa dettata dal Codice; infatti, secondo questo filone interpretativo, il Testo unico prevede già una disciplina articolata degli obblighi degli amministratori in caso di crisi e pertanto non serve un supporto esterno, come quello che si attiva tramite la segnalazione dell'allerta. Il ragionamento viene svolto in analogia a quanto previsto per le società quotate, le grandi imprese e i gruppi di dimensione rilevante, che, essendo già dotati di sistemi di monitoraggio-reazione delle situazioni di crisi, vengono direttamente esclusi dal legislatore dai soggetti a cui applicare gli strumenti di allerta.

Nel dettaglio, il Testo unico prevede che l'organo di controllo della società a controllo pubblico sia tenuto a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale *ex art.* 2409 c.c. in caso di mancata adozione dei provvedimenti adeguati da parte dell'organo amministrativo al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. L'organo di controllo non potrebbe anche effettuare la segnalazione all'organismo di composizione della crisi d'impresa<sup>166</sup> (d'ora in avanti «OCRI») (per ulteriori approfondimenti vedi *infra*

---

<sup>165</sup> Art. 12, comma 6, CCI, dispone che «le imprese escluse sono comunque ammesse a godere delle misure premiali previste dall'articolo 25, se ricorrono le condizioni di tempestività previste dall'articolo 24».

<sup>166</sup> Art. 14, comma 2, seconda parte, CCI, prevede che «in caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo

paragrafo 3.2); infatti, mentre la denuncia di grave irregolarità al tribunale attua un meccanismo volto ad accertare se l'irregolarità sussista e a rimuoverla attraverso la sostituzione degli amministratori, la segnalazione dell'organo di controllo all'OCRI apre una procedura che impone agli amministratori stessi di attivarsi per il superamento della crisi, con l'assistenza di un organismo esterno dotato di requisiti di indipendenza e professionalità, che li coadiuvi nella scelta dello strumento più opportuno e nelle trattative con i creditori. Da quanto appena visto, si desume l'incompatibilità delle due discipline<sup>167</sup>.

Qualora invece si ritengano applicabili le procedure d'allerta, dopo aver individuato i destinatari degli strumenti di allerta, è utile concentrarsi sugli indici<sup>168</sup> rivelatori della crisi dalla cui presenza discende l'onere per determinati soggetti di attivarsi tramite una segnalazione.

Si prevede l'onere a carico del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (d'ora in avanti «Consiglio» o «CNDCEC») di elaborare indici che tengano conto della tipologia di attività economica svolta e delle specifiche caratteristiche della singola impresa<sup>169</sup>.

L'art. 13, comma 1°, CCI afferma che gli indicatori della crisi sono «gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, [...] (e i) ritardi nei pagamenti reiterati e significativi<sup>170</sup> [...]» e che sono rilevabili tramite appositi indici; il legislatore prosegue disponendo che sono indici significativi «quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in

---

ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza».

OCRI definiti *ex art.* 2, comma 1, CCI, come «gli organismi disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi». Vengono istituiti presso ogni Camera di Commercio o in forma associata da diverse Camere.

<sup>167</sup> Circolare Assonime n. 19, cit., p. 53.

<sup>168</sup> Il legislatore utilizza sia «indicatori» che «indici» della crisi; non li definisce precipuamente, creando di conseguenza un'ambiguità, che non permette una grande chiarezza sul punto. Ciò nonostante si dovrebbe desumere che gli indicatori rappresentano l'andamento della situazione economica generale, mentre gli indici sono gli elementi destinati ad indicare se esista o meno la crisi.

<sup>169</sup> Art. 13, comma 2, CCI, rubricato indicatori della crisi.

<sup>170</sup> Art. 13, comma 1, CCI, ultima parte tra le parentesi quadre, «...anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24», che specifica alcune categorie di mancati pagamenti rilevanti come indicatori di crisi.

grado di generare e (quelli che misurano) l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi». Viene ancora riportato che gli indici così previsti devono dare 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»<sup>171</sup>.

Il comma 3° prevede la possibilità di non utilizzare gli indici elaborati dal Consiglio, poiché se l'impresa li ritiene non adeguati alle proprie caratteristiche e specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio, può adottare propri indici a patto che un professionista indipendente<sup>172</sup> ne attesti l'adeguatezza, in rapporto alla specificità dell'impresa<sup>173</sup>.

Nel caso in cui siano presenti uno o più indicatori di crisi dell'impresa, viene previsto un obbligo di segnalazione interno in capo agli organi di controllo (strumento di allerta c.d. interno). Nel dettaglio l'art. 14, comma 1°, CCI, come su visto, disciplinante l'obbligo per l'organo di controllo<sup>174</sup> di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario, prevede anche l'onere «di

---

<sup>171</sup> Formula criticata ampiamente, vd. R. RANALLI, *La sostenibilità del debito nei sei mesi successivi: una formulazione infelice per l'identificazione degli indici di allerta*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2019, sostiene che «pretendere, come parrebbe dall'attuale testo, che il debito sia ancora sostenibile per almeno 6 mesi e la continuità aziendale in essere per l'esercizio in corso, equivale infatti ad attivare le misure di allerta solo in imprese in continuità aziendale, in grado di sostenere regolarmente le proprie obbligazioni. Sarebbero potenzialmente attratte alle misure di allerta anche o, peggio ancora, solo le imprese sane». «Per evitare di vanificare l'intero sistema dell'allerta, [...], pare pertanto necessario che il testo definitivo del decreto venga modificato precisando che gli indici debbono dare evidenza “della non sostenibilità” dei debiti “per i sei mesi successivi” e “dell’assenza” delle prospettive di continuità aziendale».

<sup>172</sup> Per definizione vedi *infra* nota 227.

<sup>173</sup> Art. 13, comma 3, seconda parte, CCI dispone che «l'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo». Su tale attestazione vd. A.I. BARATTA, *La nuova tipologia di attestazione prevista dall'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2019.

<sup>174</sup> L'articolo distingue tra organi di controllo societari, revisore contabile e società di revisione. Non viene preso in considerazione il consiglio di sorveglianza del sistema dualistico e il comitato interno per il controllo sulla gestione del sistema monistico, che però in dottrina sul tema degli obblighi di segnalazione vengono equiparati agli altri organi di controllo. Cfr. su queste questioni, S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit. pp. 13-14.

segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi»<sup>175</sup>.

Il comma 2°, dopo aver analiticamente descritto il contenuto e le modalità di presentazione di detta segnalazione<sup>176</sup>, prende in considerazione il caso in cui l'organo amministrativo non dia una risposta o la risposta sia inadeguata ovvero non adotti «nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi». In questi casi viene disciplinato un obbligo in capo all'organo di controllo di informare direttamente il competente OCRI.

Un altro obbligo di segnalazione viene posto a carico dei creditori pubblici qualificati (strumento di allerta c.d. esterno), quali l'Agenzia delle Entrate, l'Istituto Nazionale della previdenza sociale e l'Agente della Riscossione. Questi soggetti hanno «l'obbligo, [...] di dare avviso al debitore, [...], che la sua esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante (di cui al comma 2<sup>177</sup>) e che, se entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso egli non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito [...] o non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di

---

<sup>175</sup> Dal dato testuale si dovrebbe evincere che l'obbligo di effettuare verifiche ed eventuali segnalazioni è posto a carico degli organi considerati nel loro complesso; quindi le segnalazioni saranno valide solo se verranno applicate le regole in tema di formazione della volontà collegiale.

<sup>176</sup> Art. 14, comma 2, prima parte, CCI, dispone che «la segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese».

<sup>177</sup> Art. 15, comma 2, CCI dispone che «l'esposizione debitoria è di importo rilevante:

a) per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, [...], sia pari ad almeno il 30% del volume d'affari del medesimo periodo e non inferiore a euro 25.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 2.000.000 di euro, non inferiore a euro 50.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 10.000.000 di euro, non inferiore a euro 100.000, per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente oltre 10.000.000 di euro;

b) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000;

c) per l'agente della riscossione, quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del presente codice, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni superi, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000».

regolazione della crisi e dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione agli organi di controllo della società»<sup>178</sup>.

### *3.2. OCRI: gestione dell'allerta e procedimento di composizione assistita della crisi*

L'OCRI è un organismo istituito presso ogni Camera di Commercio o in forma associata da diverse Camere e, tra le sue funzioni, ha il compito di ricevere le segnalazioni di allerta, il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi (d'ora in avanti «procedimento»). L'OCRI competente è quello «costituito presso la camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa»<sup>179</sup>.

Il referente<sup>180</sup>, ricevuta la segnalazione oppure l'istanza del debitore, provvede a dare comunicazione della segnalazione stessa agli organi di controllo della società, se esistenti, e nomina un collegio di tre esperti<sup>181</sup>.

Entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione o dell'istanza del debitore, l'OCRI deve convocare il debitore medesimo e, se esistenti, i componenti degli organi di controllo per l'audizione davanti al collegio formatosi.

---

<sup>178</sup> Art. 15, comma 1, CCI.

<sup>179</sup> Art. 16, comma 2, CCI. Vd. S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli Editore, 2019, pp. 57-58, sulle questioni che potranno sorgere a causa della mancanza di una disposizione sugli effetti di un'istanza presentata ad un OCRI privo di competenza.

<sup>180</sup> Art. 16, comma 3, CCI, lo definisce come il soggetto tramite cui l'organismo opera, «individuato nel segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, o un suo delegato».

Da ricordare che *ex art.* 17, comma 6, se «il referente verifica, ricevuta la segnalazione dei soggetti qualificati o l'istanza del debitore, che si tratta di impresa minore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera d), convoca il debitore dinanzi all'OCC competente per territorio indicato dal debitore o in difetto individuato sulla base di un criterio di rotazione, ai fini e dell'eventuale avvio del procedimento di composizione assistita della crisi».

<sup>181</sup> Art. 17, comma 1, CCI, dispone che i tre esperti sono nominati «a) uno designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa, o da un suo delegato;

b) uno designato dal presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o da un suo delegato, diverso dal referente;

c) uno appartenente all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, individuato dal referente, sentito il debitore, tra quelli iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'organismo dalle associazioni imprenditoriali di categoria; l'elenco contiene un congruo numero di esperti».

L'art. 18, comma 3°, CCI, dispone soltanto l'obbligo per il collegio di sentire il debitore e tenere conto degli elementi di valutazione forniti e dei dati e delle informazioni assunte. Il legislatore non prevede altro circa la disciplina istruttoria; per tale motivo l'opinione, assolutamente condivisibile, è che il collegio sia libero di svolgere l'istruttoria a proprio piacimento, sempre rispettando il principio di riservatezza del debitore verso l'esterno che caratterizza questa fase della crisi<sup>182</sup>. Al termine dell'istruttoria le possibilità sono due: da un lato il collegio procederà all'archiviazione della procedura d'allerta nel caso in cui non sussista una situazione di crisi ovvero manchino i presupposti applicativi<sup>183</sup>, dall'altro lato rileverà l'esistenza della crisi, cercando di individuare con il debitore le possibili misure per porvi rimedio e fissando un termine entro il quale il debitore dovrà riferire sulla loro attuazione<sup>184</sup>. È interessante porre l'accento sul fatto che sia solo il debitore, il soggetto a cui si rivolge il collegio in questo frangente; i creditori non vengono coinvolti, poiché vengono in rilievo soltanto le possibili misure riorganizzative dell'attività dell'imprenditore, che possono porre rimedio alla crisi<sup>185</sup>. Pertanto la procedura di allerta si svolgerà in via riservata e confidenziale, poiché sono coinvolti in linea di massima soltanto il debitore, gli organi societari, i professionisti, gli uffici pubblici e l'OCRI<sup>186</sup>.

Per quanto concerne invece il procedimento di composizione assistita, anche se il legislatore afferma che si svolge in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI<sup>187</sup>, già la Relazione illustrativa sostiene che tale riservatezza non possa essere del tutto mantenuta in quanto nel procedimento vengono necessariamente coinvolti, almeno in parte, i creditori<sup>188</sup>.

---

<sup>182</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p.59.

<sup>183</sup> In dettaglio, mancanza del presupposto soggettivo, essendo un soggetto escluso dall'applicazione della disciplina dell'allerta oppure mancanza del presupposto oggettivo, essendo il debitore titolare di crediti di imposta o di altri crediti che gli consentono di non superare le soglie di segnalazione.

<sup>184</sup> Questa seconda parte, art. 18, comma 4, CCI.

<sup>185</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit. p. 23.

<sup>186</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 100.

<sup>187</sup> Art. 12, comma 2, CCI.

<sup>188</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 100.

Il procedimento, infatti, è necessario quando la crisi in cui si trova il debitore abbisogna di un accordo coi creditori e si può avere soltanto su istanza del debitore, all'esito dell'allerta o anche prima della sua attivazione<sup>189</sup>.

Al fine di «tutelare l'impresa da iniziative dei creditori che potrebbero vanificare le trattative»<sup>190</sup> e far degenerare una crisi ancora in stato embrionale è prevista la possibilità di adottare misure protettive<sup>191</sup>. Su richiesta del debitore alla sezione specializzata in materia di imprese, possono essere concesse queste misure per portare a termine le trattative in corso<sup>192</sup>; misure che avranno la finalità di salvaguardare il patrimonio del debitore da tentativi individuali dei creditori e di differire alcuni obblighi che potrebbero discendere dall'applicazione del codice civile<sup>193</sup>. Le succitate misure possono essere revocate «se il collegio segnala al giudice competente che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi»<sup>194</sup> oppure se risultano commessi atti in frode dei creditori, rilevabile anche d'ufficio in ogni momento, sempre nell'ottica di incentivare le soluzioni anticipate e punire le nefandezze del debitore.

Dal lato procedimentale, l'art. 19, comma 1°, CCI, dispone che «il collegio fissa un termine non superiore a tre mesi, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi (stesso termine di durata per le misure protettive) solo in caso di positivi riscontri delle trattative, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell'impresa». Il collegio coadiuva il debitore nel ricercare un accordo coi creditori,

---

<sup>189</sup> Art. 12, comma 2, CCI.

<sup>190</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 100.

<sup>191</sup> Definite *ex art.* 2, comma 1, lett. p), CCI 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».

<sup>192</sup> Art. 20, comma 1, CCI, dispone che dopo l'audizione di cui all'articolo 18, il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi può chiedere alla sezione specializzata in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n.168, individuata a norma dell'articolo 4 del medesimo decreto legislativo, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa, le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso.

<sup>193</sup> Art. 20, comma 4, CCI, afferma che «[...] il debitore può chiedere al giudice competente [...], che siano disposti il differimento degli obblighi previsti dagli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma e 2482-ter del codice civile (si neutralizza l'obbligo di intervenire sul capitale sociale in caso di perdite oltre un terzo o di azzeramento del capitale), e la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies del codice civile. Su istanza del debitore, il provvedimento può essere pubblicato nel registro delle imprese».

<sup>194</sup> Art. 20, comma 5, CCI.

ricoprendo un ruolo attivo di assistenza; tanto è vero che nello stesso comma si afferma di incaricare il relatore<sup>195</sup> di seguire le trattative.

Se entro il termine assegnato viene trovato un accordo, il legislatore afferma che esso debba avere forma scritta, essere depositato presso l'OCRI, essere ostensibile soltanto ai soggetti sottoscrittori<sup>196</sup> e produrre gli stessi effetti degli accordi conseguenti ad un piano attestato di risanamento<sup>197</sup> (vedi *infra* capitolo III), ossia essenzialmente l'esenzione dall'azione revocatoria nel caso in cui si giunga ad una liquidazione giudiziale.

Un'altra possibilità, che mostra l'intenso rapporto tra debitore e collegio, è che il primo decida di «presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti (vedi *infra* capitolo III) o di apertura del concordato preventivo (vedi *infra* capitolo IV)»; in tal caso «il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali»<sup>198</sup>.

Tuttavia può anche accadere che non venga trovato un accordo coi creditori nei termini; in tal caso, se permane una situazione di crisi, il collegio «invita il debitore a presentare domanda di accesso ad una delle procedure»<sup>199</sup> di regolazione della crisi e dell'insolvenza entro trenta giorni. Interessante mettere in luce che in questo caso l'art. 21, comma 2°, CCI prevede la possibilità per il debitore di utilizzare la documentazione<sup>200</sup> formata nel corso del procedimento con l'assistenza del collegio. Nei casi in cui il procedimento non si concluda con un accordo, l'OCRI ne dà comunicazione ai soggetti obbligati alla segnalazione che non vi hanno partecipato<sup>201</sup>, sempre nell'ottica di un intervento, per quanto non più tempestivo, che consenta di aprire una procedura di liquidazione giudiziale (vedi *infra* capitolo V).

---

<sup>195</sup> Art. 18, comma 2, CCI dispone che «il collegio sceglie tra i propri componenti il presidente, che nomina relatore se stesso o altro componente del collegio. Il relatore ha il compito di acquisire e riferire i dati e le informazioni rilevanti».

<sup>196</sup> Eccezione: pubblicità presso il registro delle imprese, ma subordinata all'istanza del debitore e al consenso dei creditori interessati.

<sup>197</sup> Così disposto *ex art.* 19, comma 4, CCI.

<sup>198</sup> Art. 19, comma 3, CCI.

<sup>199</sup> Art. 21, comma 1, CCI.

<sup>200</sup> Il riferimento è alla relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, all'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione.

<sup>201</sup> Art. 21, comma 3, CCI.

Un meccanismo simile è la segnalazione che il referente, su *input* del collegio (che deve ritenere la sussistenza di uno stato di insolvenza), deve effettuare al pubblico ministero nel caso di inerzia del debitore durante queste fasi; nel caso in cui il pubblico ministero ritenesse fondata la notizia dovrebbe presentare ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale<sup>202</sup>.

Un breve cenno meritano infine le misure premiali che sono riconosciute all'imprenditore che si è attivato tempestivamente<sup>203</sup> nel proporre istanza di composizione assistita della crisi oppure domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, ossia domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposta di un concordato preventivo o ricorso per l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale.

La previsione di queste misure mostra maggiormente l'obiettivo della riforma ovvero l'emersione tempestiva della crisi d'impresa per permettere alle imprese di non arrivare ad una situazione di insolvenza, favorendo anche tramite queste misure, che sono cumulabili tra di loro, la realizzazione di trattative tra il debitore ed i creditori.

In particolare, l'art. 25 CCI prevede misure sia di natura patrimoniale che in tema di responsabilità penale. In quest'ultimo settore, le misure premiali si esplicano in una causa di non punibilità e in una circostanza attenuante ad effetto speciale. In sintesi le misure premiali si possono suddividere in tre differenti gruppi in base alla

---

<sup>202</sup> Art. 22 CCI.

<sup>203</sup> Art. 24, comma 1 e 2, CCI dispone che «l'iniziativa del debitore volta a prevenire l'aggravarsi della crisi non è tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal presente codice oltre il termine di sei mesi, ovvero l'istanza di cui all'articolo 19 oltre il termine di tre mesi, a decorrere da quando si verifica, alternativamente:

- a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3».

tipologia: il primo riguarda gli interessi e le sanzioni fiscali<sup>204</sup>, il secondo le procedure negoziali di regolazione della crisi<sup>205</sup> e il terzo la responsabilità penale<sup>206</sup>. Tramite questo ulteriore incentivo per l'imprenditore, il legislatore auspica di raggiungere effettivamente il risultato di una tempestiva emersione della situazione di crisi della società.

#### *4. Convergenze e distonie tra TUSPP e CCI sulla prevenzione della crisi*

Analizzate le differenti novità previste nel Testo unico e nel Codice per le società pubbliche, si può affermare che, limitatamente all'intervento precoce sulla crisi, le ragioni che stanno alla base delle due riforme siano le stesse<sup>207</sup>. Le modifiche

---

<sup>204</sup> Art. 25, comma 1, CCI, afferma che «[...] sono riconosciuti i seguenti benefici, cumulabili tra loro:

- a) durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa sono ridotti alla misura legale;
- b) le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 19, comma 1, o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza;
- c) le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi sono ridotti della metà nella eventuale procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza successivamente aperta».

<sup>205</sup> Art. 25, comma 1, CCI, afferma che «d) la proroga del termine fissato dal giudice [...] per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è pari al doppio di quella che ordinariamente il giudice può concedere, se l'organismo di composizione della crisi non ha dato notizia di insolvenza al pubblico ministero [...];

- e) la proposta di concordato preventivo in continuità aziendale concorrente con quella da lui presentata non è ammissibile se il professionista incaricato attesta che la proposta del debitore assicura il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo dei crediti».

<sup>206</sup> Art. 25, comma 2, CCI dispone che «quando, nei reati (di bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice, ricorso abusivo al credito), [...], limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'(OCRI) [...] ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti. Fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, per chi ha presentato l'istanza o la domanda la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro».

<sup>207</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit. p. 345.

partono dall'idea che nella disciplina vigente non sono presenti procedure adeguate a rilevare immediatamente i segnali di crisi. Pertanto, la volontà del legislatore è di incoraggiare un intervento precoce che possa consentire di intercettare la crisi in fase embrionale e permettere di risanare una situazione non ancora degenerata in insolvenza. Per fare questo, come ampiamente visto, le società vengono dotate di assetti organizzativi e vengono individuati strumenti e procedure che possano consentire di valutare quanto prima eventuali segnali di difficoltà e provvedere ad una riorganizzazione dell'attività imprenditoriale o ad una soluzione negoziata della crisi coi creditori.

Interessante porre in evidenza come il Codice sia una sorta di completamento del Testo unico, in quanto forse anche in maniera più consapevole, il legislatore disciplina analiticamente tutta una serie di concetti che nella riforma sulle società a partecipazione pubblica non erano stati presi in considerazione oppure se citati, non erano definiti nei loro contenuti. Si ricordano a titolo esemplificativo gli indicatori della crisi e gli strumenti di allerta c.d. esterni.

Da quanto detto sembra che si possa applicare in via interpretativa alle società pubbliche, in particolare alle società a controllo pubblico, quanto previsto dal Codice e non disciplinato nel Testo unico, ad esclusione dell'istituto dell'allerta sul quale sarebbe opportuno un chiarimento normativo. Il dubbio interpretativo, concernente la possibilità di utilizzare gli strumenti di allerta per le società a controllo pubblico, si potrebbe risolvere sia in senso positivo<sup>208</sup> che in senso negativo<sup>209</sup> a seconda di quale argomentazione si ritenga più persuasiva.

A favore dell'applicazione si argomenta che si applicheranno sia le particolari misure di allerta previste dal Testo unico che la normativa dell'allerta prevista dal Codice in quanto non si rileva nessuna incompatibilità tra le norme, anzi una possibilità di reciproca integrazione, con il susseguente disporsi tanto degli obblighi che dei vincoli imposti dall'una e dall'altro.

In senso contrario, come visto in precedenza, si argomenta che date le forti peculiarità le due discipline sono incompatibili tra di loro e non si può che

---

<sup>208</sup> G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Fallimento*, 2018, (2), p. 142.

<sup>209</sup> Circolare Assonime n. 19, cit., p. 54.

concludere per l'esclusione dell'utilizzo degli strumenti di allerta previsti dal Codice per le società a controllo pubblico.

In conclusione, qualora dovessero applicarsi, l'augurio è che le società pubbliche riescano ad utilizzare nel migliore dei modi questi strumenti di prevenzione e meccanismi di allerta, ritenuti indispensabili dal legislatore e pensati per permettere di rilevare e superare i primi segnali di crisi. Tutte queste previsioni dovranno concretamente dimostrare la loro dirompente portata, anche inserendosi in un sistema caratterizzato da forti peculiarità, come quello delle società pubbliche ed in particolare delle società a controllo pubblico.

## **CAPITOLO III – PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO E ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI**

### *1. Piani attestati di risanamento: tra disciplina vigente e nuova disciplina*

La *governance* e gli strumenti di allerta unitamente alla composizione assistita della crisi sono soltanto il primo tassello del legislatore delegato verso una riforma del sistema della gestione della crisi d'impresa, che possa effettivamente consentire la creazione di un diritto concorsuale differente rispetto al sistema vigente.

Il Codice continua nella direzione tracciata dal legislatore, che, a partire dal 2005<sup>210</sup>, aveva introdotto gli istituti dei piani attestati di risanamento (d'ora in avanti «piani attestati») e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (vedi *infra* paragrafo 3) per prevedere la possibilità di giungere ad accordi di regolazione stragiudiziale tra debitore e creditori aventi la finalità di agevolare il superamento della crisi d'impresa. L'idea del Codice è di tentare di riformare questi istituti, tramite cambiamenti e integrazioni, per rivitalizzarli e renderli maggiormente utili ad una tempestiva gestione della crisi. Per quanto qui interessa, da un'analisi dettagliata si risconterà un maggior *favor* del legislatore per le procedure non privatistiche di composizione della crisi<sup>211</sup>.

La disciplina attualmente in vigore sui piani attestati non gode di propria autonomia in quanto è inserita all'interno dell'articolo 67, comma 3°, lett. d)<sup>212</sup>, legge fallimentare, che disciplina i piani attestati come atti non soggetti all'azione revocatoria. Nel Codice, invece, acquisiscono «dignità di istituto giuridico autonomo»<sup>213</sup>. Il legislatore dispone in positivo cosa sono i piani attestati e non

---

<sup>210</sup> D.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, recante «disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale».

<sup>211</sup> Le procedure privatistiche sono quelle dove la crisi viene gestita soltanto dall'imprenditore, senza alcun tipo di intervento esterno, né dell'autorità giudiziaria né di un organismo terzo.

<sup>212</sup> Art. 67, comma 3, lett. d), l.f. dispone che «non sono soggetti all'azione revocatoria: d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria [...]».

<sup>213</sup> A. AIELLO, A. AURICCHIO, G. COVINO, L. JEANTET, *Piano attestato di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti*, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it), 2019, p.1.

soltanto in negativo come nell'attuale formulazione, ossia categoria di atti esenti da revocatoria. Nel dettaglio, l'art. 56 CCI rubricato «accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento» è dedicato a tale strumento.

Si sottolinea nuovamente, per onere di completezza, che la possibilità di usufruire dei piani attestati ai fini del superamento di una fase di crisi dell'impresa non viene espressamente impedita alle società pubbliche da alcun dato normativo. Anzi il legislatore ha previsto una normazione più analitica e puntuale dei piani stessi per colmare le lacune della disciplina vigente e prevederne un corretto uso; non si riscontra nessun elemento dal quale si potrebbe desumere la non applicabilità di detti strumenti alle società a partecipazione pubblica.

Perciò anche alla luce delle considerazioni svolte nel merito nel precedente capitolo (vd. *supra* capitolo I, paragrafo 4.1) si può affermare con convinzione che questo istituto di regolazione della crisi possa essere utilizzato dalle società pubbliche. Si aggiunga che nel presente capitolo si analizzerà anche se sussistano delle particolarità riguardanti l'applicazione del medesimo alle società a controllo pubblico. (vedi *infra* paragrafo 2).

### *1.1. Presupposti e finalità*

Attraverso il raffronto tra l'attuale e la futura disciplina, che entrerà in vigore il 15 agosto 2020, si cercherà di mettere in evidenza i punti di contatto e le divergenze delle due normative.

I presupposti in vigore sono analoghi a quelli della nuova disciplina; tuttavia si consideri che attualmente si devono ricavare attraverso un'interpretazione sistematica delle norme in quanto non sono espressamente previsti nell'art. 67 l.f.<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> Sul presupposto soggettivo, la dottrina afferma che data la collocazione della norma sui piani possono ricorrervi tutti gli imprenditori commerciali passibili di fallimento.

Parte della dottrina predilige l'utilizzo dell'istituto a tutti gli imprenditori, compresi coloro ai quali non si applica la normativa sul fallimento, motivando che l'esonero dall'azione revocatoria valga sia per quella fallimentare che per quella ordinaria. Cfr. M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Wolters Kluwer CEDAM, Padova 2014, p. 886.

Per l'individuazione del presupposto oggettivo, parte della dottrina, dato che il legislatore non parla né di stato di crisi, come invece per il concordato o gli accordi di ristrutturazione, né di insolvenza, come per il fallimento, allora si rifà ad una situazione di squilibrio che non è assorbibile nella fattispecie della crisi irreversibile. Cfr. L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di*

Fortunatamente il comma 1° dell'art. 56 CCI, cercando di risolvere i possibili dubbi interpretativi, esplicitamente prevede che «l'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza può predisporre un piano, [...], che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria».

Pertanto il legislatore afferma che dal punto di vista soggettivo i soggetti legittimati ad utilizzare codesto istituto sono tutti gli imprenditori<sup>215</sup> in stato di crisi o di insolvenza<sup>216</sup>, mentre dal lato oggettivo, si richiederà, così come tuttora, che l'impresa non sia caratterizzata da un'insolvenza irreversibile; infatti, il piano continuerà ad avere la finalità di consentire di risanare l'esposizione debitoria e riequilibrare la situazione finanziaria, nell'ottica di incoraggiare una sana continuità aziendale.

Le definizioni che qui rilevano si riferiscono a concetti presenti nelle scienze aziendalistiche; si identifica il risanamento con il «ritorno [...] a quell'equilibrio finanziario a breve e/o a medio-lungo termine, caratterizzato da una pressoché perfetta contrapposizione tra i flussi finanziari dove, in un determinato arco temporale, le entrate monetarie sono in grado di fronteggiare le corrispondenti uscite» ed il riequilibrio con «una implicazione armoniosa e bilanciata di entrate e uscite effetto di un grado di miglioramento anche nel breve o medio periodo, poiché con tale fattore si valuta il grado di indebitamento dell'impresa: più alto è il rapporto tra capitale di terzi e capitale proprio, più elevato si mostrerà il rischio aziendale»<sup>217</sup>.

## 1.2. *Contenuto del piano*

Individuati i presupposti applicativi e le finalità, nella scarsa normazione della l.f. nulla si dispone sulla data e sul contenuto del piano, che pertanto potrà essere deciso

---

*composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi", in Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa, a cura di (S. BONFATTI, G. FALCONE), Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 508.*

<sup>215</sup> Cfr. Relazione allo schema di Codice, cit., p. 134, che precisa che «si tratta di istituto riservato ai soli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale» «poiché il beneficio arrecato dal piano è l'esenzione dall'azione revocatoria disciplinata dalla sezione IV del capo I del titolo V».

Pertanto si potrebbero nuovamente muovere le medesime questioni della vigente normativa.

<sup>216</sup> Per la differenza *supra* nota 115.

<sup>217</sup> M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., p. 900.

in autonomia dall'imprenditore, purché sia astrattamente idoneo a raggiungere gli scopi prefissati dal legislatore. La dottrina tenta di porre rimedio a questa lacuna affermando, pur con differenti oscillazioni, che in linea generale il piano dovrebbe contenere i dati inerenti all'impresa, con una situazione patrimoniale ed economica aggiornata, l'individuazione delle cause della difficoltà dell'impresa e le previsioni del suo superamento, tramite la stesura di un piano economico-finanziario<sup>218</sup>, nonché, ove necessario, un piano industriale<sup>219</sup>, che mostri il percorso verso il risanamento<sup>220</sup>.

Il Codice, nell'ottica di implementare la normativa relativa a questo istituto e attuare quanto previsto dall'art. 5, comma 1°, lett. e), legge delega n. 155 del 2017<sup>221</sup>, precisa in primo luogo che il piano debba avere una data certa<sup>222</sup>. Il legislatore parla soltanto di questo aspetto e non inserisce anche il requisito della forma scritta, come previsto dalla legge delega; questo non consente di richiedere la forma scritta come requisito del piano, che però nella pratica assumerà un ruolo predominante nella predisposizione dei relativi piani attestati in quanto è verosimile che per aversi data certa si userà la forma scritta.

In secondo luogo prevede che il piano debba indicare: «a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone

---

<sup>218</sup> Il Sole 24 Ore, 10 settembre 2015, afferma che il piano economico-finanziario si configura come «strumento di valutazione economica, attraverso la comparazione tra costi e ricavi attesi dalla realizzazione del progetto, stabilendo se lo stesso è o non è conveniente» e come «elemento di valutazione finanziaria, con riguardo alla capacità del progetto di servire il suo debito».

<sup>219</sup> F. BURIGO, *Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace*, in *Riv. ric. giur.*, 2016, (2), p. 298, afferma che «il piano industriale consiste nel progetto redatto dall'imprenditore per raffigurare i possibili sviluppi industriali del business nell'orizzonte temporale stabilito dal piano di risanamento».

<sup>220</sup> Cfr. G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Vol. II, a cura di (C. CAVALLINI), EGEO, Milano 2010, pp. 246-247; auspica persino la creazione di un documento di sintesi che racchiuda gli interventi del progetto di risanamento.

<sup>221</sup> Dispone che «nell'esercizio della delega [...] il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: e) prevedere che il piano attestato abbia forma scritta, data certa e contenuto analitico».

<sup>222</sup> Per approfondimento si segnala che l'art. 56, comma 6, CCI prevede la data certa e la prova per iscritto degli atti unilaterali e dei contratti posti in essere in esecuzione del piano nell'ottica di prevenire comportamenti collusivi.

la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; d)<sup>223</sup> gli apporti di finanza nuova; e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto»<sup>224</sup>. In aggiunta si dispone l'allegazione dei documenti che in generale vengono richiesti al debitore per accedere a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza<sup>225</sup>.

Quindi questi sono gli elementi minimi che, a partire da agosto 2020, dovranno assolutamente caratterizzare un piano per poter essere considerato un piano attestato di risanamento.

Si segnala che parte della dottrina<sup>226</sup> critica la mancanza dell'indicazione della durata del piano tra gli elementi costitutivi dello stesso; si lascia la libertà a chi redige il piano e all'attestatore di colmare la lacuna sui tempi necessari, basandosi su un criterio di ragionevolezza, per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, così come richiesto dall'art. 56, comma 2°, lett. c).

### *1.3. L'attestazione e la pubblicità*

Tuttavia, ora come in futuro, il piano non è di per sé sufficiente per garantire l'esenzione dall'azione revocatoria e della responsabilità penale per l'imprenditore; come ulteriore adempimento si richiede che un professionista indipendente<sup>227</sup>,

---

<sup>223</sup> Errore formale del legislatore.

<sup>224</sup> Art. 56, comma 2, CCI.

<sup>225</sup> Art. 56, comma 3, CCI, rinvia all'art. 39 CCI che richiede al debitore «[...] le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa [...] se ha avuto una minore durata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. [...] una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi. 2. [...] una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore».

<sup>226</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., pp. 106-107.

<sup>227</sup> Definito *ex art. 2, comma 1, lett. o)*, CCI in maniera analoga all'attuale disciplina ossia «il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti

designato dal debitore, attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Il comma 4° del Codice riprende il medesimo concetto, aggiungendo soltanto le parole «economica e giuridica» in relazione alle caratteristiche della fattibilità del piano. Perciò viene ristretto e specificato il sindacato del professionista, che dovrà appunto vagliare la fattibilità economica e giuridica del piano, tramite un giudizio prognostico; nella sostanza, si ritiene che, essendo due concetti molto generici, la nuova formulazione non si discosti molto dall'attuale. Insomma in fin dei conti l'attestatore dovrà garantire che i dati su cui si basa il piano siano veritieri<sup>228</sup> e che dal punto di vista del processo metodologico adottato il piano sia ragionevolmente in grado di portare ad un risanamento dell'impresa<sup>229</sup>. Nell'ipotesi in cui non venga attestato da un professionista, si sottolinea che il piano varrà come un normale «accordo stragiudiziale» che produrrà effetti obbligatori tra i sottoscrittori<sup>230</sup>.

Il piano attestato, venuto ormai a piena esistenza, potrà essere pubblicato. Prima del 2012, nel silenzio della normativa, la dottrina<sup>231</sup> si esprimeva favorevolmente sulla possibilità di prevedere delle modalità di pubblicità del piano al fine di scongiurare una distorsione nell'utilizzo dell'istituto stesso. In quell'anno<sup>232</sup> si è provveduto ad integrare la disciplina; tramite l'inserimento di una nuova formulazione dell'art. 67 l.f. si cominciava ad ammettere la facoltà per l'imprenditore di pubblicare il piano attestato di risanamento nel registro delle imprese. Questa forma di pubblicità consentiva ai terzi, estranei al piano, di venirne a conoscenza e quindi di poter sapere a priori quali atti, pagamenti e garanzie sarebbero stati esenti dalla disciplina dell'azione revocatoria in caso di apertura di una procedura fallimentare.

---

interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa».

<sup>228</sup> Conformi con le risultanze della contabilità, che devono essere constatate anche sostanzialmente.

<sup>229</sup> Si rammenta che l'attestazione dovrà essere quanto più analitica e approfondita possibile per garantire la conservazione degli atti posti in essere in esecuzione del piano in caso di eventuale azione revocatoria.

<sup>230</sup> F. BURIGO, *Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace*, cit., p. 301.

<sup>231</sup> G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 251; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, CEDAM, Padova 2006, p. 316.

<sup>232</sup> D.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134.

Il nuovo Codice riporta pedissequamente la medesima previsione della legge fallimentare, lasciando perciò la libertà di pubblicare o meno il piano all'imprenditore. Così disponendo il riformatore non risolve *prima facie* la questione inerente al contenuto che debba essere effettivamente pubblicato nel registro delle imprese, ossia se si debba pubblicare anche l'attestazione del professionista o meno<sup>233</sup>.

#### 1.4. *Esenzione dall'azione revocatoria e dalla responsabilità penale*

Descritte le peculiarità del piano si ritiene di fondamentale importanza trattare del momento, simile nelle due discipline, in cui giuridicamente il piano attestato acquisisce rilevanza; infatti, siccome è uno strumento privatistico, a meno di una sua pubblicazione, resterà a conoscenza dei soli sottoscrittori.

Nel frangente in cui il piano non riesca a raggiungere le proprie finalità di risanamento e conseguentemente l'impresa venga dichiarata fallita, allora il piano, che dalla nuova disciplina avrà data certa, produrrà l'effetto di congelare le operazioni poste in essere in esecuzione del piano, escludendole dalle azioni revocatorie. Inoltre garantirà l'esenzione dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta.

Nel dettaglio, l'art. 166, comma 3°, lett. d), CCI, parimenti all'attuale disciplina, esclude dalla revocatoria «gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore (purché) posti in essere in esecuzione del piano attestato [...] e in esso indicati». Aggiunge analiticamente che «l'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria»<sup>234</sup>.

Tuttavia queste esenzioni operano soltanto se il piano e l'attestazione risultano adeguati e appropriati. Quando il curatore esperisce l'azione revocatoria, l'autorità giudiziaria dovrà vagliare se effettivamente il piano sia stato idoneo a consentire il risanamento e il riequilibrio dell'impresa. In tal senso la Cassazione<sup>235</sup> 5 luglio 2016,

---

<sup>233</sup> M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., p. 901.

<sup>234</sup> Prevista dall'art. 165 CCI, che rimanda alle norme del codice civile, in particolare art. 2901 ss. c.c. Risolve la questione che parte della dottrina aveva sollevato circa la possibilità di esentare le operazioni in esecuzione di un piano anche da revocatoria ordinaria. Nel senso del Codice vd. B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006 (2), p. 209.

<sup>235</sup> Cass. civ. sez. VI – 1, sent., 05/07/2016, n. 13719.

n. 13719 ha affermato che «[...] il giudice, per ritenere non soggette alla domanda della curatela gli atti esecutivi del piano attestato medesimo ha il dovere di compiere, con giudizio *ex ante*, una verifica mirata alla manifesta attitudine all'attuazione del piano attestato, del quale l'atto oggetto di revocatoria da parte della curatela costituisce uno strumento attuativo».

Pertanto la Corte sostiene che il giudice abbia l'obbligo di verificare *ex post* se il piano mostrasse inizialmente una «manifesta attitudine»<sup>236</sup> per la risoluzione dello stato di crisi<sup>237</sup>; in caso contrario, gli atti posti in essere saranno soggetti all'azione revocatoria.

Oltre a questo caso che assoggetta all'azione revocatoria atti in teoria esenti, il nuovo Codice prevede espressamente che «l'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia»<sup>238</sup>.

Sul versante penale, si accenna soltanto che la legge fallimentare così come il Codice<sup>239</sup> prevedono l'esenzione dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta preferenziale<sup>240</sup> e semplice<sup>241</sup> nel caso di operazioni compiute in esecuzione di un piano attestato.

### *1.5. Riflessioni e considerazioni conclusive*

In conclusione, due sono le questioni che si ritiene interessante affrontare, che paiono ridurre lo spettro di utilizzo del suesposto istituto.

In primo luogo si intende fare luce sulla novità legislativa che, differentemente da quanto attualmente previsto, sostiene che l'imprenditore possa predisporre un piano rivolto ai creditori<sup>242</sup>. Ad un'analisi letterale, perciò il Codice riduce l'ambito di

---

<sup>236</sup> Verificare che il piano si basava fin dalla sua costituzione su dati e prospettive veritieri e che economicamente, finanziariamente e giuridicamente avrebbe potuto portare al risanamento.

<sup>237</sup> A. AIELLO, A. AURICCHIO, G. COVINO, L. JEANTET, *Piano attestato di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.6.

<sup>238</sup> Art. 166, comma 3, lett. d), CCI.

<sup>239</sup> Art. 217 *bis* l.f. che verrà sostituito dall'art. 324 CCI.

<sup>240</sup> Art. 216, comma 3, l.f. che verrà sostituito dall'art. 322, comma 3, CCI.

<sup>241</sup> Art. 217 l.f. che verrà sostituito dall'art. 323 CCI.

<sup>242</sup> Art. 56, comma 1, CCI.

applicazione dei piani, facendo perdere una delle peculiarità dell'istituto, ossia la flessibilità. Dato che il piano è rivolto ai creditori, allora dovrà dare esecuzione ad un accordo coi creditori stessi e non anche con soggetti terzi. Di conseguenza, se ciò verrà confermato dalla futura applicazione, si ridurrà in maniera drastica lo spazio degli atti posti in essere in esecuzione di un piano che potranno beneficiare delle esenzioni previste dal legislatore.

In secondo luogo il Codice non disciplina, analogamente alla normativa vigente, la natura dei crediti nati al fine di eseguire un piano attestato, ma non ancora recuperati nel momento in cui interviene un concorso con altri creditori. Mentre nel caso in cui il credito venga pagato prima del concorso beneficerà dell'esenzione dall'azione revocatoria, se così non fosse, il credito non avrà natura di credito prededucibile, in quanto come attualmente dispone l'art. 111, comma 2°, l.f.<sup>243</sup>, anche l'art. 6 CCI<sup>244</sup>, rubricato «prededucibilità dei crediti», non prende in considerazione la prededucibilità di questi crediti. Allora, siccome la regola è la *par condicio creditorum*, mentre la prededuzione ha carattere eccezionale, quest'ultima si applicherà soltanto dove è espressamente prevista dal legislatore.

Quindi la conseguenza è che questi creditori dovranno tenere un comportamento fin da subito reattivo e pronto al recupero del credito per evitare di trovarsi in un concorso con altri creditori che li vedrebbe partecipare come creditori non prededucibili.

---

<sup>243</sup> Art. 111, comma 2, l.f. dispone che «sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)».

<sup>244</sup> Art. 6, comma 1, CCI, afferma che «oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili: a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi di impresa [...] e dall'organismo di composizione della crisi di sovraindebitamento; b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati; c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47; d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi».

Nella medesima direzione la giurisprudenza di legittimità<sup>245</sup> 25 gennaio 2018, n. 1895 ha disposto che «non è prededucibile nel successivo fallimento, ai sensi dell'art. 111, 2° comma, L. Fall., il credito del professionista derivante da una attività di elaborazione di un piano attestato di risanamento, in ragione della natura privata e non concorsuale dell'istituto [...]».

In definitiva queste due scelte legislative mostrano il poco *favor* concesso dal Codice verso l'unica procedura totalmente privatistica. Tuttavia il piano attestato di risanamento è fondamentale dato che si configura come l'unico istituto che permette all'imprenditore di tenere riserbo su una situazione di difficoltà dell'impresa e sul relativo piano stipulato al fine di risanarne le sorti.

È un istituto con le proprie peculiarità che non può essere confuso con gli accordi di ristrutturazione dei debiti e con il concordato, che sono procedure concorsuali a tutti gli effetti, in quanto non viene in alcun modo previsto l'intervento o il controllo della procedura da parte dell'autorità giudiziaria e non è obbligatoriamente soggetto ad alcun regime pubblicistico.

## *2. Piani di risanamento e di ristrutturazione aziendale presenti nel TUSPP: peculiarità*

Per le società a controllo pubblico, come già accennato, il TUSPP prevede all'art. 14, comma 2°, che «qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari [...], attraverso un idoneo piano di risanamento».

Si prevede esplicitamente un obbligo, a carico dell'organo amministrativo, di adottare provvedimenti adeguati inseriti all'interno di un piano di risanamento.

Si traduce in un'esigenza di prevedere un intervento programmatico e non momentaneo che possa consentire di risanare l'impresa in crisi. Il Testo unico al comma 4<sup>246</sup> utilizza il termine «piani di ristrutturazione aziendale», che però la

---

<sup>245</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 25/01/2018, n. 1895.

<sup>246</sup> Art. 14, comma 4, TUSPP dispone che «non costituisce provvedimento adeguato, [...], la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti

maggior parte della dottrina<sup>247</sup>, pur con qualche oscillazione, assimila al piano di risanamento. Anche se ad una interpretazione letterale questo assunto della dottrina può dare adito a qualche dubbio, da un punto di vista giuridico e aziendale si nota che la ristrutturazione e il risanamento rappresentano un'analogia fattispecie, che si prefigge l'obiettivo primario di raggiungere un equilibrio economico e finanziario dell'attività d'impresa.

Quindi considerato che il Testo unico prevede un unico piano di risanamento (anche chiamato piano di ristrutturazione aziendale), si suole interrogarsi sulla possibile identità tra il medesimo e il piano attestato presente nella disciplina di diritto comune (vd. *supra* paragrafo 1). La risposta è negativa poiché, nonostante una sostanziale uguaglianza di contenuti, i due istituti si differenziano circa il procedimento e gli effetti.

Dal lato procedimentale, al contrario dei piani attestati, per i piani di risanamento non è previsto alcunché né sotto il profilo dell'attestazione né sotto il profilo pubblicitario.

Dal punto di vista degli effetti, anche se tutti e due permettono di giudicare l'operato dell'organo amministrativo<sup>248</sup> in una situazione di crisi ai fini di un'eventuale responsabilità dell'organo stesso, si riscontrano ampie differenze. In particolare le operazioni compiute in esecuzione del piano di risanamento non sono esenti dall'azione revocatoria né dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta semplice e preferenziale. Dall'altro lato il piano di risanamento produce effetti suoi propri che riguardano *in primis* la possibilità da parte delle amministrazioni pubbliche socie di prevedere interventi di ripianamento delle perdite in società a controllo pubblico in crisi, che sono vietati se non inseriti in un piano di risanamento.

---

comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5».

<sup>247</sup> Vd. G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit., p. 143; in senso contrario G. GUIZZI, M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di (G. GUIZZI), Giuffrè Editore, Milano 2017, p. 304, che considera i piani di ristrutturazione come una *species* del *genus* piani di risanamento.

<sup>248</sup> Esplicitamente vd. l'art. 14, comma 3, TUSPP, che dispone che «quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile».

Appurate le differenze, è tuttavia possibile che i piani di risanamento, attraverso gli adempimenti richiesti per i piani attestati, assumano la loro forma<sup>249</sup> per poter usufruire degli effetti propri di tale istituto, in particolare con riguardo ai profili di esenzione appena citati. Si rammenta, tuttavia, che non è obbligatorio affinché si configuri un piano *ex art. 14 TUSPP*, che il medesimo rivesta la forma di uno degli strumenti di regolazione della crisi previsti dalla disciplina di diritto comune<sup>250</sup>.

### *3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: tra disciplina vigente e nuova disciplina*

Analizzati nel dettaglio i piani attestati e le relative peculiarità dei piani di risanamento all'interno del Testo unico, si trattano ora gli accordi di ristrutturazione dei debiti (d'ora in avanti «accordi di ristrutturazione»), che possono essere considerati come «terza via»<sup>251</sup> tra i piani attestati e il concordato preventivo. Questo perché gli accordi possiedono la natura di istituto di carattere privatistico, ma poi richiedono una verifica dell'autorità giudiziaria per la loro efficacia.

Una recente, ma sembrerebbe consolidata, giurisprudenza di legittimità supera le questioni inerenti alla qualificazione giuridica della natura degli accordi di ristrutturazione, ritenendoli come procedure concorsuali a tutti gli effetti, in ragione della peculiare disciplina che presuppone, da una parte, forme di controllo e di pubblicità sulla composizione negoziata con un coinvolgimento dell'intero ceto creditorio e, dall'altro, effetti protettivi, tipici dei procedimenti concorsuali<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Per approfondimento G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit., pp. 144-145 che afferma che il piano di risanamento potrà anche avere la forma di un piano costituito ai fini di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una proposta di concordato preventivo, con la previsione degli effetti previsti dal legislatore per il singolo istituto utilizzato.

<sup>250</sup> In senso contrario vd. V.V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in *Dir. fall.*, 2017, (2), p. 522.

<sup>251</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, VIII ed., a cura di (F. PADOVINI) Giappichelli Editore, Torino 2017, pp.381-382.

<sup>252</sup> Cfr. Cass. civ. sez. I, sent., 12/04/2018, n. 9087, che detta tre requisiti di una procedura concorsuale, che sono sicuramente presenti negli accordi di ristrutturazione (vd. le parentesi quadre): «i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno “protettive” (nella fase iniziale) [quali i meccanismi di protezione contro le azioni esecutive e cautelari e l'esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione e dalla responsabilità penale] e di controllo (nella fase conclusiva) [in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, necessità di omologazione]; ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e fosse anche solo per

Ultima in ordine cronologico la sentenza della Cassazione<sup>253</sup> 8 maggio 2019, n. 12064 che dispone che «l'accordo di ristrutturazione partecipa della comune natura di procedura concorsuale propria del concordato preventivo»<sup>254</sup>. La questione che ha risvolti pratici significativi<sup>255</sup> non dovrebbe ripresentarsi sia per via di questo nuovo filone giurisprudenziale sia perché nel nuovo Codice si prevede un unico percorso processuale per tutte le procedure concorsuali, accordi compresi.

Appurata la natura concorsuale, l'accordo di ristrutturazione, modificato dal Codice è stato reso «estremamente flessibile e attraente grazie alle nuove configurazioni che può assumere»<sup>256</sup>. Le società pubbliche così come ampiamente detto (vd. *supra* paragrafo 1 quanto detto per i piani attestati) possono usufruire di tale strumento, che verrà trattato mettendo in luce le differenze tra l'attuale normativa e il Codice.

### *3.1. Presupposti soggettivi e oggettivi. Accordi e piano: contenuto, attestazione e rinegoziazione*

L'art. 57 CCI, rubricato «accordi di ristrutturazione dei debiti», non stravolge le fondamenta della disciplina ordinaria relativamente agli accordi di ristrutturazione, attualmente previste all'art. 182 *bis* l.f.

Tuttavia dal lato soggettivo, innovando rispetto all'attuale normazione, che fa un generico riferimento all'imprenditore<sup>257</sup>, la riforma, a scanso di equivoci, specifica che possa concludere accordi di ristrutturazione sia l'imprenditore commerciale che quello non commerciale<sup>258</sup> purché sia differente dall'imprenditore minore<sup>259</sup>. Pertanto si denota un allargamento della platea dei soggetti che potenzialmente

---

attribuire ad alcuni di essi un ruolo di “estranei”, da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate [pagamento integrale dei creditori estranei] ; iii) una qualche forma di pubblicità [pubblicazione nel registro delle imprese]».

<sup>253</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 08/05/2019, n. 12064.

<sup>254</sup> Nello stesso senso vd. Cass. civ. sez. I, sent., 21/06/2018, n. 16347; Cass. civ. sez. I, sent., 12/04/2018, n. 9087; Cass. civ. sez. I, sent., 18/01/2018, n. 1182.

<sup>255</sup> Come la possibilità di definire come prededucibili i crediti derivanti dall'esecuzione di un accordo di ristrutturazione.

<sup>256</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Neldiritto Editore, 2019, p. V.

<sup>257</sup> Per approfondimenti sul profilo soggettivo vd. M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna 2011, p. 687.

<sup>258</sup> In primo luogo gli imprenditori agricoli.

<sup>259</sup> Per la sua definizione *supra* nota 163.

possono usufruire di tale strumento; si ritiene che l'analiticità utilizzata dal legislatore possa permettere di evitare eventuali future questioni sui soggetti legittimati a utilizzare codesto istituto, questioni che invece, come già esposto, permangono per quanto riguarda i piani attestati.

Quest'ottica di allargamento si riscontra anche dal lato del presupposto oggettivo, che attualmente vede come legittimati soltanto gli imprenditori in stato di crisi; si aggiunge la previsione degli imprenditori in stato di insolvenza<sup>260</sup>, utilizzando esattamente la stessa dicitura presente per i piani attestati. Ciò nonostante si sottolinea che mentre per i piani attestati si richiede una crisi o un'insolvenza non irreversibili, qui, anche se non rappresenta la soluzione preferibile del Codice, a maggior ragione dopo l'ultima riforma, ci si potrebbe trovare in una situazione di irreversibilità della crisi, che potrebbe portare ad un accordo di ristrutturazione aventi finalità liquidatorie<sup>261</sup>.

L'imprenditore, così individuato, deve trovare un accordo con alcuni dei propri creditori, accordo che, non essendovi limiti previsti dal legislatore, può avere il contenuto più vario<sup>262</sup>. Tuttavia tanto la legge fallimentare quanto il Codice richiedono, in primo luogo che gli accordi vengano conclusi con un numero di creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti<sup>263</sup> e, in secondo luogo, che siano effettivamente «idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei»<sup>264</sup>.

---

<sup>260</sup> M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p.688, *ante* riforma già sosteneva che anche l'imprenditore in stato di insolvenza potesse utilizzare l'istituto degli accordi di ristrutturazione, motivando che «poiché negli accordi di ristrutturazione non è per nulla necessario che l'esito sia quello della conservazione dell'impresa e dunque la situazione di crisi può anche essere così grave da condurre alla dissoluzione dell'impresa, non v'è dubbio che la crisi abbracci anche l'insolvenza, [...]».

<sup>261</sup> Nel CCI non viene più messo in dubbio che l'accordo possa avere carattere liquidatorio; si ricava *a contrario* dall'art. 61 CCI che sostiene che gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa sono possibili soltanto se non hanno carattere liquidatorio. Già prima della riforma nel medesimo senso Trib. Milano sez. II, decr., 18 luglio 2009, in *Dir. fall.*, 2011, 2, 158.

<sup>262</sup> Nello stesso senso Trib. Reggio Emilia sez. I, ord., 13 aprile 2015, disponibile sulla banca dati *dejure*.

<sup>263</sup> Per approfondimenti su quali crediti utilizzare per calcolare il sessanta per cento vd. Trib. Ancona sez. II, decr., 20 marzo 2014, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che considera tutti i crediti qualunque ne sia la natura.

<sup>264</sup> Art. 57, comma 3, CCI che, come l'art. 182 *bis*, comma 1, l.f. dispone che «gli accordi devono essere idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei nei seguenti termini: a) entro

A monte dei singoli accordi, ci sarà un piano economico-finanziario<sup>265</sup>, che consente di prevedere le attività che l'imprenditore intende attuare per raggiungere la finalità di ristrutturazione dei debiti e che dovrà essere depositato insieme all'accordo al momento del ricorso.

Nel Codice, il comma 2° dell'art. 57 innova la disciplina della legge fallimentare disponendo che «gli accordi devono contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione». Quindi, le parti hanno la libertà di decidere il contenuto dell'accordo, ma sottostanno all'obbligo di incorporare gli elementi del piano all'interno dell'accordo medesimo, in modo tale che i creditori possano con maggiore certezza e chiarezza venire a conoscenza della volontà dell'imprenditore.

Si sottolinea che, come per l'altro strumento negoziale stragiudiziale dove la stima del progetto è svolta dai creditori, è necessario il vaglio di un professionista indipendente<sup>266</sup>, che tramite un elaborato<sup>267</sup>, attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano, ma soprattutto la differenza rispetto ai piani attestati è che specifichi «l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei»<sup>268</sup>.

Sempre nell'ambito degli accordi e dei piani, una novità interessante è rappresentata dall'art. 58 CCI<sup>269</sup> che prevede sia prima che dopo l'omologa la possibilità di

---

centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione».

<sup>265</sup> Per l'analisi del piano si rimanda a quanto detto per i piani attestati vd. *supra* paragrafo 1.2, compresa l'allegazione dei documenti *ex art.* 39 CCI. Si aggiunge soltanto che qui il requisito di certezza della data del piano è data dal deposito del medesimo insieme al ricorso *ex art.* 40 CCI. Prima del 2012, già la giurisprudenza in via interpretativa prevedeva la necessità di un piano da depositare insieme agli accordi vd. Trib. Milano, decr., 15 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 1, 129.

Dal 2012, è stato risolto tramite l'inserimento della lett. e), all'art. 161, comma 2, l.f., riguardante l'elenco degli allegati alla domanda di concordato, articolo che viene espressamente richiamato dall'art. 182 *bis*.

<sup>266</sup> Per definizione *supra* nota 227. Deve essere soggetto distinto da chi redige il piano, per ovvie ragioni di indipendenza vd. in tal senso Cass. civ. sez. I, sent., 19/03/2015, n.5524.

<sup>267</sup> Utile sia per i creditori, che per i terzi estranei all'accordo, che per il tribunale in sede di omologa poiché il giudice non ha la collaborazione del commissario giudiziale.

<sup>268</sup> Art. 57, comma 4, CCI, che riprende il già citato art. 182 *bis*, comma 1 l.f.

<sup>269</sup> Art. 58 CCI dispone che «se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, è rinnovata l'attestazione [...], e il debitore chiede il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. L'attestazione deve essere rinnovata anche in caso di modifiche sostanziali degli accordi.

rinegoziare gli accordi o modificare il piano nel caso di modifiche sostanziali<sup>270</sup>. Se riguardano il piano, allora il debitore dovrà non solo rinnovare l'attestazione, ma anche le manifestazioni di consenso dei creditori perché valutino nuovamente la fattibilità del piano; se riguardano gli accordi, invece, si richiederà soltanto il rinnovo dell'attestazione.

### *3.2. Omologazione dell'accordo e pubblicazione*

Terminata l'analisi della fase stragiudiziale in cui l'imprenditore stipula gli accordi coi creditori, si passa ad una fase giudiziale nella quale è prevista l'omologazione degli accordi di ristrutturazione<sup>271</sup>.

Infatti, quest'ultimi per poter essere esenti dall'azione revocatoria ordinaria e speciale e dai reati fallimentari dovranno essere prima vagliati dall'autorità giudiziaria, non bastando l'accordo raggiunto tra i creditori e l'imprenditore.

A livello processuale il Codice prevede un procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi, anche se permangono distinzioni tra la disciplina che porta all'omologa degli accordi e la disciplina processuale del concordato.

Per quanto interessa qui l'imprenditore-debitore, come già attualmente, è l'unico legittimato a depositare un ricorso<sup>272</sup> presso il tribunale in composizione collegiale

---

Qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista [...], il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al tribunale, nelle forme di cui all'articolo 48».

<sup>270</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 37, che sostiene che per modifiche sostanziali si debbano intendere le modifiche «che possono influire sulla fattibilità del piano».

<sup>271</sup> . S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 135.

<sup>272</sup> Per le società la domanda necessita della sottoscrizione da parte di chi ha la rappresentanza sociale. L'art. 44, comma 5, CCI afferma che «per le società, la domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti [...] devono(e) essere approvate(a) e sottoscritte(a) a norma dell'articolo 265» che recita al comma 2, lett. b), CCI, che «nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori» e inoltre aggiunge che «in ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui al comma 2, lettera b), deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile».

«nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali»<sup>273</sup> per chiedere l'omologazione degli accordi. Si aggiunge che è anche prevista la possibilità per l'imprenditore di richiedere misure protettive<sup>274</sup>; la peculiarità è che nel CCI non vi è più *l'automatic stay*, ossia l'automatica applicazione delle misure protettive al momento della presentazione della domanda di omologa, ma le medesime devono essere espressamente richieste dal debitore e disposte dal tribunale<sup>275</sup>.

Sul versante della pubblicità, il Codice prevede espressamente che «la domanda del debitore, entro il giorno successivo al deposito, è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese. L'iscrizione è eseguita entro il giorno seguente»<sup>276</sup>. La norma appena citata prevede una rigida scansione temporale, obbligando il cancelliere a comunicare al registro delle imprese la domanda, a differenza della disciplina attuale che *ex art. 182 bis* onera il debitore di tale incombenza. Questa previsione dovrebbe risolvere i dubbi sulle tempistiche tra il deposito presso il tribunale e il deposito presso il registro delle imprese, nonché la discussione sulla sufficienza del deposito o sulla necessità dell'iscrizione<sup>277</sup>. Entrambe le discipline prevedono la sola pubblicazione degli accordi nel registro delle imprese, accordi che da tale momento acquistano efficacia, mentre per la relazione del professionista e gli ulteriori allegati si dovranno richiedere i documenti presso la cancelleria del tribunale; questo è dovuto ad una precisa volontà del legislatore, che non vuole pubblicizzare oltre il necessario la situazione dell'impresa che ben può trovarsi in una semplice situazione di crisi.

---

<sup>273</sup> Art. 27, comma 2, CCI. L'art. 2, comma 1, lett. m) definisce il centro degli interessi principali del debitore (COMI), come: «il luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi». Quindi rispetto a quanto fatto proprio dalla legge fallimentare, ossia il centro decisionale, si richiede in più che sia un luogo conoscibile facilmente dai terzi.

In caso contrario, si userà la presunzione, *ex art. 27, comma 3*, che «per la persona giuridica e gli enti, anche non esercenti attività impresa, (individua il COMI) con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, secondo quanto previsto nella lettera b), con riguardo al legale rappresentante».

<sup>274</sup> *Supra* nota 191.

<sup>275</sup> Su questo tema confronta art. 54, comma 2, CCI e artt. 168, commi 1 e 2 e 182 *bis*, comma 3, l.f.

<sup>276</sup> Art. 40, comma 3, CCI che aggiunge anche che «quando la domanda contiene la richiesta di misure protettive il conservatore, nell'eseguire l'iscrizione, ne fa espressa menzione. La domanda, unitamente ai documenti allegati, è trasmessa al pubblico ministero».

<sup>277</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 66.

Passando al merito, la Suprema Corte, nella sentenza già citata 12064/2019, afferma che «in coerenza con quanto [...] affermato a proposito dell'analogo tema dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla fattibilità del piano concordatario, deve essere affermato il principio secondo cui nell'accordo di ristrutturazione il giudice, nella sede dell'omologa, non è limitato dalla sola verifica di regolarità formale degli adempimenti previsti per legge, ma è tenuto a verificare tutti gli aspetti di legalità sostanziale e tra questi anche quelli inerenti la effettiva garanzia di soddisfacimento dei creditori estranei all'accordo nei tempi previsti per legge. Tale verifica va fatta in termini di plausibilità e ragionevolezza, cosicché è ben possibile negare l'omologazione ove l'accordo, per come formulato, renda di per sé irragionevole e irrealistica l'affermazione di integrale pagamento in quei termini». Questa soluzione pare conforme con la nuova direttiva 2019/1023/UE sulla ristrutturazione e sull'insolvenza che recita che «gli Stati membri (devono assicurare) assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa»<sup>278</sup>. Concluso il vaglio circa la fattibilità degli accordi di ristrutturazione, l'art. 48, comma 4°, CCI dispone che «il tribunale, decise le opposizioni<sup>279</sup> in camera di consiglio, provvede all'omologazione con sentenza<sup>280</sup>». La sentenza ai sensi del comma 6°, è trasmessa per estratto a cura del cancelliere all'ufficio del registro delle imprese per la successiva iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo. Tra le novità vi è la puntualizzazione degli effetti dell'omologazione dell'accordo per i creditori aderenti; in particolare l'art. 59, comma 1°, CCI, afferma che «ai creditori che hanno concluso gli accordi di ristrutturazione si applica l'articolo 1239 del codice civile», che prevede che la remissione del debito che viene accordata al debitore principale libera i fideiussori.

---

<sup>278</sup> Art. 10, paragrafo 3, direttiva 2019/1023/UE, vd. A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Fallimento*, 2019 (8-9), p. 997.

<sup>279</sup> In entrambe le discipline, art. 48, comma 4, CCI che riprende art. 182 *bis*, comma 4, l.f., dispone che «i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dall'iscrizione degli accordi nel registro delle imprese».

<sup>280</sup> Attualmente *ex* art. 182, comma 4, l.f. si prevede l'omologa tramite decreto motivato.

### 3.3. Accordi di ristrutturazione agevolati e ad efficacia estesa

Tra le forme particolari di accordi introdotte dal Codice, meritano di essere trattati gli accordi di ristrutturazione agevolati (d'ora in avanti «accordi agevolati») disciplinati dall'art. 60<sup>281</sup>. Costituiscono, insieme agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (d'ora in avanti «accordi ad efficacia estesa»), un possibile strumento alternativo rispetto al concordato preventivo.

Gli accordi agevolati consentono al debitore di concludere accordi di ristrutturazione con un numero di creditori che rappresenti soltanto il trenta per cento dei creditori stessi. Nella formulazione del Codice lascia alquanto perplessi la mancata estensione di questo istituto agli imprenditori in una situazione di semplice difficoltà finanziaria<sup>282</sup>; legittimati rimangono gli imprenditori in stato di crisi o insolvenza, così come previsto per gli accordi di ristrutturazione *ex art. 57 CCI*.

Si sottolinea che, per la conclusione di accordi agevolati, il Codice richiede il soddisfacimento di due condizioni; *in primis* si vuole che i creditori non aderenti vengano pagati subito dopo l'omologazione o eventualmente, se il loro credito ha una scadenza posteriore, alla relativa scadenza e in secondo luogo che il debitore non benefici delle misure protettive. Pertanto questi accordi paiono utili soltanto per i debitori che possono proporre accordi apprezzabili in termini di *quantum* e di *quando* per i creditori<sup>283</sup>.

Per quanto riguarda gli accordi ad efficacia estesa, già la legge fallimentare<sup>284</sup> prevede la possibilità, per l'imprenditore avente un debito verso banche e intermediari finanziari pari almeno al cinquanta per cento dei debiti complessivi, di prevedere l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti, ma appartenenti alla medesima categoria, individuata secondo l'omogeneità di posizione giuridica e interessi economici. Quanto detto è subordinato alle

---

<sup>281</sup> Art. 60 afferma che «la percentuale di cui all'articolo 57, comma 1, è ridotta della metà quando il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee».

<sup>282</sup> Per approfondimenti vd. A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, cit., p. 1001.

<sup>283</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 45.

<sup>284</sup> Art. 182 *septies*, commi 1 a 4, l.f. Istituto introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n.83 convertito con l. 6 agosto 2015, n. 132.

condizioni che l'accordo venga raggiunto con un numero di creditori che rappresenti almeno il settantacinque per cento dei crediti della categoria, che tutti i creditori siano stati informati e messi nelle condizioni di partecipare alle trattative e che possano essere soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili. Il Codice<sup>285</sup> ha ampliato la portata dell'istituto, innanzitutto non prevedendo più la limitazione dei debiti verso banche e intermediari finanziari che rappresentino almeno la metà dell'indebitamento; pertanto questo tipo di accordi potranno essere stipulati con ogni tipologia di creditori appartenenti alla medesima categoria. Oltre alle condizioni già previste nella legge fallimentare, per l'estensione si richiede che l'accordo abbia carattere non liquidatorio. Quindi un incentivo ad adottare un istituto che potrebbe essere un importante strumento in alternativa al concordato preventivo (vedi *infra* capitolo IV) poiché da un lato l'imprenditore ha la possibilità di scegliere il contenuto degli accordi direttamente coi propri creditori e dall'altro lato ha la possibilità di distribuire le risorse disponibili rendendo gli accordi validi per tutta la platea. Questo potrebbe consentire di superare uno dei problemi che contraddistingue gli accordi ossia il pagamento integrale dei creditori non aderenti. Si vedrà se effettivamente questo istituto potrà dare le risposte che la prassi cerca da molto tempo.

#### 3.4. Convenzione di moratoria

La legge 132 del 2015<sup>286</sup>, oltre agli accordi ad efficacia estesa ha introdotto un ulteriore strumento per provare provvisoriamente a disciplinare gli effetti della crisi, ossia la convenzione di moratoria<sup>287</sup>; quest'ultima, a differenza dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione, non ha la finalità di risolvere la crisi, ma di consentire all'impresa di prendere tempo per ricercare la soluzione più adeguata. La legge fallimentare prevede un accordo tra l'imprenditore e una o più banche o intermediari finanziari per ottenere una moratoria temporanea dei crediti.

---

<sup>285</sup> Art. 61 CCI disciplina gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa.

<sup>286</sup> Legge di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante «misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria».

<sup>287</sup> Art. 182 *septies* l.f. Sarà disciplinata dall'art. 62 CCI.

Invece, in accordo con quanto previsto dalla legge delega, il Codice amplia l'ambito di applicazione dell'istituto; così come già visto per gli accordi ad efficacia estesa, l'art. 62 CCI prevede che la convenzione di moratoria possa essere conclusa tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori. Tra le ulteriori novità, sempre in linea con la volontà del riformatore di disciplinare i contorni degli istituti in maniera analitica, si trova l'indicazione nel dettaglio dell'oggetto<sup>288</sup> della convenzione di moratoria; viene persino prevista una clausola generale, ossia che la convenzione di moratoria possa avere ad oggetto «ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito».

Affinché si possano estendere gli effetti della moratoria, il Codice richiede una serie di requisiti; in primo luogo richiede che i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria e che tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti. In secondo luogo richiede che vi siano concrete prospettive che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, possano risultare soddisfatti all'esito della stessa in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale e infine richiede che un professionista indipendente attesti la veridicità dei dati aziendali e l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi. Si evidenzia che il Codice amplia l'oggetto dell'attestazione rispetto alla relazione prevista dalla legge fallimentare, che richiede soltanto l'attestazione dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

---

<sup>288</sup> Art. 62, comma 1, CCI, dispone che «la convenzione di moratoria [...] avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito».

### 3.5. Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi

Merita un cenno l'art. 63 CCI, che riproduce l'attuale art. 182 *ter*, commi 5° e 6°, l.f. e disciplina la transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione. Dopo le modifiche apportate dalla legge di Bilancio 2017<sup>289</sup>, l'imprenditore, nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione<sup>290</sup>, può proporre una transazione fiscale, che può comportare «il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi (IVA e ritenute compresi) e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie e dei relativi accessori»<sup>291</sup>. Le sole novità portate dal CCI sono rappresentate *in primis* dal fatto che l'attestazione di un professionista indipendente debba verificare la convenienza del trattamento proposto ai crediti fiscali e previdenziali rispetto alla liquidazione giudiziale, convenienza rispetto alla liquidazione giudiziale che dovrà essere oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale. In secondo luogo si prevede «un termine di sessanta giorni entro il quale le amministrazioni devono esprimere la propria adesione, allo scopo di agevolare l'applicazione dell'art. 48, comma 5»<sup>292</sup>, che consente al tribunale di omologare gli accordi anche in mancanza dell'adesione da parte dell'amministrazione finanziaria quando l'adesione è decisiva per raggiungere le soglie previste dalla legge. Questa previsione dovrebbe servire a superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate da parte dell'amministrazione finanziaria, che si sono spesso registrate nella prassi.

---

<sup>289</sup> L. 11 dicembre 2016, n. 232.

<sup>290</sup> Siano essi accordi di ristrutturazione ordinari, agevolati o ad efficacia estesa.

<sup>291</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 141.

<sup>292</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 139.

## CAPITOLO IV – CONCORDATO PREVENTIVO

### 1. Premessa: art. 14 TUSPP

Con il Testo unico viene risolta la questione della sottoposizione delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali. Infatti, da una lettura dell'art. 14, comma 1°, TUSPP è positivamente disposto che «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 in stato di insolvenza»; dall'articolo citato si desume che la gestione della crisi delle società pubbliche viene rimessa alle procedure concorsuali presenti nel diritto comune, utilizzando un'impostazione c.d. «panprivatistica»<sup>293</sup>.

In una visione d'insieme questo intervento è chiarificatore in quanto consente di mettere un punto fermo sulla disciplina applicabile alla crisi d'impresa delle società pubbliche. Tuttavia non è innovativo poiché già la dottrina maggioritaria riteneva applicabili, ancor prima dell'entrata in vigore del Testo unico, le disposizioni di diritto comune in virtù dell'utilizzo da parte degli enti pubblici del modello societario per la gestione di attività e servizi; le società pubbliche operavano nel mercato e svolgevano attività di natura commerciale, senza vincoli di collegamento con l'ente pubblico, scegliendo pertanto di essere sottoposte alle norme di diritto comune<sup>294</sup>.

Qualche dibattito residuava con riferimento alle società *in house*, ma come detto grazie allo schema di decreto e al Testo unico stesso i dubbi sono stati dissolti; il primo testualmente afferma che «non è stata accolta l'osservazione della V Commissione che, in relazione alla disciplina delle ipotesi di crisi aziendale contenuta nell'articolo (n.d.r. art. 14 TUSPP), mira a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto alle società *in house* o strumentali: ciò in quanto, osserva il Governo, si tratta di una soluzione contraria all'impostazione privatistica

---

<sup>293</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *Nuove leggi civili*, 2019, (2), p. 431.

<sup>294</sup> Cfr. F. FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fallimento*, 2017, (2), pp. 175-181.

della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame»<sup>295</sup>. Quest'idea di fondo dell'impostazione privatistica della disciplina della crisi d'impresa si trova anche in altre parti della Relazione<sup>296</sup>. Inoltre il TUSPP, oltre al già citato art. 14, comma 1°, al comma 6° tratta della «dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti», quale risulta essere una società *in house*.

Pertanto si può affermare con certezza l'applicabilità delle disposizioni relative alle procedure concorsuali contenute nella legge fallimentare, in futuro nel CCI, e delle disposizioni sull'amministrazione straordinaria a tutte le società a partecipazione pubblica<sup>297</sup>.

## 2. *L'insuccesso dell'attuale disciplina del concordato preventivo*

Appurata l'applicazione del concordato preventivo alle società pubbliche, si rammenta che l'attuale normativa è il risultato di una serie di riforme<sup>298</sup> che si sono succedute negli ultimi quindici anni. I cambiamenti hanno largamente interessato la disciplina del concordato, con riforme non organiche, anzi talvolta di segno opposto, che da un lato hanno dato impulso ad una maggiore autonomia del

---

<sup>295</sup> Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – A.G. 297/*bis*, luglio 2016, pp. 6-7.

<sup>296</sup> Per approfondimenti vd. L. D'ORAZIO, L. MONTEFERRANTE, *Procedure concorsuali e diritto pubblico: insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, cit., pp.31 ss.

<sup>297</sup> In senso conforme in dottrina C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Nuove leggi civili*, 2016, (6), p. 1234; C.L. APPIO, D. DE FILIPPIS, *Sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2018, (4), pp. 687 ss.

<sup>298</sup> La prima imponente riforma del diritto fallimentare si ebbe con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, recante «disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale», convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80 e successivamente modificato e integrato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 «riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n. 80» e infine corretto con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Poi il Governo ha emanato il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, recante «misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», convertito con la l. 30 luglio 2010, n. 122. Due anni dopo il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, c.d. decreto sviluppo, convertito con l. 7 agosto 2012 n. 134 recante «misure urgenti per la crescita del Paese», successivamente integrato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98.

Infine vi è stato il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, recante «misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria» convertito con l. 6 agosto 2015, n. 132.

debitore, come per esempio la possibilità di presentare un concordato con riserva, mentre dall'altro lato hanno spinto nuovamente l'istituto verso una maggiore «eteronomia dirigistica statale»<sup>299</sup>.

Le riforme, essendo mosse da ideali e obiettivi differenti, hanno creato innumerevoli contrasti interpretativi e non hanno permesso alla giurisprudenza di giungere ad orientamenti stabili e univoci. Questo concetto è ben espresso dalla Relazione illustrativa al Codice che dispone che «la frequenza degli interventi normativi, di natura episodica ed emergenziale, intervenendo su disposizioni della legge fallimentare modificate da poco, ha generato rilevanti difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti e il rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali»<sup>300</sup>.

In aggiunta le innumerevoli riforme non hanno portato i risultati attesi; da un documento della Banca d'Italia emerge come la percentuale di concordati che realizzano in concreto quanto viene previsto nel piano è pari a meno di un quarto<sup>301</sup>. Questo dato mette in evidenza l'inadeguatezza dell'attuale disciplina concordataria.

### *3. La nuova disciplina dell'istituto. Finalità del concordato preventivo*

In ossequio al principio generale espresso dall'art. 2, comma 1°, lett. m), della legge delega<sup>302</sup>, che esprimeva la volontà di «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento [...]», la nuova disciplina del concordato tenta di risolvere e superare contrasti insorti sia in dottrina che in giurisprudenza, riformando alla radice l'istituto anche al fine di renderlo più adeguato agli scopi che si prefigge.

Il riformatore è ben conscio delle potenzialità dell'istituto, tanto è vero che nella Relazione si afferma che «in meccanismi di tipo negoziale – primo tra tutti il

---

<sup>299</sup> M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi; il crepuscolo del "Re"*, in *Fallimenti e Società. Osservatorio del diritto societario e fallimentare del Triveneto*, 2019, disponibile sul sito [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it), p.3.

<sup>300</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 1.

<sup>301</sup> A. DANOVÌ, S. GIACOMELLI, P. RIVA, G. RODANO, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo*, in *Questioni di economia e finanza*, 2018, (430), disponibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 3.

<sup>302</sup> L. 19 ottobre 2017, n. 155.

concordato preventivo – (si ravvisano) gli strumenti più efficaci, se correttamente adoperati, per risolvere positivamente le crisi d’impresa o per recuperare le potenzialità aziendali tuttora presenti in situazioni di insolvenza non del tutto irreversibile. Nell’ultimo decennio il legislatore si è [...] indirizzato a favorire, nei limiti del possibile, il ricorso all’istituto concordatario, e nulla induce ora a sovvertire tale linea di condotta, pur con i contemperamenti che l’esperienza ha già mostrato essere necessari»<sup>303</sup>.

Pertanto da questa disposizione si dovrebbe desumere che la nuova disciplina concordataria miri ad essere una *summa* di tutte le riforme che negli ultimi quindici anni ne hanno caratterizzato la disciplina per raggiungere la massima espressione dell’istituto in questione.

L’art. 84 CCI, nonostante sia rubricato «finalità del concordato preventivo», tratta delle modalità attraverso cui si tenta di soddisfare i creditori.

In primo luogo vengono descritte le due diverse tipologie di concordato preventivo, che nel nuovo Codice sono distinte sulla base del piano aziendale<sup>304</sup> e non con riguardo alla domanda<sup>305</sup>; pertanto il concordato viene ad essere classificato in relazione alle modalità con cui il debitore ritiene di soddisfare i creditori e non per ciò che il debitore offre ai creditori. Nel dettaglio, l’art. 84, comma 1°, CCI, afferma che «con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio». Pertanto da un lato è presente il concordato in continuità che permette di soddisfare i creditori tramite il proseguimento dell’attività d’impresa e dall’altro lato è presente il concordato liquidatorio che consente il soddisfacimento degli stessi mediante il ricavato della liquidazione. Si aggiunge che il Codice fa rientrare nel concetto di

---

<sup>303</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 65.

<sup>304</sup> F.G. TASSITANI FARFAGLIA, *La proposta e il piano di concordato preventivo*, disponibile sul sito [www.consulenzalegaleitalia.it](http://www.consulenzalegaleitalia.it), afferma che «il piano ha la diversa funzione di illustrare la descrizione analitica delle modalità e dei tempi con cui verrà adempiuta la proposta», mentre quest’ultima «consiste sostanzialmente nel contenuto negoziale del concordato». Cfr. art. 85, comma 3 e 87, comma 1, CCI e art. 161, comma 2, lett. e), l.f.

Si osserva che nel Codice sussiste qualche inesattezza sulle disposizioni applicate alla proposta e al piano. Per approfondimenti vd. V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, Neldiritto Editore, Molfetta 2019, pp.31ss.

<sup>305</sup> F. DI MARZIO, *Il concordato preventivo nel Codice dell’insolvenza. Introduzione*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 2019 (multimedia).

continuità aziendale sia quella diretta, ossia attraverso la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte dell'imprenditore che quella indiretta, dove la continuità viene assicurata da un soggetto terzo differente dall'imprenditore.

Si rammenta che la volontà del legislatore è di dare maggior peso al concordato in continuità aziendale al fine di consentire un risanamento dell'impresa in crisi, ritenendo utilizzabile il concordato liquidatorio soltanto nel caso in cui vi sia un forte incremento delle possibilità di soddisfacimento dei creditori. In tal senso si veda la disposizione di cui al comma 4° che afferma che «nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario»<sup>306</sup>.

Come frequentemente avviene nella prassi, la continuità e la dismissione patrimoniale possono coesistere in una stessa proposta; occorre che la proposta possa essere letta secondo un criterio di chiara prevalenza all'interno della pianificazione del concordato, in un'ottica di incentivazione della continuità aziendale rispetto alla liquidazione. Da questo assunto sembra possa desumersi che il riformatore non lasci più grande spazio al concordato c.d. misto; adottando il criterio della prevalenza<sup>307</sup>, già adottato dalla giurisprudenza<sup>308</sup>, sembra che la proposta ed il piano non possano che essere inquadrati all'interno di una delle due tipologie di concordato<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> La soglia del 20 % di soddisfacimento del credito chirografo era già stata introdotta col d.l. 83 del 2015 che all'art. 160, comma 4, l.f. ha disposto che «in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis».

<sup>307</sup> Una parte dell'art. 84, comma 3, CCI dispone che «nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale [...]. La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso».

<sup>308</sup> Criterio adottato da Trib. Arezzo sez. fall., decr., 11 settembre 2018, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>309</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 240.

Da tenere sempre a mente che, come è emerso da quanto detto finora, lo scopo principale del concordato è sempre il soddisfacimento dei creditori o meglio il miglior soddisfacimento dei creditori<sup>310</sup>. Il Codice ribadisce la centralità della funzione del pagamento dei creditori, facendo proprio il criterio del miglior soddisfacimento attraverso una disposizione<sup>311</sup> che, in linea con quanto richiesto dalla legge delega<sup>312</sup>, prevede che in caso di continuità aziendale il piano indichi le ragioni per le quali la continuità sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Non si deve dimenticare che non è l'unica finalità in quanto nel concordato in continuità aziendale, un'altra finalità risulta essere la regola sulla conservazione significativa dei posti di lavoro; infatti, il legislatore richiede che «dal contratto o dal titolo (sia previsto) il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione»<sup>313</sup>.

#### *4. Raffronto tra disciplina odierna e di futura applicazione*

È importante fin da subito analizzare i mutamenti apportati dalla riforma del Codice e raffrontarli con la disciplina attualmente vigente<sup>314</sup> poiché, anche se fino al 15 agosto 2020 si continuerà ad applicare la normativa presente nella legge fallimentare, la giurisprudenza<sup>315</sup> sta già osservando e applicando in via interpretativa le soluzioni offerte in ambito concordatario, prima dalla legge delega e ora dal Codice.

La nuova normativa relativa al concordato preventivo è presente in due parti del

---

<sup>310</sup> Cfr. A. PATTI., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, (9), pp. 1099 ss.

<sup>311</sup> Art. 87, comma 1, lett. f), CCI.

<sup>312</sup> Art. 2, comma 1, lett. g), legge 155 del 2017, dispone che «nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1 il Governo provvede a riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali attenendosi ai seguenti principi generali: g) dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità 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».

<sup>313</sup> Art. 84, comma 2, CCI.

<sup>314</sup> Il Titolo III della legge fallimentare intitolato «del concordato preventivo» è costituito dagli artt. 160-186 *bis*.

<sup>315</sup> *Ex plurimis* Trib. Ravenna sez. fall., decr., 15 gennaio 2018, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Codice; dal punto di vista processuale trovano applicazione le norme relative al procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi, che sono disciplinate negli artt. 40 a 48 CCI e che sono già state parzialmente analizzate con riferimento agli accordi di ristrutturazione, mentre dal punto di vista sostanziale le norme specifiche che regolano il concordato si trovano dagli artt. 84 a 120 CCI. La novità contenuta nella nuova disciplina del concordato preventivo si può riassumere in un nuovo cambio di prospettiva; il concordato non è più concentrato nel fuoco della proposta che il debitore rivolge ai creditori, ma nel fuoco del piano di superamento della crisi d'impresa che allo stesso modo il debitore propone ai propri creditori<sup>316</sup>. Ovviamente sia proposta che piano coesistono all'interno della disciplina del concordato; tuttavia nella disciplina della legge fallimentare il ruolo primario era svolto dalla domanda, mentre nel Codice questo ruolo è ampiamente svolto dal piano concordatario.

Questa differente base concettuale su cui si innesta l'istituto muta il rapporto che lega il debitore e i creditori; distinguere il concordato, non rispetto a che cosa il debitore offre, ma al come il debitore ritiene di realizzare la sua promessa fa passare il rapporto da una logica obbligatoria ad una logica d'impresa, legata alla duplice alternativa della prosecuzione o della cessazione dell'attività d'impresa. Il piano viene ad essere visto in un'ottica aziendale di attenzione e tutela dell'attività d'impresa e non come sarebbe visto in una logica obbligatoria, come modalità adempitiva. Pertanto il concordato non mira più semplicemente a pagare i creditori, ma il *focus* è sul proseguire o meno l'attività d'impresa mediante il soddisfacimento dei creditori<sup>317</sup>. Si vede ora il raffronto tra l'attuale e la disciplina di futura applicazione.

#### *4.1. I presupposti per l'accesso alla procedura*

Affinché il debitore possa presentare una proposta di concordato si richiedono dei requisiti di carattere soggettivo e oggettivo. Per quanto concerne il presupposto

---

<sup>316</sup> F. DI MARZIO, *Continuità aziendale e liquidazione nel nuovo concordato preventivo*, in *giustiziacivile.com*, 2019 (multimedia).

<sup>317</sup> *Ibidem*.

soggettivo<sup>318</sup>, l'art. 1, comma 1°, l.f. stabilisce che «sono soggetti alle disposizioni [...] sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici».

Per quanto qui interessa, restano anche esclusi gli imprenditori agricoli e i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, a meno che, formalmente, siano costituiti nelle forme delle società commerciali o organizzati in forma d'impresa e i piccoli imprenditori<sup>319</sup>. Con riguardo a questi ultimi, il comma 2° precisa che non sono soggetti a questo tipo di disposizioni gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, ma presentano congiuntamente il possesso di tre requisiti; a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti, un attivo patrimoniale<sup>320</sup> di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, nei tre esercizi antecedenti, ricavi lordi<sup>321</sup> per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila<sup>322</sup>. Se l'imprenditore supera anche solo uno dei tre limiti può essere assoggettabile alle disposizioni sul concordato.

Infine, possono scegliere di utilizzare il presente istituto anche le imprese che hanno accesso alla procedura di amministrazione straordinaria (vedi *infra* capitolo VI) poiché né la disciplina comune dettata dal d.lgs. 270 del 1999, né quella speciale

---

<sup>318</sup> L'attuale disciplina è la stessa contenuta nel nuovo Codice; mutano soltanto i riferimenti normativi che nel CCI sono l'art. 1, comma 1, integrato dalla disposizione specifica dell'art. 85, comma 1, che richiama l'art. 121 sulla liquidazione giudiziale. Art. 85 che fa anche salvo quanto previsto dall'art. 296 CCI, che consente l'accesso al concordato preventivo pure alle imprese assoggettabili esclusivamente a liquidazione coatta amministrativa.

<sup>319</sup> G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, CEDAM, Padova 2006, pp.537 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, X ed., Giuffrè Editore, Milano 2017, p. 110.

<sup>320</sup> Nella nozione di attivo patrimoniale rientrano le voci dell'art. 2424 c.c., lett. A), B), C) e D).

<sup>321</sup> Cass. civ., sez. I, sent., 27/12/13, n. 28667, afferma che nella nozione di ricavi lordi «vanno ricomprese le voci di cui all'art. 2425, lett. A), nn. 1 («ricavi delle vendite e delle prestazioni») e 5 («altri ricavi e proventi»), con esclusione delle voci da 2 a 4, e quindi, nello specifico, delle variazioni delle rimanenze».

Questa è l'unica differenza tra le due normative in quanto mentre nella legge fallimentare si parla di «ricavi lordi», nel Codice si nomina soltanto la parola «ricavi». Il riformatore ha voluto espungere il vocabolo «lordi», riferendosi genericamente alla parola «ricavi» e rimandando alla disciplina degli artt. 2425 e 2425 *bis* relativi alle modalità di iscrizione di questa voce al bilancio. Si rammenta che, così come già statuito dalla legge fallimentare, per il calcolo delle soglie, i ricavi possono risultare in qualunque modo (per approfondimento vd. Cass. civ. sez. I, ord., 26/11/2018, n. 30541).

<sup>322</sup> Disposizione contenuta anche nel CCI all'art. 2, comma 1, lett. d) (vd. *supra* nota 163).

prevista dal d.l. 347 del 2003 è regolata in via esclusiva; pertanto sarà l'imprenditore a decidere quale delle due procedure ritiene meglio utilizzare nel caso di specie<sup>323</sup>.

In aggiunta al presupposto soggettivo si richiede la presenza di un requisito oggettivo, ossia che l'imprenditore versi in stato di crisi<sup>324</sup>. È utile sottolineare che, a causa delle difficoltà interpretative ai fini dell'ammissione al concordato tra stato di crisi e di insolvenza, con la l. 23 febbraio 2006, n. 51, si è ritenuto necessario l'inserimento del comma 3° che esplicitamente prevede che «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»; perciò l'insolvenza è considerata come uno stato particolare di crisi, caratterizzato da un dissesto irreparabile<sup>325</sup>.

La legge fallimentare non chiarisce il concetto di stato di crisi, ma definisce soltanto lo stato di insolvenza come uno stato che dimostra l'incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni<sup>326</sup>. Lo stato di crisi è un concetto più ampio dello stato di insolvenza, che è arduo definire con precisione, ma che comprende oltre alla temporanea difficoltà di adempiere, anche il rischio di insolvenza, lo sbilancio patrimoniale o sovraindebitamento e la riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale<sup>327</sup>.

Come visto il Codice, anche se tramite una diversa sistematica, richiede gli stessi presupposti soggettivi per l'accesso alla procedura; per quanto concerne il requisito oggettivo risolve brillantemente le criticità presenti, in quanto dando una definizione di crisi e di insolvenza<sup>328</sup> nei primi articoli, il legislatore permette di comprendere facilmente quando l'art. 85, comma 1°, CCI dispone che «per proporre il concordato l'imprenditore, soggetto a liquidazione giudiziale [...], deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza»<sup>329</sup>.

---

<sup>323</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., pp. 11-12.

<sup>324</sup> Art. 160, comma 1, l.f. Prima della riforma apportata dal d.l. 35 del 2005, il requisito oggettivo richiesto per l'ammissione al concordato preventivo era costituito dall'insolvenza.

<sup>325</sup> C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano 2014, p.64.

<sup>326</sup> Art. 5, comma 2, l.f.

<sup>327</sup> Per approfondimenti vd. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., pp.332-333.

<sup>328</sup> Per la differenza *supra* nota 115.

<sup>329</sup> Art. 85, comma 1, CCI.

Dalle definizioni si denota che la crisi e l'insolvenza sono due concetti distinti e che la prima non è più comprensiva della seconda, ma è un *prius* rispetto alla seconda fattispecie che si potrà verificare soltanto precedentemente.

#### 4.2. *La proposta e il piano di concordato*

Appurati i requisiti dei soggetti legittimati ad usufruire dello strumento del concordato preventivo, si cerca ora di analizzare le peculiarità della proposta e del piano di concordato<sup>330</sup>; nonostante l'utilizzo, talvolta improprio dei due termini da parte del legislatore, si tenterà di distinguere nel modo più chiaro possibile il contenuto dei due concetti. Come detto, nella nuova disciplina, la proposta presenta un ruolo più marginale rispetto a quello che aveva nella legge fallimentare, ma contenutisticamente non presenta grandi novità.

L'art. 160 l.f., futuro art. 85 CCI, attribuisce al piano delle previsioni, che in realtà dovrebbero essere contenute nella proposta<sup>331</sup>; *in primis* la proposta ha una grande flessibilità di contenuti dato che si afferma che debba prevedere «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma»<sup>332</sup>. Da ricordare soltanto che, in linea con la disciplina contrattualistica, si pretende che la proposta di concordato abbia ad oggetto il riferimento ad una prestazione possibile, lecita, determinata o determinabile<sup>333</sup>; altrimenti la stessa risulterebbe inammissibile perché non si potrebbe consentire alla maggioranza dei creditori di obbligare la minoranza dissenziente ad una soluzione che potrebbe comportare la perdita di un diritto soggettivo senza nessuna controprestazione.

In secondo luogo si consente la possibilità di suddividere i creditori in classi<sup>334</sup> e di attribuire trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse<sup>335</sup>, in deroga al principio generale della *par condicio creditorum*.

---

<sup>330</sup> Per le rispettive definizioni vd. *supra* nota 304.

<sup>331</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., pp. 31-32.

<sup>332</sup> Art. 160, comma 1, lett. a), l.f. corrispondente all'art. 85, comma 3, lett. a), CCI.

<sup>333</sup> Cfr. Trib. Treviso sez. II, decr., 1° giugno 2016, disponibile sulla banca dati *dejure*.

<sup>334</sup> Art. 2, comma 1, lett. r), CCI dispone per classe di creditori si intende «l'insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei», così come viene già esplicitato dall'art. 160, comma 1, lett. c), l.f.

<sup>335</sup> Art. 160, comma 1, lett. c) e d), l.f. corrispondente all'art. 85, comma 3, lett. c) e d). Cfr. S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. fall.*, 2010, (5), pp. 551 ss.; G. BOZZA, *La proposta di*

Fino all'odierna disciplina, un tema discusso riguarda la questione se la suddivisione dei creditori in classi sia una facoltà o un obbligo del debitore<sup>336</sup>; si preferisce la prima opzione, basandosi sulla considerazione che la suddivisione è vista come un'agevolazione per favorire il debitore e l'omologazione del concordato.

Il Codice, innovando rispetto al passato, nell'ottica soprattutto di tutelare maggiormente alcuni tipi di creditori, dispone l'obbligatorietà della formazione delle classi per alcuni tipi di creditori<sup>337</sup>.

Resta fermo uno dei principi cardine della disciplina delle classi, ossia il fatto che il trattamento stabilito per ciascuna classe non debba alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione; per questo motivo i creditori postergati non possono essere soddisfatti prima dell'integrale soddisfacimento dei creditori chirografari<sup>338</sup>.

In terzo ed ultimo luogo il Codice dispone che nella proposta «i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato»<sup>339</sup>.

Sul versante della tipologia, tenendo a mente la distinzione tra concordato con continuità aziendale e liquidatorio, che sarà una scelta dell'imprenditore, la proposta potrà avere la forma del concordato con garanzia ovvero del concordato

---

*concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina, in Fallimento, 2005, (10), pp. 1208 ss.*

<sup>336</sup> Vd. *ex plurimis* Trib. Mantova, decr., 7 marzo 2013, n. 8784, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); D. GALLETI, *Classi obbligatorie? No, grazie!* in *Giur. comm.*, 2010, (2), pp. 343 ss.

<sup>337</sup> Art. 85, comma 5, CCI afferma che «la formazione delle classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate».

<sup>338</sup> In tal senso vd. Cass. civ. sez. I, sent., 21/06/2018, n. 16348 che dispone che «nel concordato preventivo, la proposta del debitore può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con il riconoscimento del diritto di voto ai creditori postergati che siano stati inseriti in apposita classe, purché il trattamento previsto per questi ultimi sia tale da non derogare alla regola del loro soddisfacimento sempre posposto a quello integrale degli altri creditori chirografari».

<sup>339</sup> Art. 85, comma 7, CCI che riproduce sostanzialmente l'art. 160, comma 2, l.f. tranne l'ultimo inciso dell'articolo che afferma «al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente».

con assuntore; nel primo caso l'esecuzione della proposta necessita di essere salvaguardata da idonee garanzie che siano pari al controvalore degli interventi previsti nel piano di concordato, mentre nel secondo caso un terzo assume gli obblighi derivanti dal concordato a causa dell'accollo dei debiti, in cambio del trasferimento al terzo-assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato. In questa seconda tipologia di concordato<sup>340</sup>, il debitore può essere o meno liberato dalle obbligazioni, ma la presunzione è che rimanga obbligato, a meno che non sia specificamente previsto il contrario.

Nel piano concordatario, invece, il debitore, così come affermato dalla legge fallimentare e dal Codice<sup>341</sup>, dovrà dettagliatamente stabilire le modalità e i tempi per fronteggiare la crisi e raggiungere gli obiettivi della proposta. Solamente il Codice puntualizza che la proposta debba fondarsi su un piano fattibile e contenente i requisiti previsti dall'art. 87 CCI<sup>342</sup>. Analiticamente il Codice dispone che il piano debba indicare una serie di requisiti: «a) le cause della crisi», che sono il *prius* da rimuovere per ristrutturare efficientemente l'impresa; «b) la definizione delle strategie d'intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria» per consentire di avere un'idea sulla buona riuscita del piano stesso. Dovrebbero essere espressi anche i tempi di esecuzione del concordato poiché, così come previsto dalla Cassazione<sup>343</sup>, il piano dovrebbe permettere che i creditori siano soddisfatti in tempi ragionevoli e in misura non minimale; «c) gli apporti di finanza nuova, se previsti», soprattutto nel concordato liquidatorio dove sono richiesti come condizione di ammissibilità; «d) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero». È palese che i creditori, per poter valutare ed esprimere la convenienza della proposta devono conoscere le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili e soprattutto le prospettive di recupero nelle singole situazioni; tuttavia è una disposizione che può creare dei rischi a causa della difficoltà della valutazione, che se differente da quella espressa dal tribunale

---

<sup>340</sup> Disciplinato nell'art. 160 l.f. e riproposto nell'art. 85, comma 3, lett. b) e 4, CCI.

<sup>341</sup> Art. 161, comma 2, lett. e), l.f. corrispondente all'art. 87, comma 1, CCI.

<sup>342</sup> Art. 85, comma 2, CCI.

<sup>343</sup> Cass. civ. sez. unite, sent., 23/01/2013, n. 1521.

potrebbe portare ad una declaratoria di inammissibilità<sup>344</sup>; «e) i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti». Disposizione molto interessante, relativa alla suddivisione temporale delle singole attività, che dovrebbe consentire «di superare le attuali incertezze relative alla gestione nella fase esecutiva del concordato allorquando si verificano situazioni che impongono uno scostamento rispetto alle previsioni di piano e dall'altro di consentire un controllo sul rispetto dell'attuazione dello stesso»<sup>345</sup>; «f) in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori». Dato che la continuità aziendale è, *in re ipsa*, più aleatoria per il soddisfacimento dei creditori, il legislatore richiede un'ulteriore motivazione del perché sia più funzionale; «g) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura»<sup>346</sup>.

Un ulteriore adempimento, richiesto dal legislatore di entrambe le normative<sup>347</sup>, è l'attestazione che deve effettuare un professionista indipendente in relazione alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano. La relazione deve essere completa, analitica e soprattutto deve contenere un'adeguata motivazione della fattibilità del piano<sup>348</sup>. Si richiede una nuova relazione in caso di modifiche sostanziali del piano o della proposta. In caso di continuità aziendale si richiede ulteriormente che la relazione attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori<sup>349</sup>.

L'attestatore è nominato dal debitore, ma svolge un compito che è di ausilio per l'autorità giudiziaria<sup>350</sup>. Infatti, la relazione consente immediatamente al tribunale, in una situazione di urgenza, di avere a disposizione un'analisi sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, che permette un primo vaglio

---

<sup>344</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., p. 47.

<sup>345</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p.166.

<sup>346</sup> Art.87, comma 1, CCI.

<sup>347</sup> Art. 161, comma 2, l.f. corrispondente all'art. 87, comma 2, CCI.

<sup>348</sup> C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, cit., p.135.

<sup>349</sup> Art. 186 *bis*, comma 2, lett. b), l.f. corrispondente all'art. 87, comma 3, CCI.

<sup>350</sup> M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa: il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Milano 2013, p.14.

da parte dell'autorità stessa sulla fattibilità giuridica ed economica del piano. Questa valutazione è funzionale all'ammissione del debitore alla procedura di concordato.

#### *4.3. Domanda di accesso al concordato ed effetti del suo deposito*

L'unico legittimato ad accedere ad una procedura di concordato preventivo è il debitore. Infatti, la legittimazione dei creditori di effettuare proposte concorrenti (vedi *infra* paragrafo 4.4) è pur sempre condizionata alla presentazione di un'istanza da parte del debitore ed è solamente accessoria ed eventuale.

La domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo è proposta tramite un ricorso presentato dal debitore<sup>351</sup>; attualmente è l'art. 161 l.f.<sup>352</sup> che disciplina quale sia il tribunale competente, la forma e il contenuto del ricorso e la sua pubblicazione. Entrambe le discipline prevedono che il debitore debba presentare, insieme al ricorso, la proposta di concordato preventivo con il piano, la relativa attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e una cospicua documentazione<sup>353</sup>. Già la legge fallimentare<sup>354</sup> disciplina la facoltà per l'imprenditore di presentare un concordato in bianco o con riserva, che permette di usufruire fin da subito degli effetti che conseguono all'apertura della procedura concordataria, depositando una domanda incompleta. L'art. 161, comma 6°, l.f. afferma che l'imprenditore possa depositare unitamente alla domanda unicamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'ulteriore documentazione dovrà essere depositata nel termine assegnato dal tribunale.

Il Codice mantiene questa facoltà anche se la Relazione illustrativa considera che la nuova disciplina possa prevedere anteriormente lo svolgimento di una procedura

---

<sup>351</sup> Cfr. *supra* Capitolo III, paragrafo 3.2 dove si è trattato degli accordi di ristrutturazione e, in particolare, del procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi presente nel Codice. Per quanto concerne il ricorso, la competenza dell'autorità giudiziaria, le misure protettive, la pubblicità si applica quanto visto in quella circostanza.

<sup>352</sup> Corrispondente all'art. 40 CCI.

<sup>353</sup> Art. 161, comma 2, l.f. che corrisponde alla documentazione dell'art. 39, comma 1, CCI (vd. *supra* nota 225).

<sup>354</sup> Art. 161, comma 6, l.f. corrispondente all'art. 39, comma 3, CCI che rimanda all'art. 44, comma 1, lett. a), CCI.

non giudiziale di allerta e composizione assistita della crisi, che potrebbe far decadere le condizioni che consentono la proposizione di domande di concordato con riserva con la successiva presentazione della proposta e del piano. «Non si è però reputato di dover espungere tale possibilità dal sistema, anche tenuto conto che 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»<sup>355</sup>.

Sul versante degli effetti della presentazione della domanda il Codice non presenta innovazioni sostanziali rispetto all'attuale disciplina<sup>356</sup>, ponendosi in linea di continuità con la normativa vigente.

L'art. 167, comma 1°, l.f.<sup>357</sup> afferma che durante la procedura di concordato preventivo si verifica il fenomeno dello spossessamento attenuato; significa che fino all'omologazione, il debitore conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale<sup>358</sup>. Questo comporta un'intromissione da parte della pubblica autorità nella vita dell'impresa. Collegato a quanto appena detto, il comma 2° elenca una serie di atti, eccedenti l'ordinaria amministrazione, che richiedono l'autorizzazione del giudice delegato<sup>359</sup> per poter essere compiuti; il tribunale, con decreto, può stabilire un limite di valore al di sotto del quale l'autorizzazione non sia dovuta.

---

<sup>355</sup> Relazione allo schema, cit., pp. 66-67.

<sup>356</sup> Art. 167, 168, l.f. corrispondenti all'art. 94 CCI.

<sup>357</sup> Corrispondente all'art. 94, comma 1, CCI.

<sup>358</sup> La disciplina sul commissario giudiziale è presente all'art. 165 l.f. corrispondente all'art. 92 CCI, che, oltre all'applicazione di alcune norme relative al curatore, ai commi 1, 3, 4 e 5 dispone che «il commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale. Il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. [...] La disciplina di cui al terzo comma si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163-bis (concorrenti). Il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni».

<sup>359</sup> Per approfondimenti sui poteri del giudice delegato vedi *infra* capitolo V, paragrafo 2.1.

Questa norma si integra con l'art. 161, comma 7°, l.f.<sup>360</sup>, che nel Codice viene riprodotto da una disposizione contenuta nella disciplina del procedimento unitario, dalla quale si ricava che, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione-apertura alla procedura, il debitore può compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione, soltanto previa autorizzazione del tribunale; in caso di mancata autorizzazione, gli atti sono inefficaci nei confronti dei creditori.

Innovando rispetto alla legge fallimentare, l'art. 94, comma 3°, CCI prevede la possibilità di concedere un'autorizzazione prima dell'omologazione, ma soltanto se l'atto sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; insomma, una novità introdotta per raggiungere l'obiettivo principale che la procedura si propone di realizzare<sup>361</sup>. Un'ulteriore novità riguarda l'alienazione e l'affitto di azienda, di rami di azienda e di specifici beni, autorizzati dal giudice delegato, che devono essere effettuati tramite procedure competitive, previa stima ed adeguata pubblicità; tuttavia, in caso di urgenza, il tribunale può derogare a quanto appena affermato e procedere senza dar luogo a pubblicità e alle procedure competitive. Questo risulta possibile soltanto se le lungaggini temporali potrebbero compromettere l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento<sup>362</sup>.

A differenza del Codice, la legge fallimentare<sup>363</sup> riporta testualmente che il debitore possa compiere atti di ordinaria amministrazione<sup>364</sup>. Nonostante questa mancanza all'interno del Codice, entrambe le discipline dispongono che eventuali crediti di terzi che dovessero sorgere per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sarebbero considerati crediti di natura prededucibile<sup>365</sup>. Con l'uso dell'avverbio «legalmente» si deduce che possano essere considerati crediti prededucibili soltanto

---

<sup>360</sup> Corrispondente all'art. 46 CCI.

<sup>361</sup> La giurisprudenza si era già attestata sulle medesime conclusioni. Cfr. Trib. Busto Arsizio sez. II., decr., 11 aprile 2018, disponibile sulla banca dati *dejure*.

<sup>362</sup> Art. 94, commi 5 e 6, CCI. Cfr. S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 163.

<sup>363</sup> Art. 161, comma 7, l.f.

<sup>364</sup> La dottrina si interroga su quali atti di ordinaria amministrazione possa compiere il debitore tra il deposito del ricorso ed il decreto di ammissione. Vd. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè Editore, Milano 2015, p. 49, che sostiene che, stante la particolare situazione, il debitore debba limitarsi al compimento di atti conservativi.

<sup>365</sup> Art. 161, comma 7, l.f. corrispondente all'art. 46, comma 4, CCI.

quelli che discendono da operazioni compiute dal debitore strettamente collegate e funzionali alla procedura di concordato stessa<sup>366</sup>.

Un altro effetto riguarda l'esclusione della possibilità da parte dei creditori di acquisire diritti di prelazione opponibili alla massa, a meno che vi sia stata un'autorizzazione da parte del tribunale<sup>367</sup>; questo perché la concessione di un diritto di prelazione è considerata un atto di straordinaria amministrazione, che necessita di una specifica autorizzazione. La stessa norma prevede ancora che le ipoteche giudiziali siano inefficaci rispetto ai creditori anteriori se sono state iscritte nei novanta giorni precedenti alla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso; questo consente di preservare la *par condicio creditorum*<sup>368</sup>.

Sul versante processuale, il tribunale può ritenere inammissibile la domanda di concordato<sup>369</sup>. Si può verificare qualora non ricorrano i presupposti prescritti dalla legge<sup>370</sup>; nel dettaglio, il tribunale dovrà accertare in primo luogo che siano soddisfatti i requisiti richiesti per l'accesso alla procedura, soggettivi, oggettivi e relativi alla proposta e al piano, e in secondo luogo che il debitore abbia presentato tutta la documentazione richiesta. Inoltre dovrà analizzare il contenuto della proposta; come osservato anche dalla giurisprudenza di merito<sup>371</sup>, il tribunale dovrà verificare soltanto che il debitore abbia rispettato i presupposti richiesti dalla legge. Si dovrà astenersi dal valutare la convenienza della proposta di concordato che è riservata ai creditori; infatti, la giurisprudenza di legittimità<sup>372</sup> afferma che la valutazione sulla convenienza della proposta, intesa come fattibilità economica del piano, è legata a un giudizio prognostico che presenta margini di opinabilità e che pertanto deve essere demandato all'esclusivo giudizio dei creditori.

Il Codice, in antitesi a quanto finora detto, dispone esplicitamente che il tribunale debba verificare «l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano». Dalla previsione secondo cui il tribunale deve valutare la fattibilità

---

<sup>366</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., p.71.

<sup>367</sup> Art. 168, comma 3, l.f. corrispondente all'art. 46, comma 5, CCI.

<sup>368</sup> V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, cit., p.71.

<sup>369</sup> Art. 163, comma 1, l.f. corrispondente all'art. 47, comma 1, CCI.

<sup>370</sup> Artt. 160, commi 1 e 2, e 161 l.f.

<sup>371</sup> *Ex plurimis* Trib. Roma, decr., 20 aprile 2010, in *Fallimento* 2010, 11, 1336.

<sup>372</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 06/11/2013, n. 24970.

economica del piano si desume un notevole ampliamento del potere dell'autorità giudiziaria; quest'ultima dovrà pertanto accertare un ulteriore aspetto, riappropriandosi di un potere di valutazione che, come visto, attualmente è rimesso alla sola determinazione dei creditori<sup>373</sup>.

Terminate positivamente le valutazioni, il tribunale emana un decreto di apertura della procedura di concordato preventivo. L'art. 163, comma 2°, l.f.<sup>374</sup> dispone che il decreto debba nominare un giudice delegato e un commissario giudiziale, stabilire un termine, divenuto perentorio nella riforma, non superiore a quindici giorni entro il quale il ricorrente debba depositare nella cancelleria del tribunale la somma pari al 50 % delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 % di tali spese, che sia determinata dal giudice e ordinare la convocazione dei creditori non oltre centoventi giorni dalla data del provvedimento.

Con riguardo alla convocazione, il d.l. 59 del 2016, convertito dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, ha introdotto la possibilità per il tribunale, in relazione al numero dei creditori e all'entità del passivo, di stabilire che l'adunanza avvenga in via telematica, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori. Mentre nella legge fallimentare questa modalità si presenta come una facoltà del tribunale, nel Codice invece rappresenta l'unica regola. Il Codice non parla di adunanza dei creditori, ma statuisce soltanto che il tribunale, in relazione al numero dei creditori, all'entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, stabilisce la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori. L'eliminazione dell'adunanza dei creditori è un'enorme novità, dato che nella disciplina odierna rappresenta il fulcro della procedura<sup>375</sup>.

#### *4.4. Proposte concorrenti ed offerte concorrenti*

Prima di analizzare la fase deliberativa del concordato, si rammenta che, nell'attuale disciplina<sup>376</sup>, l'imprenditore non è l'unico soggetto legittimato a proporre un

---

<sup>373</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 87.

<sup>374</sup> Corrispondente all'art. 47, comma 1, CCI per quanto concerne gli elementi presenti nel decreto.

<sup>375</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 181.

<sup>376</sup> Art. 163, comma 4, 5, 6 e 7, l.f., futuro art. 90 CCI rubricato «proposte concorrenti».

concordato preventivo; infatti, per i creditori, il d.l. 83 del 2015 ha introdotto la possibilità di effettuare proposte concorrenti e alternative a quella presentata dal debitore. Questa nuova disciplina, dato che consente ad un soggetto terzo di disporre del patrimonio del debitore, è speciale e derogatoria dei principi civili e concorsuali. Tuttavia rispecchia l'evoluzione del concordato preventivo, ispirata dalla necessità di trovare soluzioni che permettano la continuità dell'impresa al posto della liquidazione della stessa<sup>377</sup>, utilizzando anche istituti che sottraggono in parte la ristrutturazione dell'impresa dalla piena ed esclusiva disponibilità del debitore<sup>378</sup> al fine di evitare frodi da parte dello stesso. Infatti, nella Relazione del d.l. 83 del 2015, si afferma che tra i vari scopi del decreto si trova quello di «[...] offrire ai creditori strumenti per impedire al debitore di presentare proposte che non rispecchino il reale valore dell'azienda».

Nel dettaglio, la legge fallimentare dispone che uno o più creditori, che rappresentino almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale<sup>379</sup>, hanno la possibilità di presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori, che diventerà non oltre trenta giorni prima della data iniziale stabilita per la votazione dei creditori.

Per assicurare concorrenza e trasparenza della procedura, il Codice aggiunge soltanto che la proposta concorrente non possa essere presentata «dal debitore, neppure per interposta persona, [...] e da parti correlate»<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella “nuova” disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, (5), p. 871.

<sup>378</sup> D. FOÀ, *Proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, 2018, disponibile sul sito [www.giuricivile.it](http://www.giuricivile.it).

<sup>379</sup> Art. 163, comma 4, l.f., futuro art. 90, comma 2, CCI dispone che «ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo».

<sup>380</sup> Art. 90, comma 3, CCI. Per parti correlate la definizione dell'art. 2, comma 1, lett. l), CCI rimanda «a quelle indicate come tali nel Regolamento della Consob in materia di operazioni con parti correlate». La Relazione allo schema di Codice, cit., pp. 168-169 afferma che «si intendono per parti correlate i soggetti, costituiti in forma societaria, controllati, controllanti o sottoposti a comune controllo, anche in relazione alla composizione degli organi amministrativi o in relazione a legami di carattere contrattuale».

Sul versante del contenuto<sup>381</sup>, si lascia libertà al proponente di decidere quale sia, prevedendo la possibilità di intervento di terzi e, nel caso di società per azioni o a responsabilità limitata, un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione per permettere l'ingresso di nuova finanza.

Alla proposta si deve allegare, oltre al già citato piano, la relazione del professionista, che, per evitare inutili costi, può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non sono già stati oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale nell'ambito della sua relazione.

Sull'inammissibilità delle proposte concorrenti, la legge afferma che nel caso in cui il debitore, nella propria proposta, assicuri il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato in continuità, di almeno il trenta per cento, allora le proposte concorrenti saranno inammissibili. Il Codice dà maggiori possibilità di scelta al debitore, consentendogli di formulare una proposta, che assicuri il pagamento di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, al fine di rendere inammissibili le proposte concorrenti. Inoltre il Codice lega la disposizione dell'art. 90, comma 5°, con gli articoli 24 e 25 del Codice, «disponendo, quale misura premiale per il debitore che abbia tempestivamente intrapreso una procedura di allerta o utilmente avviato quella di composizione assistita della crisi, che la percentuale sia ridotta al venti per cento»<sup>382</sup>.

In queste circostanze il legislatore, nell'equilibrare i differenti interessi in gioco, preferisce dar prevalenza alla proposta originaria del debitore, che consente una non trascurabile soddisfazione del ceto creditorio, non ritendendo opportuno, in tali casi, derogare ai principi di diritto comune<sup>383</sup>. Insomma questa previsione è un grandissimo incentivo per il debitore circa l'elaborazione di un piano che consenta queste determinate percentuali di soddisfazione in maniera tale da escludere a priori la presentazione di proposte concorrenti che potrebbero dover cambiare i piani dell'imprenditore.

---

<sup>381</sup> Art. 163, comma 5, l.f., futuro art. 90, comma 6, CCI.

<sup>382</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 169.

<sup>383</sup> F. BRIZZI, *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e governance dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2017, (2), p. 351.

Per permettere ai creditori di presentare delle proposte concorrenti<sup>384</sup> e al debitore di modificare la propria domanda, l'art. 163, comma 2°, secondo punto, l.f.,<sup>385</sup> come pocanzi visto, afferma che tra la data del decreto di apertura della procedura e quella della convocazione dei creditori debba intercorrere un termine, che fissa in un massimo di centoventi giorni. Questo termine temporale sostituisce il termine di trenta giorni presente prima della riforma, che permette la presentazione delle proposte concorrenti. Collegato a questo termine si sottolinea che sia la proposta del debitore che quelle concorrenti possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori<sup>386</sup>. Infine l'art. 175, comma 2°, l.f.<sup>387</sup> dispone che «ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti. Il debitore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o fattibili le eventuali proposte concorrenti».

Oltre alle proposte concorrenti, nello stesso anno è stata prevista la normativa sulle offerte concorrenti, introdotta con il fine primario di scoraggiare il ricorso a piani c.d. precompilati, incoraggiando i terzi a mettersi in competizione con gli offerenti individuati dal debitore. I piani preconfezionati erano i piani concordatari al cui interno il debitore presentava i termini di un'offerta da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni. In questi casi i creditori potevano soltanto accettare o rifiutare la proposta nella sua interezza e non potevano in alcun modo modificare il prezzo o le condizioni della singola cessione<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> Si rammenta che devono essere presentate almeno 30 giorni prima dell'adunanza dei creditori.

<sup>385</sup> Modificato dal d.l. 83 del 2015; prima era di 30 giorni. Ripreso dall'art. 47, comma 1, lett. c), CCI che però non impone un termine massimo di centoventi giorni, ma lascia la discrezionalità al tribunale. Testualmente dispone che il tribunale con decreto «stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori».

<sup>386</sup> Art. 172, comma 2, l.f. futuro art. 90, comma 8, CCI che prevede un termine di venti giorni prima della votazione dei creditori per la modifica delle proposte.

<sup>387</sup> Art. 107, comma 4, secondo e quarto inciso, CCI.

<sup>388</sup> R. BENEDINI, *Concordato preventivo: profili di elusività rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, (3), p. 416.

Per ovviare a questo possibile uso distorto del piano da parte del debitore, l'art. 163 *bis* l.f.<sup>389</sup> dispone che, quando il piano di concordato si avvale di un'offerta irrevocabile su uno degli oggetti appena indicati, il tribunale procede ad una ricerca di soggetti interessati all'acquisto<sup>390</sup>, potendo dare avvio ad un procedimento competitivo; tutto questo serve a ricercare la massimizzazione del valore aziendale e di conseguenza il miglior soddisfacimento dei creditori<sup>391</sup>.

Nel Codice la disciplina è stata estesa anche ai contratti che comportino il trasferimento non immediato dell'azienda, di suoi rami o di specifici beni. La Relazione specifica che in quel caso «i beni sono solo quelli facenti parte del perimetro aziendale, essendosi voluto evitare il rischio che debbano essere rimessi in discussione anche contratti preliminari aventi ad oggetto i beni prodotti dall'impresa che il debitore potrebbe aver stipulato anche molto tempo prima del manifestarsi della situazione di crisi»<sup>392</sup>.

Per quanto riguarda le offerte, esse sono da presentarsi in forma segreta e non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo, che stabilisce le modalità di presentazione delle offerte stesse. Se pervengono più offerte migliorative, il giudice disporrà la gara tra gli offerenti; quest'ultima dovrà avvenire prima dell'adunanza dei creditori per permettere loro di essere a conoscenza del prezzo di alienazione del bene e di consentire al debitore di modificare la proposta e il piano in conformità all'esito della gara. Qualora nessun offerente partecipasse alla gara ovvero le offerte depositate si dovessero ritenere inefficaci in quanto non conformi al decreto del tribunale, il bene andrà comunque aggiudicato a colui il quale aveva proposto l'offerta originaria iniziale.

La giurisprudenza di merito ha più volte statuito che l'art. 163 *bis* l.f. debba trovare applicazione anche qualora i presupposti di tale istituto non si siano completamente verificati ma che, in concreto, comportino effetti analoghi, ossia il trasferimento di

---

<sup>389</sup> Futuro art. 91 CCI.

<sup>390</sup> Art. 91, comma 1, CCI dispone che «il tribunale o il giudice da esso delegato dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti».

<sup>391</sup> D. FOÀ, *Proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, cit.

<sup>392</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 170.

beni aziendali ad un soggetto scelto a priori attraverso una trattativa privata<sup>393</sup>. Il pericolo è che la disciplina delle offerte concorrenti comporti un'ulteriore burocratizzazione e un aumento considerevole dei costi e dei tempi della procedura in nome dei principi di competitività e concorrenza.

In sintesi, la differenza tra le due normative è che, mentre nelle proposte concorrenti il proponente è il soggetto che effettua materialmente la proposta e il piano e, qualora prevalga nella votazione, diviene anche il soggetto principale della procedura, nelle offerte concorrenti il terzo offerente ha soltanto il potere di mostrare il proprio interesse e la propria volontà di definire un accordo con il debitore, ma poi la predisposizione della proposta e del piano continua ad essere di competenza del debitore<sup>394</sup>.

#### *4.5. Voto ed omologazione*

Entrando nella fase deliberativa del concordato, nell'attuale disciplina è ancora prevista, per il tribunale, la facoltà di convocare l'adunanza dei creditori, che pertanto continuerà ad essere un istituto fondamentale della procedura fino a quando entrerà definitivamente in vigore la nuova normativa.

L'adunanza dei creditori<sup>395</sup> integra il luogo dove, in un unico contesto e sotto la direzione del giudice delegato, alla presenza obbligatoria del debitore e facoltativa dei creditori, si discutono e si votano le proposte presentate dal debitore ed eventualmente dai creditori. Dopo le attività illustrative del commissario giudiziale<sup>396</sup>, incomincia la fase della discussione delle proposte, ove ogni creditore ha la facoltà di esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti. Pure il debitore ha la facoltà, in relazione alle proposte concorrenti, di esporre le ragioni per le quali non le ritiene ammissibili o fattibili e la facoltà di rispondere e

---

<sup>393</sup> *Ex plurimis* Trib. Catania sez. fall., sent., 14 luglio 2016, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>394</sup> G.S. PRESTIPINO, *Proposte e offerte concorrenti: presupposti, differenze, interazioni*, 2016, disponibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it), p.8.

<sup>395</sup> Art. 174 l.f.

<sup>396</sup> Art. 175, comma 1, l.f. rubricato «discussione della proposta di concordato» dispone che «nell'adunanza dei creditori il commissario giudiziale illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore e quelle eventualmente presentate dai creditori ai sensi dell'articolo 163, comma quarto».

contestare i crediti, ma anche il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti<sup>397</sup>.

La soppressione dell'adunanza dei creditori non significa che i creditori non debbano più esprimere un giudizio sulle proposte di concordato, ma significa soltanto che cambiano le modalità di espressione dei giudizi e del voto al fine di rendere il procedimento più snello e più celere. Già nella legge fallimentare<sup>398</sup> si consentiva al tribunale di disporre che l'adunanza fosse svolta in via telematica e che la discussione sulla proposta del debitore e sulle eventuali proposte concorrenti fosse disciplinata attraverso un decreto reso dal giudice delegato almeno dieci giorni prima dell'adunanza.

La riforma prevede una rigida scansione temporale delle attività<sup>399</sup>, che oggigiorno sono svolte all'interno dell'adunanza dei creditori e che nel Codice si svolgeranno con modalità telematiche, ma che nella sostanza rimarranno pressoché immutate. Si richiede che almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto il commissario giudiziale illustri la sua relazione e le proposte definitive del debitore e quelle eventualmente presentate dai creditori ai creditori stessi, al debitore e a tutti gli altri interessati; almeno dieci giorni prima, il debitore, coloro che hanno formulato proposte alternative, e i creditori formulino osservazioni e contestazioni al commissario giudiziale. Inoltre il Codice riporta le facoltà previste per i creditori e il debitore dall'art. 175, commi 3° e 4°, l.f.

Una novità è che al termine di questo contraddittorio svolto tra le parti con modalità telematiche, il commissario giudiziale deposita la propria relazione definitiva e la comunica ai creditori, al debitore ed agli altri interessati entro cinque giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

Pertanto terminata la discussione o nella riforma l'articolato scambio di corrispondenza digitale al fine di garantire il contraddittorio tra i soggetti coinvolti, si procede al voto, che riguarda tutte le proposte, seguendo, per quanto riguarda le proposte dei creditori, l'ordine temporale del loro deposito<sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> Art. 175, commi 3 e 4 l.f.

<sup>398</sup> Art. 175, comma 2, secondo periodo l.f. come modificato dal d.l. 59 del 2016, convertito dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

<sup>399</sup> Art. 107, commi 3, 4, 6, CCI.

<sup>400</sup> Art. 175, comma 5, l.f. corrispondente all'art. 107, comma 2, CCI.

Vigendo il principio della maggioranza<sup>401</sup>, la proposta di concordato è approvata dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. La regola della maggioranza prevede un'eccezione nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori; infatti, in tale ipotesi, viene richiesta un'ulteriore maggioranza, che deve sussistere anche nel maggior numero di classi.

Il Codice aggiunge una nuova eccezione alla regola della maggioranza nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto; in tali casi, si richiede anche la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto.

Qualora ci fossero più proposte, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, si ritiene approvata quella del debitore ovvero quella presentata per prima in caso di parità tra creditori. In caso di mancata approvazione di qualunque proposta con il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto, il giudice delegato rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto.

Nel 2015<sup>402</sup> è stata abrogata la regola del «silenzio assenso», introdotta tre anni prima<sup>403</sup>, in virtù della quale il silenzio del creditore avente diritto di voto era da intendersi come assenso alla proposta concordataria e pertanto veniva conteggiato per il calcolo della maggioranza. Si è fatta marcia indietro e si è tornati al regime precedente del silenzio dissenso, con una sola novità ossia che, nei venti giorni successivi all'adunanza, il creditore che non ha esercitato il proprio diritto di voto, può esercitarlo liberamente sia esprimendo un assenso al concordato che un dissenso<sup>404</sup>.

Qualora una proposta di concordato venga approvata, si inizierà la fase dell'omologazione<sup>405</sup>, che prevede un'udienza in camera di consiglio dinnanzi al giudice delegato, con la presenza delle parti e del commissario giudiziale.

---

<sup>401</sup> Art. 177 l.f. rubricato «maggioranza per l'approvazione del concordato» corrispondente all'art. 109, CCI.

<sup>402</sup> D.l. 83 del 2015.

<sup>403</sup> D.l. 83 del 2012.

<sup>404</sup> Art. 178, comma 4, l.f. Vd. R. AMATORE, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano 2016, p. 121.

<sup>405</sup> Art. 180 l.f. rubricato «giudizio di omologazione» corrispondente all'art. 48 CCI.

All'esito dell'udienza il tribunale, se non sono proposte opposizioni<sup>406</sup>, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato<sup>407</sup>, comunicato al debitore e al commissario giudiziale, che provvede a darne notizia ai creditori. Il Codice, invece, ritorna al passato, ampliando nuovamente il giudizio del tribunale, che oltre a quanto già previsto attualmente, deve verificare che sussistano ancora, come nella fase di apertura della procedura di concordato, i requisiti dell'ammissibilità giuridica della proposta e della fattibilità economica del piano; infine, provvede con sentenza sulla domanda di omologazione del concordato.

La normativa non prevede quali siano gli effetti dell'omologa del concordato per il debitore, disponendo soltanto che il medesimo debba rispettare gli impegni contenuti all'interno della proposta concordataria. Ciononostante si ritiene che gli stessi si esplichino nell'esdebitazione parziale, nel riacquisto della piena capacità di disporre del proprio patrimonio, compreso il compimento degli atti di straordinaria amministrazione e della piena capacità processuale pure con riferimento alle azioni esecutive<sup>408</sup>.

#### *4.6. Concordato preventivo di gruppo nel Codice*

Attualmente nella legge fallimentare non esistono norme in tema di gruppo. La giurisprudenza ha provato a trattare la tematica relativa ai gruppi di imprese societarie in relazione all'ammissione ad una procedura di concordato preventivo. Anche se non si prescindeva dalla possibilità di impostare un piano di risanamento congiunto, si sottolineava il principio dell'autonomia e della distinta personalità

---

<sup>406</sup> Art. 180, comma 4, l.f. corrispondente integralmente all'art. 48, comma 3, seconda parte, CCI afferma che «se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio».

<sup>407</sup> A. COSTA, *La crisi d'impresa: la procedura di concordato preventivo*, Cacucci Editore, Bari, 2013, p.55 definisce il giudizio del tribunale, dopo la riforma del 2012, come già visto con riferimento alla fase di ammissione della domanda di concordato come «un giudizio che assume i tratti di un controllo sintetico e documentale con interventi ispettivi soltanto eventuali».

<sup>408</sup> Ivi, p. 58.

giuridica delle società singolarmente intese, con la conseguenza della necessità di accertare separatamente l'insolvenza<sup>409</sup>.

Recentemente in modo netto la Cassazione<sup>410</sup> ha stabilito che il decreto di omologazione di un concordato preventivo di gruppo si deve cassare poiché «il giudizio non (può) avrebbe potuto essere proposto, atteso che l'ordinamento giuridico italiano, allo stato attuale della legislazione, non contempla il c.d. concordato preventivo di gruppo». All'interno del provvedimento si sottolinea che l'ordinamento italiano non è dotato di una normativa del fenomeno; si dice che manca una disciplina positiva del fenomeno in tema di competenza, forma del ricorso, nomina degli organi della procedura, formazione delle classi dei creditori e formazione delle masse attive e passive<sup>411</sup>.

Fortunatamente il Codice riconosce il fenomeno, disciplinandolo analiticamente. Nel dettaglio, la Relazione illustrativa afferma che «il legislatore ha voluto colmare una lacuna del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che dedica poca attenzione [...] (al)le peculiarità dell'insolvenza riguardante i gruppi di imprese.

Lo scenario europeo, ed in particolare il recente regolamento delegato UE 2016/451 ed il regolamento UE 2015/848, ulteriormente sollecitano il legislatore nazionale, che dell'insolvenza dei gruppi d'impresa si è occupato finora solo dettando alcune incomplete disposizioni in tema di amministrazione straordinaria, a colmare al più presto tale lacuna. Lacuna che, del resto, è da tempo acutamente avvertita nella pratica: soprattutto per quel che riguarda le procedure di concordato preventivo, nelle quali si sono spesso contrapposte l'esigenza di considerare unitariamente la realtà imprenditoriale del gruppo d'impresa soggette a procedura concorsuale ed il vigente impianto normativo che impone, per converso, di considerare separatamente ogni procedura riguardante ciascuna singola impresa»<sup>412</sup>. Il Titolo VI

---

<sup>409</sup> G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, X ed., Giuffrè Editore, Milano 2017, p. 114. In giurisprudenza vd. Trib. Terni, decr., 14 gennaio 2014, in *Fallimento*, 2014, 3, 343.

<sup>410</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 13/10/15, n. 20559.

<sup>411</sup> Cfr. G.L. NIGRO, *La Cassazione blocca il concordato preventivo di gruppo*, in *Quotidiano Giuridico*, 28/10/2015.

<sup>412</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., pp. 70-71.

del CCI<sup>413</sup> è dedicato alle disposizioni relative ai gruppi d'impresa<sup>414</sup>. In attuazione dei criteri dell'art. 3, comma 1°, lett. d) ed e) della legge delega<sup>415</sup> è prevista una normativa organica del concordato preventivo di gruppo, che rispecchia, a grandi linee, i principi fondanti del concordato preventivo c.d. ordinario.

In particolare, più imprese dello stesso gruppo, aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano, in stato di crisi o di insolvenza, possono proporre un'unica domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo e decidere se «presentare un piano unitario o [...] piani reciprocamente collegati e interferenti»<sup>416</sup>. Il legislatore richiede soltanto che, all'interno della domanda, la scelta del piano da adottare sia debitamente motivata; il debitore deve illustrare, in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, le motivazioni di maggior convenienza che portano alla decisione di presentare piani unitari oppure piani reciprocamente collegati e interferenti, anche al posto della possibilità di adottare piani autonomi per ciascuna impresa.

Pertanto, in linea di massima, ogni impresa appartenente al gruppo potrebbe presentare un peculiare piano concordatario a seconda della propria situazione debitoria; perciò, si potrebbe creare una divergenza nel contenuto, con alcune imprese che propongono un piano in continuità aziendale, mentre altre propongono

---

<sup>413</sup> Artt. 284-292 CCI.

<sup>414</sup> Art. 2, comma 1, lett. h), definisce i gruppi di imprese come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento».

<sup>415</sup> Art. 3, comma 1, lett. d) ed e), legge 155 del 2017 dispone che «nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo si attiene, per la disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese, ai seguenti principi e criteri direttivi: d) prevedere per le imprese, in crisi o insolventi, del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano la facoltà di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario (di ristrutturazione dei debiti), di ammissione al concordato preventivo (o di liquidazione giudiziale), ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse; e) stabilire obblighi reciproci di informazione e di collaborazione tra gli organi di gestione delle diverse procedure, nel caso in cui le imprese insolventi del gruppo siano soggette a separate procedure concorsuali, in Italia o all'estero».

<sup>416</sup> Art. 284, comma 1, CCI.

un piano liquidatorio. Dato che il Codice, come già ampiamente visto in precedenza (vd. *supra* paragrafo 3), predilige l'istituto del concordato in continuità, all'art. 285, comma 1°, CCI dispone che «si applica [...] la sola disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino»; si denota l'importanza attribuita dal legislatore al principio che si può definire come della prevalenza della soluzione della continuità aziendale sulle soluzioni liquidatorie<sup>417</sup>. Questo incentivo si denota anche dall'analisi del contenuto del piano; infatti, al comma 2° si afferma che si possono prevedere «operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo<sup>418</sup>, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo».

A prescindere dalla natura del piano, lo scopo è di essere idoneo «a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna».

A livello processuale, si accenna soltanto ad alcuni punti degni di nota. Per prima cosa, si denota la semplificazione della procedura dovuta alla previsione di organi

---

<sup>417</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 258.

<sup>418</sup> È importante sottolineare che anche se si consentono trasferimenti di risorse infragruppo per raggiungere gli obiettivi previsti dal piano concordatario, tuttavia non viene abolita la separazione patrimoniale tra le imprese del gruppo. Questo principio è previsto dall'art. 284, comma 3, CCI che dispone che «resta ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive». Dimostrazione dell'utilizzo di questo principio è la disposizione dell'art. 285, comma 3, CCI, che prevede la possibilità di contestare gli effetti pregiudizievoli delle operazioni di trasferimento di risorse da parte dei creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, dai creditori dissenzienti che rappresentano almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto con riguardo ad una singola società, attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Tuttavia il tribunale può omologare ugualmente il concordato se ritiene che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverrebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società. Cfr. S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 259.

unici per tutte le imprese del gruppo; il tribunale competente<sup>419</sup> per l'intera procedura, «nomina un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo e dispone il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia»<sup>420</sup>.

Sul versante dell'approvazione del piano concordatario, è interessante occuparsi della questione relativa alle modalità attraverso cui viene espresso il voto dei creditori particolari delle imprese del gruppo. Sulla stessa lunghezza d'onda delle modifiche apportate alla disciplina del voto, già viste in precedenza, il Codice prevede una votazione da parte dei creditori, suddivisi per classi qualora tale suddivisione sia prevista dalla legge o dal piano, contestuale, ma separata, sulla proposta presentata dalla società loro debitrice. Da tenere presente che *ex art. 286, comma 6°*, CCI, «sono escluse dal voto le imprese del gruppo titolari di crediti nei confronti dell'impresa ammessa alla procedura».

Infine sul lato dell'omologazione il legislatore precisa che il concordato, ormai omologato, non potrà essere risolto e neanche annullato se i presupposti per la risoluzione o l'annullamento si verificano soltanto rispetto a una o ad alcune imprese del gruppo, «a meno che ne risulti significativamente compromessa l'attuazione del piano anche nei confronti delle altre imprese»<sup>421</sup>.

## 5. *Cenni al caso ATAC*

ATAC (acronimo di Azienda per i Trasporti Autoferrotranviari del Comune) è una società per azioni che gestisce la rete del trasporto pubblico locale del comune di Roma.

Con determinazione del 15 settembre 2017, risultante dal verbale redatto dal notaio Luca Tucci, il Consiglio di Amministrazione dell'ATAC, all'unanimità, ha

---

<sup>419</sup> Art. 286, comma 1, CCI dispone che «se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 27 in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato». Cfr. testo pre-riforma, M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa*, 2018, (2), pp. 222 ss.

<sup>420</sup> Art. 286, comma 2, CCI.

<sup>421</sup> Art. 286, comma 7, CCI.

deliberato di approvare la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo, concedendo l'autorizzazione alla presentazione di una domanda di concordato in bianco<sup>422</sup>.

Il ricorso è stato depositato il 18 settembre presso la sezione fallimentare del Tribunale di Roma. Con esso, il ricorrente ha richiesto un termine all'autorità giudiziaria di centoventi giorni per il deposito della proposta di concordato, del piano e della documentazione<sup>423</sup>. Questa fase è stata resa necessaria per ottenere il beneficio del c.d. *automatic stay*, ossia come visto nel capitolo precedente, per impedire ai creditori in quel lasso di tempo di esperire azioni esecutive o cautelari individuali e poter predisporre una proposta ed un piano concordatario senza interferenze esterne.

Con il decreto del 27 settembre<sup>424</sup>, il Tribunale, tenuto conto della pendenza di un'istanza di fallimento, ha concesso un termine di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione del decreto, per la presentazione di una proposta definitiva di concordato preventivo. Inoltre ha richiesto ad ATAC che «allo scadere del 27.10.2017 depositi una situazione finanziaria aggiornata dell'impresa [...], unitamente ad una breve relazione informativa ed esplicativa sullo stato di predisposizione della proposta definitiva e del piano, nonché sulla gestione corrente, anche finanziaria, allegandovi l'elenco delle più rilevanti operazioni compiute, sia di carattere negoziale, che gestionale, industriale, finanziario o assolutorio, di valore comunque superiore ad € 300.000, con l'indicazione della giacenza di cassa e delle più rilevanti variazioni di magazzino»<sup>425</sup>.

ATAC, con istanza depositata il 17 novembre 2017, ha chiesto e ottenuto, con provvedimento del 23 novembre, un'ulteriore proroga di sessanta giorni per il deposito della proposta di concordato, giustificata dalla complessa situazione debitoria della società ricorrente e dall'insussistenza di motivi ostativi alla concessione della proroga stessa.

Il 26 gennaio 2018 ATAC ha provveduto al deposito della proposta di concordato, del piano e dei documenti richiesti. In sintesi, la proposta di concordato e il relativo

---

<sup>422</sup> Art. 161, comma 6, l.f.

<sup>423</sup> Art. 161, commi 2 e 3, l.f.

<sup>424</sup> Trib. Roma sez. fall., decr., 26 settembre 2017, depositato il 27 settembre 2017.

<sup>425</sup> Ivi, p. 3.

piano disponevano la continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa e il soddisfacimento dei creditori sia tramite le risorse generate dalla gestione operativa corrente sia con il ricavato della liquidazione dei beni non strumentali alla prosecuzione dell'attività aziendale.

Il 15 marzo 2018, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ha sollevato alcune questioni relative alla legittimità e fattibilità del piano concordatario e all'adeguatezza di alcuni punti essenziali dell'attestazione; pertanto ha domandato al Tribunale di valutare alcuni profili di inammissibilità della proposta concordataria.

*Ex art. 162 l.f.*, il Tribunale con decreto<sup>426</sup>, dopo aver esaminato gli atti depositati da ATAC, ha convocato il legale rappresentante della Società per chiarimenti ed eventuali integrazioni, in relazione a specifici profili di possibile inammissibilità per l'udienza del 30 maggio 2018.

In vista dell'udienza, la Società ha depositato una memoria di chiarimenti, corredata da documenti, che considera tutte le criticità emerse nel decreto del Tribunale del 21 marzo.

Dopo un nuovo parere del pubblico ministero, datato 18 giugno 2018, il Tribunale ha emanato il decreto di ammissione alla procedura<sup>427</sup> con la fissazione dell'adunanza dei creditori per il 19 dicembre 2018.

Nel mentre il 5 novembre 2018<sup>428</sup>, i tre commissari giudiziali hanno espresso parere favorevole al concordato, affermando che «alla luce delle analisi, dei riscontri e delle verifiche, di cui si è dato conto in precedenza, la proposta concordataria in esame costituisce, ad avviso degli esponenti Commissari Giudiziali, l'alternativa più vantaggiosa per i creditori rispetto alle ipotesi del fallimento ovvero dell'amministrazione straordinaria»<sup>429</sup>.

L'8 gennaio 2019, i creditori, concluse le operazioni di voto, iniziate con l'adunanza del 19 dicembre 2018 e proseguite nei venti giorni successivi a mezzo *pec*, si sono espressi in favore della proposta presentata dalla ricorrente, con una maggioranza del 70%.

---

<sup>426</sup> Decreto di richiesta chiarimenti emesso in data 21 marzo 2018.

<sup>427</sup> Decreto di ammissione alla procedura datato 27 luglio 2018.

<sup>428</sup> Relazione particolareggiata *ex art. 172 l.f.* dei commissari giudiziali del 5 novembre 2018.

<sup>429</sup> *Ivi*, p. 594.

Con decreto collegiale del 16 gennaio 2019, il Tribunale, dato atto dell'approvazione della proposta di concordato ha disposto la comparizione delle parti per il 27 febbraio, differita al 27 marzo per l'omologa.

Valutate le opposizioni presentate dai creditori contrari, il Tribunale Fallimentare di Roma ha emesso in data 25 giugno 2019 il decreto di omologa con cui è stato approvato il concordato preventivo.

## CAPITOLO V – FALLIMENTO-LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

### 1. Premessa: l'evoluzione giurisprudenziale del fenomeno

Terminato il discorso sul concordato preventivo, si passa ad analizzare le questioni inerenti al fallimento. Anche se il dibattito sulla sottoposizione delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali è stato ormai risolto dall'art. 14 TUSPP<sup>430</sup>, pare lo stesso fondamentale, per maggiormente comprenderne la portata, ripercorrere le tappe della diatriba giurisprudenziale che ha accompagnato il periodo precedente l'entrata in vigore del Testo unico.

La difficoltà della giurisprudenza a giungere ad un orientamento univoco sull'estendibilità o meno delle procedure concorsuali alle società a partecipazione pubblica è stato causato da una parte dall'eterogeneità del fenomeno delle società pubbliche e dall'altra parte dalla mancanza di una normativa coerente ed omogenea sul tema fino all'introduzione del Testo unico.

Per molto tempo il precedente giurisprudenziale di rilievo era la sentenza della Cassazione<sup>431</sup> 10 gennaio 1979, n. 158, che statuiva che «una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di diritto privato [...] per il fatto che ad essa partecipano enti pubblici come azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici [...]»<sup>432</sup>. Pertanto la Suprema Corte aveva ritenuto di applicare il regime giuridico privatistico ad una società per azioni concessionaria di un pubblico servizio statale<sup>433</sup>.

Il primo a giungere a conclusioni differenti era stato il Tribunale di Santa Maria di Capua Vetere<sup>434</sup> che aveva affermato la non assoggettabilità al fallimento delle società in mano pubblica. Nel caso di specie il giudice, focalizzandosi più sulla sostanza che sulla forma, aveva rilevato nelle limitazioni statutarie all'autonomia

---

<sup>430</sup> Vd. *supra* p. 90; in particolare art. 14, comma 1, TUSPP.

<sup>431</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 10/01/1979, n. 158.

<sup>432</sup> Massima *Giust. Civ. Mass.* 1979, 80.

<sup>433</sup> G.C. DOMINICI, L.M. QUATTROCCHIO, *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. econ. impresa*, 2016, (4), pp. 62-63.

<sup>434</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere sez. fall., decr., 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 6, 713.

degli organi societari, nell'esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale<sup>435</sup>, nell'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato e nell'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti, gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società. Ne discendeva che, in applicazione dell'art. 1, comma 1°, l.f., non doveva ritenersi assoggettata alla normativa fallimentare la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica.

Di opposto avviso, la Corte d'Appello di Napoli<sup>436</sup>, che statuiva che «il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione dal fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato»<sup>437</sup>.

Sempre il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere<sup>438</sup>, nuovamente in riferimento alle società in mano pubblica, aveva statuito che non fosse sufficiente, per un soggetto pubblico, possedere le partecipazioni in una società di capitali perché la partecipata avesse natura pubblica, ma per decidere se fosse assoggettabile oppure no alle procedure concorsuali, si doveva valutare caso per caso la gestione e l'attività svolta. Il giudice di merito elencava una serie di elementi caratterizzanti le *società in house*, che se presenti escludevano la società in questione dalla disciplina fallimentare. Si poteva ritenere sussistente la natura pubblica qualora: «i) la società affidataria di un determinato servizio svolga (svolgeva) la maggior parte della propria attività a favore dell'ente pubblico; ii) l'impresa non abbia (avesse) acquisito una vocazione commerciale che renda (rendeva) precario il controllo dell'ente pubblico e che può (potesse) risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto

---

<sup>435</sup> Si trattava di una società per azioni a totale partecipazione pubblica.

<sup>436</sup> Corte d'Appello Napoli sez. I, 15 luglio 2009, disponibile sulla banca dati *pluris*.

<sup>437</sup> Massima *Fallimento*, 2010, 6, 690.

<sup>438</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere sez. III, decr., 22 luglio 2009, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e Trib. Santa Maria Capua Vetere sez. fall., decr., 24 maggio 2011, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale a tutto il territorio nazionale e all'estero; iii) il consiglio di amministrazione della società non abbia (avesse) poteri gestionali di rilievo e l'ente pubblico eserciti (esercitasse) poteri maggiori e più incisivi di quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; ivi) le decisioni di maggior rilievo debbano (dovessero) essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante»<sup>439</sup>. Ne conseguiva che non aveva natura pubblica la società di capitali, partecipata in tutto o in parte da un ente pubblico, caratterizzata da una gestione interamente improntata alle dinamiche di mercato, le cui decisioni fossero prese tramite i meccanismi previsti dal diritto privato e non previamente vagliate dall'ente pubblico.

Altri giudici di merito<sup>440</sup> avevano proseguito nella direzione dell'esclusione dal fallimento sulla base di una diversa argomentazione, ossia sostenendo che la società partecipata, che svolgeva un'unica attività di gestione di servizi pubblici affidata direttamente dal Comune, non fosse riconducibile alla categoria dell'imprenditore commerciale. Nel dettaglio, si affermava che, nonostante la società avesse la forma di impresa di diritto privato, non potesse essere assoggettata alla disciplina fallimentare in quanto mancante del requisito soggettivo richiesto dall'art. 1 l.f., ossia l'essere imprenditore commerciale; si trattava di società non indirizzate alla realizzazione di interessi industriali o commerciali e non operanti in un mercato concorrenziale.

Nella stessa direzione, la giurisprudenza di legittimità<sup>441</sup> a sezioni unite, nello statuire sulla giurisdizione della Corte dei Conti in relazione alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società *in house*, aveva definito le società medesime come mere articolazioni dell'ente pubblico e, per tale motivo indirettamente le aveva ritenute esenti dal fallimento. In tale fattispecie non risultava configurabile un rapporto di alterità tra l'ente pubblico e la società che fa

---

<sup>439</sup> Massima *Il caso.it*, 2010.

<sup>440</sup> Trib. Palermo sez. IV, decr., 8 gennaio 2013, disponibile sul sito [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>441</sup> Cass. civ. sez. unite, sent., 25/11/2013, n. 26283: usa il criterio tipologico, così come già aveva usato il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, per escludere la fallibilità, sostenendo che in presenza di determinati indici si rileva la natura pubblica della società. Quindi la Cassazione slega l'aspetto sostanziale delle società *in house* dal carattere meramente formale della veste societaria.

capo all'ente pubblico stesso; la conseguenza era che la titolarità del patrimonio era in capo ad un unico soggetto, anche se formalmente vi era la separazione tra il patrimonio dell'ente e quello della società<sup>442</sup>. Pertanto con questo filone la giurisprudenza aveva ricompreso le società *in house* nell'ambito dei soggetti esenti dalle disposizioni sul fallimento, anche se l'art. 1 legge fallimentare faceva riferimento soltanto agli enti pubblici. Si era deciso di escludere le società *in house* dalla fallibilità, ritenendole come «propaggini inanimate» dell'ente, nelle quali gli amministratori risultavano essere meri «esecutori» dei comandi del socio pubblico<sup>443</sup>.

Qualche mese prima, la Cassazione<sup>444</sup> con la sentenza 27 settembre 2013, n. 22209 aveva cercato di mettere un punto fermo; infatti, nella suddetta sentenza aveva ritenuto fallibile una società a partecipazione mista pubblico-privata sulla convinzione che ad una società di capitali, nonostante abbia del capitale pubblico, si continuano ad applicare le norme previste per le società di diritto comune. Quindi la società non muta la sua essenza di soggetto privato soltanto perché un ente pubblico ne possiede il capitale e nemmeno se vi è una divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo; pertanto quando viene adottato un modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restano quelle proprie di una società di capitali, disciplinata in via generale dal codice civile<sup>445</sup>. In aggiunta il giudice di legittimità aveva sostenuto che l'escludere dal fallimento le società pubbliche equivaleva a violare i principi di concorrenza ed uguaglianza<sup>446</sup>.

Questa sentenza che, *prima facie*, potrebbe sembrare antitetica alla decisione assunta dalla stessa Suprema Corte nel novembre del 2013, in realtà consentiva di ridurre l'oggetto della contesa; il terreno di scontro veniva circoscritto alle società *in house*, mentre per le società a partecipazione mista il dibattito veniva risolto a favore della fallibilità delle stesse.

---

<sup>442</sup> U. IZZO, *Fuori dall'ipotesi di fallimento le società in house totalmente partecipate*, 2014, disponibile sul sito [www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com](http://www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com).

<sup>443</sup> F. NICOTRA, *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, 2015, disponibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it), p. 22.

<sup>444</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 27/09/2013, n. 22209.

<sup>445</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, cit., p. 431.

<sup>446</sup> G.C. DOMINICI, L.M. QUATTROCCHIO, *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 63.

Il clima di incertezza a cui si era giunti trova un approdo nel Testo unico che, senza distinzioni, considera tutte le società a partecipazione pubblica<sup>447</sup> soggette alle disposizioni sul fallimento.

Questo dato normativo viene recepito dalla giurisprudenza, che a partire dalla sentenza della Cassazione<sup>448</sup> 7 febbraio 2017, n. 3196, inizia a riconoscere la fallibilità delle società *in house*. La questione affrontata dalla Cassazione riguardava un caso che *ratione temporis* non risultava sottoposto alla disciplina dell'art. 14 TUSPP. Ciò nonostante la sentenza riprendeva il principio secondo cui il permettere ad un ente di perseguire l'interesse pubblico tramite l'utilizzo di uno strumento privatistico, e quindi di esercitare determinate attività attraverso una società di capitali, comporta come logica conseguenza che la società che viene a formarsi, si assuma anche i rischi legati alla propria insolvenza. In caso contrario, si avrebbe una violazione del principio di uguaglianza e delle regole della concorrenza, in quanto si consentirebbe un trattamento differente per situazioni che, invece, richiedono parità di trattamento tra gli operatori di uno stesso mercato. In aggiunta rimuovere le conseguenze della soggettività della società porterebbe al paradossale effetto di un'azione dei creditori sociali della società *in house* che diverrebbero creditori diretti dell'ente pubblico, quando lo scopo dell'ente risulta essere l'opposto, ossia l'esonero dalla responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata<sup>449</sup>.

Nello specifico, le motivazioni della Corte sulla fallibilità delle società pubbliche partono dall'analisi testuale delle norme vigenti nel 2014, data della dichiarazione del fallimento, dalle quali emerge la sottoposizione delle stesse alla disciplina privatistica. La sentenza richiama l'art. 4 legge 70 del 1975, che vieta l'istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo, «così ponendo un argine ad una ricognizione interpretativa che assuma dai tratti materiali dell'attività quel titolo

---

<sup>447</sup> Per la definizione vd. *supra* capitolo I, paragrafo 3.3.1.

<sup>448</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 07/02/2017, n. 3196.

<sup>449</sup> D. ANDRACCHIO, *L'assoggettabilità delle società in house al fallimento e alle altre procedure concorsuali*, Nota a Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza 7 febbraio 2017, n. 3196, disponibile sul sito [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), p.4.

ad ogni effetto nei rapporti con i terzi»<sup>450</sup>. Lo stesso art. 1 l.f. esenta gli enti pubblici dalle procedure concorsuali, non le società pubbliche.

Per confermare e rafforzare ulteriormente l'indirizzo seguito dalla Cassazione, viene anche citato il nuovo Testo unico e in particolare l'art. 1, comma 3<sup>o</sup><sup>451</sup>, che dispone che «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato», così come l'art. 14 TUSPP che recepisce un indirizzo maturato nella giurisprudenza concorsuale, prevedendo la sottoposizione delle società pubbliche alle procedure concorsuali.

La Corte sostiene che prevedere che nessun nuovo ente pubblico possa essere istituito o riconosciuto se non per legge trova la sua ragione soprattutto nelle esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi che entrano in contatto con la società. La normativa peculiare di una società *in house* volta a regolare la costituzione della medesima, la partecipazione pubblica al capitale e la designazione dei propri organi, non può dunque incidere sul modo in cui la società opera nel mercato, facendo venir meno l'applicazione dello statuto dell'imprenditore; ad esempio, l'iscrizione da parte della società nel registro delle imprese ingenera nei terzi un affidamento sull'applicabilità delle regole privatistiche, che deve essere tutelato.

Nel 2018 la Cassazione<sup>452</sup>, volendo dare continuità all'indirizzo espresso dalla sentenza della stessa Corte l'anno precedente, ribadisce che «deve conclusivamente affermarsi che tutte le società c.d. pubbliche, che svolgano attività commerciale[...], quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte, restano assoggettate al fallimento, al pari di ogni altro sodalizio nei cui confronti debbano trovare applicazione le norme codicistiche»<sup>453</sup>.

---

<sup>450</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 07/02/2017, n. 3196.

<sup>451</sup> Come correttamente sottolineato dalla Cassazione, questa norma ha ripreso e abrogato quanto era già previsto dall'art. 4, comma 13, d.l. 95 del 2012, vigente all'epoca della dichiarazione di fallimento del Trib. Como, sent., 17 febbraio 2014, che prevedeva che «le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali».

<sup>452</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 02/07/2018, n. 17279.

<sup>453</sup> *Ibidem*.

Dall'approvazione del Codice<sup>454</sup> si dovrebbe aver sciolto ogni riserva e aver raggiunto un approdo definitivo, dato che la stessa normativa sulla crisi d'impresa include espressamente le società pubbliche tra i soggetti rientranti nel suo ambito applicativo.

Si cita ancora la sentenza della Cassazione<sup>455</sup>, *ratione temporis* anteriore persino all'entrata in vigore del Testo unico, ma che ribadisce l'orientamento giurisprudenziale che ormai sembra essersi definitivamente consacrato.

## 2. *Raffronto tra disciplina odierna e di futura applicazione*

Terminata l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale del fenomeno, nel corso del presente paragrafo si cercherà, tramite un esame della normativa, di mettere in evidenza i punti di contatto e di discontinuità tra la disciplina prevista dalla legge fallimentare e quella prevista dal Codice.

Sostanzialmente parlando, a parte il cambiamento dell'impostazione di fondo delle procedure concorsuali *in toto* e di conseguenza la considerazione della procedura di liquidazione giudiziale come *extrema ratio*, l'istituto nella sua peculiare struttura non presenta novità di grandissimo rilievo<sup>456</sup>. In particolare, il Codice si focalizza maggiormente sulla ricerca di soluzioni aventi come finalità la continuità aziendale; per raggiungere tale obiettivo si prevede l'obbligo, per l'imprenditore collettivo, di creare assetti organizzativi adeguati ai fini di una tempestiva rilevazione dello stato di crisi. Parimenti si affida a soggetti qualificati il compito di segnalare determinati inadempimenti al debitore, affinché, possa tentare di affrontare più efficacemente i primi sintomi della crisi<sup>457</sup>. Soltanto nel caso in cui questi nuovi strumenti uniti a quelli già presenti di soluzione negoziata della crisi non sortiscano gli effetti sperati, allora si potrà ricorrere all'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale.

Gli istituti fondamentali della liquidazione giudiziale sono simili a quelli del fallimento, in quanto il Codice ha cercato di mantenere intatta la struttura e di

---

<sup>454</sup> Vd. *supra* capitolo I, paragrafo 4.1.

<sup>455</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 22/02/2019, n. 5346.

<sup>456</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 186.

<sup>457</sup> M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime d'allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, (10), pp. 1021 ss.

procedere soltanto ad una semplice riorganizzazione della normativa con lo scopo di consentire alla procedura di liquidazione giudiziale di essere più rapida e snella<sup>458</sup>.

Sul versante formale, invece, è immediatamente evidente l'utilizzo di una nuova espressione terminologica per indicare l'istituto in questione; infatti, il Codice sostituisce il termine «fallimento» e i suoi derivati con il termine «liquidazione giudiziale»<sup>459</sup>. Questo intervento, in linea con gli altri ordinamenti europei<sup>460</sup>, segna una discontinuità rispetto all'attuale normativa e si inserisce nel filone di riforme che ormai da anni vogliono eliminare o comunque attenuare fortemente l'aura di discredito sociale e personale che il fallimento ha sempre avuto nella disciplina della legge fallimentare. L'abbandono del termine fallimento, con la sua connotazione negativa, anche di colpa nell'insorgenza dell'insolvenza e l'utilizzo del sintagma liquidazione giudiziale, di per sé libero da giudizi valoriali, costituisce un passaggio fondamentale per comprendere la cesura tra le due normative; l'attenzione non viene più rivolta al debitore fallito, ma esclusivamente alla procedura che dovrebbe consentire di giungere alla migliore soddisfazione possibile della massa dei creditori<sup>461</sup>.

### *2.1. I presupposti per la dichiarazione di liquidazione giudiziale e organi preposti*

Nel dettaglio, nel capitolo precedente si è visto come l'art. 85, comma 1°, CCI, affermi che possa essere ammesso alla procedura di concordato preventivo

---

<sup>458</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p.196.

<sup>459</sup> Art. 349, CCI, afferma che «nelle disposizioni normative vigenti i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie». Per approfondimento Corte costituzionale, ord., 3 giugno 2016, n. 46, che afferma che «l'obiettivo del mutamento del *nomen iuris* dell'istituto *de quo*, che il rimettente si propone di conseguire attraverso l'incidente di costituzionalità, seppur apprezzabile nella prospettiva di una più sensibile attenzione al valore della dignità della persona, presuppone, comunque, una valutazione, in ordine alla denominazione più appropriata di aspetti pertinenti alla disciplina del fallimento, certamente eccentrica rispetto ai poteri del Giudice delle leggi ed attinente invece al *proprium* delle scelte riservate al legislatore».

<sup>460</sup> Cfr. Spagna, Germania e Francia.

<sup>461</sup> L. BALESTRA, *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2017, (12), pp. 1477-1478.

l'imprenditore soggetto a liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 121 CCI. Quest'ultima norma<sup>462</sup> statuisce che «le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d)<sup>463</sup>, e che siano in stato di insolvenza»<sup>464</sup>.

Pertanto si circoscrive l'ambito di applicabilità, richiedendo un requisito soggettivo e oggettivo per poter accedere alla procedura di liquidazione giudiziale.

Il requisito soggettivo si individua nell'imprenditore commerciale, che, come si evince dall'art. 1 CCI, si identifica in colui che esercita, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale o artigiana, operando, per quanto qui interessa, quale società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge. Come già detto a proposito del concordato preventivo, l'impresa minore come definita dal Codice, caratterizzata dal mancato superamento delle soglie dimensionali quanto all'attivo patrimoniale, ai ricavi e all'indebitamento, è esclusa dalla liquidazione giudiziale poiché è assoggettata ad una peculiare procedura, denominata liquidazione controllata del sovraindebitato<sup>465</sup>. Restano anche esclusi gli imprenditori agricoli: «l'impresa agricola, per la specificità dell'attività che ne costituisce oggetto e per la necessità di tener conto del duplice rischio al quale essa è soggetta: quello che deriva dalle incertezze dell'ambiente naturale che si aggiunge a quello (comune anche alle altre tipologie di imprese) legato all'andamento del mercato»<sup>466</sup> è esclusa dalla dichiarazione di liquidazione giudiziale. Tuttavia sull'imprenditore agricolo si deve sottolineare che nello schema di Codice<sup>467</sup>, approvato dal Consiglio dei Ministri a novembre 2018, si era rimossa la parola «commerciali» dall'art. 121 CCI prevedendo un'applicazione più estesa della liquidazione giudiziale, ossia a tutti gli imprenditori non minori in stato di insolvenza. Quindi la riforma avrebbe dovuto risolvere l'annoso dibattito sull'impossibilità del fallimento dell'imprenditore agricolo; il legislatore stava

---

<sup>462</sup> Art. 121 CCI, rubricato «presupposti della liquidazione giudiziale».

<sup>463</sup> Per definizione vd. *supra* nota 162.

<sup>464</sup> Corrisponde all'attuale art. 1, comma 1 e art. 5, comma 1 l.f.

<sup>465</sup> Titolo V, Capo IX, artt. 268-277, CCI.

<sup>466</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 195.

<sup>467</sup> Schema di Codice della crisi, datato 2 ottobre 2018, disponibile sul sito [www.centrocrisi.it](http://www.centrocrisi.it), p. 71.

procedendo nel solco della riforma già attuata con la modifica dell'art. 2135 c.c.<sup>468</sup> che, mutando la definizione di imprenditore agricolo, nella sostanza ne aveva già ristretto l'essenziale dalla fallibilità. Sulla stessa linea la Cassazione<sup>469</sup> aveva più volte disposto la fallibilità dell'imprenditore agricolo «ove non sussista (sussistesse), di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. assumano (assumevano) rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura»<sup>470</sup>. Nonostante queste aperture, che continuano ad essere presenti sul versante giurisprudenziale, il dato testuale resta ancora nel senso dell'esclusione dell'imprenditore agricolo dal fallimento.

Il requisito oggettivo, invece, si riscontra nella sussistenza di uno stato di insolvenza, così come definito dall'art. 2, comma 1°, lett. b), CCI, in continuità con l'attuale disciplina<sup>471</sup>. La quasi totalità della giurisprudenza ritiene che lo stato di insolvenza si identifichi con «uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa» e si esprima «nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio»<sup>472</sup>. È importante che lo stato di insolvenza sussista nel momento in cui il tribunale decide sull'istanza di apertura della liquidazione giudiziale; infatti, non rileva né un'insolvenza passata né un'insolvente futura, ma solamente un'insolvenza attuale<sup>473</sup>.

Dati i requisiti, sia la legge fallimentare che il Codice<sup>474</sup> elencano una serie di soggetti che sono legittimati a presentare un ricorso ai fini oggi della dichiarazione di fallimento, in futuro si dirà ai fini dell'apertura della liquidazione giudiziale. Il

---

<sup>468</sup> Art. modificato dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228.

<sup>469</sup> Cfr. Cass. civ. sez. I, sent., 08/08/2016, n. 16614.

<sup>470</sup> Massima *Fallimento*, 2017, 1, 38.

<sup>471</sup> Art. 5, comma 2, l.f. definisce lo stato di insolvenza. Definito nello stesso modo nel Codice vd. *supra* nota 115.

<sup>472</sup> Cass. civ. sez. I, ord., 24/05/2017, n. 12984.

<sup>473</sup> Cass. civ. sez. I, sent., 27/05/2015, n. 10952.

<sup>474</sup> Rispettivamente art. 37 CCI e art. 6, comma 1, l.f.

Codice innova in quanto amplia la platea dei soggetti; infatti, oltre a coloro che già nella legge fallimentare potevano presentare un'istanza, ossia il debitore stesso<sup>475</sup>, i creditori e il pubblico ministero<sup>476</sup>, viene prevista questa possibilità per gli organi e le autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa. Ci si riferisce agli organi di controllo interni alle società, cioè il collegio sindacale o il sindaco unico, così come il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo rispettivamente nel modello dualistico e monistico, che potranno richiedere la liquidazione giudiziale della società<sup>477</sup>. Perciò gli organi di controllo endosocietari, che nell'attuale disciplina non possono nemmeno chiedere indirettamente al pubblico ministero di presentare un ricorso per dichiarare il fallimento della società in quanto quest'ultimo ha la possibilità di intervenire soltanto in casi predeterminati<sup>478</sup>, nella nuova normativa potranno scegliere se intervenire direttamente oppure soltanto se effettuare una segnalazione al pubblico ministero.

Passando ad esaminare brevemente gli organi della procedura si sottolinea che gli organi preposti alla liquidazione sono gli stessi presenti nell'attuale normativa, ossia il tribunale, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori. I poteri del tribunale concorsuale sono disciplinati dall'art. 122 CCI<sup>479</sup> e sono gli stessi

---

<sup>475</sup> Cfr. C. IBBA, I. DEMURO, *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs. 100/2017*, Zanichelli Editore, Bologna 2018, pp. 346-348 sulle possibili peculiarità relative all'individuazione dell'organo sociale legittimato alla presentazione del ricorso.

<sup>476</sup> Si sottolinea che nel Codice viene ampliata la legittimazione del pubblico ministero. Infatti, mentre nella legge fallimentare il P.M. può presentare l'istanza di fallimento soltanto nelle ipotesi tassative elencate dall'art. 7, comma 1, ossia «1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile», nel Codice l'art. 38 CCI dispone che «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».

<sup>477</sup> L. DE ANGELIS, *Anche i sindaci potranno richiedere la liquidazione giudiziale della società*, 2019, disponibile sul sito [www.vptl.it/2019/01/28](http://www.vptl.it/2019/01/28).

<sup>478</sup> Cfr. sul punto Trib. Milano sez. II, ord., 24 maggio 2012, disponibile sulla banca dati *dejure*.

<sup>479</sup> Corrisponde integralmente all'attuale art. 23, comma 1, l.f.: «il tribunale che ha dichiarato aperta la procedura di liquidazione giudiziale è investito dell'intera procedura e: a) provvede alla nomina, alla revoca o sostituzione per giustificati motivi degli organi della procedura, quando non è prevista la competenza del giudice delegato; b) può in ogni tempo sentire in camera di consiglio il curatore, il comitato dei creditori e il debitore; c) decide le controversie relative alla procedura stessa che non

attualmente previsti per il tribunale fallimentare. Una novità è che il Codice<sup>480</sup> prevede la possibilità per il tribunale, nel dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale, di nominare, se lo ritiene utile<sup>481</sup>, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore. La Relazione illustrativa al Codice afferma che «si tratta di un accorgimento che dovrebbe garantire maggiore efficienza e celerità alla procedura, ad esempio consentendo di affiancare al curatore un professionista che si occupi della liquidazione di determinati beni fin dalla fase iniziale della procedura o dell'esercizio provvisorio dell'impresa, consentendo al curatore di concentrarsi sull'attività di analisi dei crediti in vista della redazione del progetto di stato passivo, ove particolarmente complesso»<sup>482</sup>.

Questo professionista, da un'attenta analisi delle norme<sup>483</sup>, è equiparato al curatore, è una sorta di «co-curatore»; pertanto è una figura alla pari del curatore, che si occupa di svolgere determinati compiti che altrimenti sarebbero di competenza del curatore stesso.

L'art. 123 CCI<sup>484</sup> disciplina i poteri del giudice delegato che, nel solco già tracciato dalla legge fallimentare riformata che aveva visto ridursi il ruolo in origine previsto

---

sono di competenza del giudice delegato, nonché i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato.

<sup>480</sup> Art. 49, comma 3, lett. b), CCI.

<sup>481</sup> Per approfondimenti sull'inciso «se lo ritiene utile» vd. A. NASTRI, *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, 2019, paragrafo sul «Tribunale Concorsuale» disponibile sul sito [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>482</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 126.

<sup>483</sup> Art. 125, comma 2, CCI dispone che «si applicano agli esperti nominati ai sensi dell'articolo 49, comma 3, lettera b), le disposizioni del comma 1 e degli articoli 123 e da 126 a 136 in quanto compatibili» relativamente ai poteri e doveri del curatore e anche l'art. 137, comma 5, CCI relativamente ai compensi.

<sup>484</sup> Corrisponde con alcune piccole modiche (sottolineate) all'art. 25, comma 1, l.f.: «il giudice delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura e: a) riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio; b) emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione; c) convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura; d) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse della procedura; e) provvede sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori; f) fatto salvo quanto previsto dall'articolo 128, comma 2, autorizza il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto, quando è utile per il miglior soddisfacimento dei creditori. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi; g) nomina gli arbitri,

per l'organo, esercita le funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura, nella duplice funzione operativa e giurisdizionale<sup>485</sup>. L'unica questione di rilievo è l'introduzione del parametro dell'utilità per il miglior soddisfacimento dei creditori, che deve sussistere affinché il giudice delegato autorizzi il curatore a stare in giudizio come attore o convenuto. Non si comprende se il riformatore abbia voluto, con l'inserimento di tale giudizio di utilità, ampliare il controllo del giudice delegato sulle attività giudiziali del curatore attraverso non solo un semplice controllo di legittimità, ma anche uno di merito; tuttavia da una lettura sistematica non pare possa sposarsi in pieno questa tesi<sup>486</sup>. Pertanto così come avviene tuttora nella legge fallimentare, anche nel nuovo sistema l'autorizzazione del giudice delegato alla costituzione in giudizio del curatore potrà non essere concessa soltanto nei casi in cui l'azione sia manifestamente infondata, irragionevole o avventata<sup>487</sup> o qualora l'eventuale beneficio per la massa dei creditori sia minore o irrisorio rispetto alle spese necessarie per la costituzione in giudizio e la necessità di giungere rapidamente ad una chiusura della procedura di liquidazione giudiziale. Nella gestione della procedura un ruolo centrale è assunto dal curatore<sup>488</sup>, la cui figura è interessata da alcune novità con riguardo ai propri poteri.

Un primo intervento è previsto dal comma 3° dell'art. 128 CCI che, dopo aver stabilito che «il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano la liquidazione giudiziale»<sup>489</sup>, innova disponendo che «può tuttavia assumere la veste di difensore, se in possesso della necessaria qualifica nei giudizi avanti al giudice tributario quando ciò è funzionale ad un risparmio per la massa».

---

su proposta del curatore; h) procede all'accertamento dei crediti e dei diritti vantati da terzi sui beni compresi nella procedura, secondo le disposizioni del capo III; i) quando ne ravvisa l'opportunità, dispone che il curatore presenti relazioni ulteriori rispetto a quelle previste dall'articolo 130, prescrivendone le modalità».

<sup>485</sup> G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 107.

<sup>486</sup> Per approfondimenti sull'inciso «quando è utile per il miglior soddisfacimento dei creditori» vd. A. NASTRI, *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, 2019, paragrafo sul «Giudice delegato» disponibile sul sito [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>487</sup> Vd. Cass. civ. sez. I, sent., 22/11/2000, n. 15074.

<sup>488</sup> Disciplinato dagli artt. 125-137, CCI, attuali artt. 27-39 l.f. Per le limitazioni specifiche sull'attività del curatore nella procedura fallimentare vd. C. IBBA, I. DEMURO, *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, cit., pp. 349-351.

<sup>489</sup> Corrispondente integralmente all'attuale art. 31, comma 3, l.f.

Questa scelta viene motivata dalla Relazione illustrativa al Codice, dove si legge che «si è inteso [...] tener conto del fatto che si tratta di giudizi per i quali è importante una compiuta conoscenza della situazione contabile e delle vicende economiche dell'impresa. La scelta di non avvalersi di un difensore terzo ha comunque come presupposto che essa contribuisca a ridurre i costi della procedura e cioè che essa sia funzionale ad un risparmio per la massa»<sup>490</sup>.

Un'ulteriore novità concerne la possibilità per il curatore di entrare in possesso, molto velocemente, di un ingente flusso di informazioni per conoscere nel migliore dei modi la situazione economico-patrimoniale e reddituale del debitore sottoposto a liquidazione giudiziale; infatti, *ex art. 42, comma 1°*, CCI, dopo la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, il curatore potrà acquisire dalla cancelleria i dati e i documenti relativi al debitore, che quest'ultima ha ricevuto dalle banche dati dell'Agenzia delle Entrate, dell'Istituto Nazionale della previdenza sociale e del registro delle imprese<sup>491</sup>.

Poteri di accesso aggiuntivi si avranno con la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale; infatti, già nella sentenza il tribunale autorizzerà il curatore, ad accedere direttamente e a titolo gratuito a determinate banche dati, elenchi e documentazioni<sup>492</sup>. Col l'attuale normativa questo potere è già presente in capo al

---

<sup>490</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., p. 201. Per approfondimenti sul tema del come e quando valutare se l'assunzione della veste di difensore da parte del curatore sia funzionale ad un risparmio della massa, vd. A. NASTRI, *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, 2019, paragrafo sul «Curatore» disponibile sul sito [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>491</sup> I dati e i documenti sono individuati dall'art. 367 CCI che dispone che «nei procedimenti di cui all'articolo 42, comma 1, [...], il Registro delle imprese trasmette alla cancelleria i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, la visura storica, gli atti con cui sono state compiute le operazioni straordinarie e in particolare aumento e riduzione di capitale, fusione e scissione, trasferimenti di azienda o di rami di azienda. Ulteriori informazioni e documenti possono essere individuati con decreto non avente natura regolamentare del Ministero della giustizia, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico. L'Agenzia delle entrate [...] le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti, l'elenco degli atti sottoposti a imposta di registro e i debiti fiscali, indicando partitamente per questi ultimi interessi, sanzioni e gli anni in cui i debiti sono sorti. Con decreto del direttore generale della giustizia civile d'intesa con il direttore generale dell'Agenzia delle entrate possono essere individuati ulteriori documenti e informazioni. L'Istituto nazionale di previdenza sociale [...] le informazioni relative ai debiti contributivi. Con decreto del direttore generale della giustizia civile d'intesa con il presidente del predetto Istituto possono essere individuati ulteriori documenti e informazioni.

<sup>492</sup> Art. 49, comma 3, lett. f), CCI che dispone che il tribunale, con la sentenza con cui dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, «autorizza il curatore, con le modalità di cui agli articoli 155-*quater*, 155-*quinquies* e 155-*sexies* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura

curatore, ma limitato ad ogni singola domanda, subordinato ad una previa autorizzazione del giudice delegato nonché all'anticipazione dei costi a carico dello stesso curatore qualora la procedura sia priva di attivo<sup>493</sup>.

Infine, ulteriori poteri di indagine si riscontrano nella disposizione<sup>494</sup> che consente al curatore, qualora il debitore o gli amministratori non ottemperino agli obblighi di deposito dei libri o le scritture contabili siano incomplete, di chiedere l'autorizzazione ad accedere a banche dati ulteriori rispetto a quelle indicate dall'art. 49, comma 3°, lett. f), CCI, pocanzi illustrato.

L'ultimo organo è il comitato dei creditori<sup>495</sup>, che si pone come indispensabile interlocutore del curatore nella gestione del patrimonio oggetto della liquidazione, in linea con la tendenza sviluppata dalla stagione delle riforme iniziata nei primi anni duemila, che ne ha mutato e valorizzato il ruolo; infatti, come previsto *ex art.* 140, comma 1°, CCI<sup>496</sup>, «il comitato dei creditori vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni». Il Codice<sup>497</sup> prevede la possibilità per ogni componente del comitato, di delegare a proprie spese, a un avvocato o a un dottore commercialista, in tutto o in parte, l'espletamento delle proprie funzioni quando gli atti da autorizzare o i pareri da fornire richiedano complesse valutazioni tecniche<sup>498</sup>.

L'unico cambiamento di un certo rilievo è quello in base al quale «il giudice delegato, su istanza del comitato dei creditori, acquisito il parere del curatore, può stabilire che ai componenti del comitato dei creditori sia attribuito, oltre al rimborso

---

civile: 1) ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari; 2) ad accedere alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi; 3) ad acquisire l'elenco dei clienti e l'elenco dei fornitori di cui all'articolo 21 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e successive modificazioni; 4) ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti; 5) ad acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice.

<sup>493</sup> Art. 155-*sexies* disp. att. c.p.c.

<sup>494</sup> Art. 130, commi 2 e 3, CCI.

<sup>495</sup> Disciplinato dagli artt. 138-141, CCI attuali artt. 40-41 l.f.

<sup>496</sup> Corrispondente integralmente all'attuale art. 41, comma 1, l.f.

<sup>497</sup> Art. 138, comma 7, CCI corrisponde in parte all'art. 40, comma 7, l.f.

<sup>498</sup> S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, cit., p. 206.

delle spese, un compenso per la loro attività, in misura non superiore al dieci per cento di quello liquidato al curatore»<sup>499</sup>. Nell'attuale assetto normativo la possibilità che tale compenso venga concesso è remota, poiché la richiesta deve pervenire dal comitato dei creditori in un determinato momento e con una peculiare maggioranza dei creditori. Invece nella vigenza del Codice i componenti del comitato potranno richiedere il compenso direttamente e in ogni tempo al giudice delegato, che deciderà previa acquisizione del parere del curatore e indipendentemente dalla volontà della maggioranza dei creditori; questo dovrebbe permettere di superare la criticità della mancata costituzione dell'organo.

## *2.2. Accertamento del passivo, programma e modalità di liquidazione, ripartizione dell'attivo*

La sussistenza del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo in capo alla società pubblica costituisce la condizione per la quale si possa dichiarare il fallimento della stessa.

L'accertamento del passivo è una fase essenziale della procedura concorsuale che permette di individuare i crediti che devono essere soddisfatti tramite la liquidazione dei beni compresi nella liquidazione giudiziale. Ha inizio con l'avviso ai creditori ed agli altri interessati della liquidazione giudiziale per consentire loro di partecipare alla procedura; l'art. 200 CCI introduttivo di questa fase della procedura riproduce integralmente l'art. 92 l.f. disponendo che «il curatore comunica senza indugio a coloro che, sulla base della documentazione in suo possesso o delle informazioni raccolte, risultano creditori o titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del debitore compresi nella liquidazione giudiziale [...]: a) che possono partecipare al concorso trasmettendo la domanda [...], anche senza l'assistenza di un difensore; b) la data, l'ora e il luogo fissati per l'esame dello stato passivo e il termine entro cui vanno

---

<sup>499</sup> Art. 139, comma 3, CCI attualmente previsto dall'art. 37 bis, comma 3, l.f. che dispone che «nella stessa adunanza (n.d.r. adunanza per l'esame dello stato passivo), i creditori che rappresentano la maggioranza di quelli ammessi, indipendentemente dall'entità dei crediti vantati, possono stabilire che ai componenti del comitato dei creditori sia attribuito, oltre al rimborso delle spese di cui all'art. 41, un compenso per la loro attività, in misura non superiore al dieci per cento di quello liquidato al curatore.

presentate le domande; c) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda [...]; d) il domicilio digitale assegnato alla procedura»<sup>500</sup>.

Con riguardo all'accertamento del passivo del debitore sottoposto a liquidazione giudiziale, il Codice ha portato alcune importanti novità. In primo luogo si segnala che il Codice<sup>501</sup> prevede espressamente la sospensione dei termini feriali per proporre opposizione, impugnazione dei crediti ammessi o revocazione dello stato passivo, oggetto di numerosi contrasti giurisprudenziali prima della riforma<sup>502</sup>. In secondo luogo, una novità è prevista dall'art. 208, comma 1°, CCI<sup>503</sup>, che afferma che le domande tardive sono quelle «trasmesse al curatore oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di sei mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo. In caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, può prorogare quest'ultimo termine fino a dodici mesi». Pertanto rispetto alla legge fallimentare, sempre per ragioni di celerità, viene ridotto il termine per il deposito delle domande tardive da un anno a sei mesi e, in caso di particolare complessità, da diciotto a dodici mesi.

Anche l'istituto del programma di liquidazione<sup>504</sup>, che rappresenta l'atto di preparazione dell'attività liquidatoria da parte del curatore, è stato modificato per migliorarne l'operatività. Nel dettaglio, le novità più rilevanti riguardano *in primis* la necessità da parte del curatore di dover indicare i termini di avvio e di ultimazione della procedura di liquidazione; infatti, il Codice da un lato indica che il primo incanto debba avvenire entro dodici mesi dalla dichiarazione di liquidazione giudiziale e dall'altro lato indica che la procedura debba essere ultimata entro cinque anni da tale data, con una possibilità di proroga in casi di eccezionale complessità della procedura fino a sette anni. Nell'ambito delle novità, si segnala ancora che per l'approvazione del programma di liquidazione il comitato dei creditori non può più proporre modifiche in quanto il programma viene trasmesso

---

<sup>500</sup> Art. 200, comma 1, CCI attuale art. 92, comma 1, l.f.

<sup>501</sup> Art. 207, comma 16, CCI.

<sup>502</sup> Vd. Cass. civ. sez. I, sent., 01/10/2014, n. 20725, contra vd. Cass. civ. sez. I, sent., 14/04/2011, n. 8542.

<sup>503</sup> Attuale art. 101 l.f.

<sup>504</sup> Art. 213 CCI attuale art. 104 *ter* l.f.

*in primis* al giudice delegato, che ne autorizzerà la sottoposizione al comitato dei creditori. In concreto significa che il curatore, dopo aver predisposto il programma, lo trasmetterà al giudice delegato, che potrà richiedere eventuali integrazioni a sua discrezione e successivamente sarà il curatore stesso a dover trasmettere il programma vagliato dal giudice delegato al comitato per l'approvazione. Inoltre il Codice prevede espressamente che il giudice delegato debba autorizzare i singoli atti liquidatori in quanto conformi al programma approvato; pertanto significa che il giudice delegato avrà un maggiore potere che consisterà in un controllo più puntuale e diffuso sugli atti che dovrà compiere il curatore. Quest'ultimo, una volta ottenuta l'approvazione del programma di liquidazione e sulla base delle indicazioni contenute al suo interno, procederà alla fase liquidatoria dell'intera massa attiva dei beni rientranti nella procedura di liquidazione giudiziale.

Infine avverrà la ripartizione dell'attivo<sup>505</sup>, rimasta sostanzialmente invariata rispetto alla legge fallimentare, che è una fase eventuale della procedura che consentirà al curatore di provvedere a distribuire le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo ai creditori in base alla natura dei rispettivi crediti<sup>506</sup>.

### *2.3. Cessazione della procedura di liquidazione giudiziale*

I casi di chiusura della procedura di liquidazione giudiziale enumerati dall'art. 233, comma 1°, CCI corrispondono a quelli previsti dall'attuale articolo 118, comma 1°, l.f. La procedura di liquidazione giudiziale si chiude difatti qualora non siano state depositate domande di insinuazione al passivo nel termine fissato nella sentenza con cui sia stata dichiarata aperta la procedura; oppure qualora le ripartizioni ai creditori raggiungano l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi siano in altro modo estinti, compresi quelli in prededuzione; oppure quando sia stata compiuta la ripartizione finale dell'attivo; o ancora qualora sia stata accertata l'inutilità della prosecuzione della procedura perché non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili né le spese.

---

<sup>505</sup> Artt. 220-232 CCI attuali artt. 110-117 l.f.

<sup>506</sup> A. ROSSI, V. PIGARELLI, *La ripartizione dell'attivo a cura del curatore fallimentare*, in *Crisi d'impresa*, 2017, disponibile sul sito [www.ecnews.it](http://www.ecnews.it), p. 1.

Rispetto all'attuale disciplina il Codice prevede che, in caso di chiusura della procedura di liquidazione giudiziale di società di capitali, per una delle prime due cause suesposte, «il curatore convoca l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione ovvero per la trattazione di argomenti sollecitati, con richiesta scritta, da un numero di soci che rappresenti il venti per cento del capitale sociale»<sup>507</sup>.

Se invece è già stata compiuta la ripartizione finale dell'attivo ovvero è stata accertata l'inutilità della prosecuzione del procedimento per l'insufficienza dell'attivo, il curatore chiede la cancellazione della società dal registro delle imprese<sup>508</sup>.

#### *2.4. Concordato nella liquidazione giudiziale*

Il concordato nella liquidazione giudiziale<sup>509</sup> prende il posto del «vecchio» concordato fallimentare, mantenendo una disciplina simile all'attuale. Tale istituto costituisce una modalità di chiusura della procedura di liquidazione giudiziale tramite un accordo tra il debitore o un terzo e i creditori.

Legittimati alla presentazione di una siffatta proposta<sup>510</sup>, come già oggi per il concordato fallimentare, sono sia i creditori che i terzi interessati. Lo stesso debitore, le società a cui lo stesso partecipa e le società sottoposte a comune controllo possono presentare una proposta, ma solamente a due condizioni; *in primis* si richiede che sia decorso almeno un anno dalla sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, termine che serve per incentivare il debitore a trovare accordi differenti e in secondo luogo che non siano

---

<sup>507</sup> Art. 233, comma 2, CCI.

<sup>508</sup> Art. 233, comma 2, CCI corrispondente all'attuale art. 118, comma 2, l.f. La disposizione del Codice fa salvo quanto previsto dall'art. 234, comma 6, secondo periodo, CCI rubricato «prosecuzione di giudizi e procedimenti esecutivi dopo la chiusura» che dispone che «con il decreto di chiusura il tribunale impartisce le disposizioni necessarie per il deposito del rapporto riepilogativo di cui all'articolo 130, comma 9, di un supplemento di rendiconto, del riparto supplementare e del rapporto riepilogativo finale. La chiusura della procedura a norma del presente comma non comporta la cancellazione della società dal registro delle imprese sino alla conclusione dei giudizi in corso e alla effettuazione dei riparti supplementari, anche all'esito delle ulteriori attività liquidatorie che si siano rese necessarie.»

<sup>509</sup> Disciplinato artt. 240-253, CCI attuali artt. 124-141 l.f.

<sup>510</sup> Art. 240, comma 1, CCI corrispondente all'attuale art. 124, comma 1, l.f.

decorsi più di due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo, in quanto non si vuole lasciare la possibilità al debitore stesso di poter posticipare troppo a lungo l'utilizzo della soluzione concordataria<sup>511</sup>. Il Codice introduce un'ulteriore condizione per la presentazione della proposta di concordato da parte del debitore, ossia che la proposta stessa preveda un apporto di risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il dieci per cento.

Si ricorda che per le società sottoposte a liquidazione giudiziale, la proposta di concordato giudiziale è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale. Pertanto, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, la proposta e le condizioni del concordato «nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori»<sup>512</sup>.

In merito al contenuto della proposta di concordato, non vi sono novità; infatti, esso può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei oppure trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi. Inoltre può anche optare per la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, nonché prevedere che i creditori privilegiati 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. Resta fermo il principio secondo cui il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione<sup>513</sup>. Ancora la proposta può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo della liquidazione giudiziale, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato.

---

<sup>511</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 237.

<sup>512</sup> Art. 265, commi 1 e 2 corrispondenti all'attuale art. 152, commi 1 e 2 l.f. Si riporta ancora il comma 3 che dispone che «in ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui al comma 2, lettera b), deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile».

<sup>513</sup> Art. 240, commi 2 e 4, CCI corrispondente all'attuale art. 124, commi 2 e 3 l.f.

Sul versante procedurale, la proposta di concordato è presentata con ricorso al giudice delegato, il quale, valutata la ritualità della stessa, previo parere del curatore e del comitato dei creditori, ne ordina la comunicazione ai creditori, fissando un termine entro il quale gli stessi possono far pervenire eventuali dichiarazioni di dissenso<sup>514</sup>.

Come già visto per il concordato preventivo, per l'approvazione viene richiesta la maggioranza dei crediti ammessi al voto<sup>515</sup>. Tuttavia la regola della maggioranza prevede un'eccezione nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori; infatti, in tale ipotesi, viene richiesta un'ulteriore maggioranza, che deve sussistere anche nel maggior numero di classi. La differenza rispetto al concordato preventivo è che è prevista la regola secondo cui i creditori che non facciano pervenire il loro dissenso nel termine fissato dal giudice delegato si ritengono consenzienti<sup>516</sup>.

Se la proposta è stata approvata, il giudice delegato dispone che ne sia data immediata comunicazione al proponente, affinché possa richiedere l'omologazione del concordato. Se non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato<sup>517</sup>, che diviene obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura della liquidazione giudiziale, una volta scaduti i termini per l'opposizione o esaurite le impugnazioni.

Dalla descrizione delle norme emerge come l'attuale normativa sia pressoché identica a quella di futura applicazione; la ragione è da ricercarsi nelle modifiche che il legislatore del 2006 aveva apportato all'istituto e che hanno dato vigore e fatto emergere le reali potenzialità dell'istituto.

### *2.5. Cenni sulla liquidazione giudiziale di gruppo*

Come accennato nel capitolo precedente<sup>518</sup>, nella legge fallimentare non sono disciplinati i gruppi di imprese, che invece sono una novità introdotta dal Codice.

---

<sup>514</sup> Art. 241 commi 1 e 2, CCI corrispondente all'attuale art. 125, commi 1 e 2 l.f.

<sup>515</sup> Il Codice, nel dettaglio, limita il voto per i creditori portatori di un interesse in conflitto. Vd. art. 243, commi 5 e 6, CCI.

<sup>516</sup> Art. 244, commi 1 e 2, CCI corrispondente all'attuale art. 128, commi 1 e 2 l.f.

<sup>517</sup> Art. 245 rubricato «giudizio di omologa» corrispondente all'attuale art. 129.

<sup>518</sup> Vd. *supra* capitolo IV paragrafo 4.6 per le considerazioni generali svolte sui gruppi di imprese.

Nel dettaglio per quanto concerne la liquidazione giudiziale di gruppo, l'art. 287 CCI<sup>519</sup> dispone che qualora più imprese siano insolventi, facciano parte dello stesso gruppo e abbiano il centro degli interessi principali in Italia, possono essere assoggettate in accoglimento di un unico ricorso a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria «quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive».

Il curatore unico<sup>520</sup>, che viene nominato, deve illustrare nel programma di liquidazione le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese. Qualora ravvisi l'insolvenza di un'impresa del gruppo non ancora assoggettata alla procedura di liquidazione giudiziale, il curatore dovrà segnalare tale circostanza agli organi di amministrazione e controllo ovvero promuovere direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza di detta impresa. Si ritiene che la presente disposizione sia eccessivamente generica e lacunosa<sup>521</sup> e che rischi in tal modo l'attrazione di altre società all'interno di una liquidazione giudiziale di gruppo, senza avere la garanzia di una più piena tutela degli interessi del ceto creditorio<sup>522</sup>.

### 3. Considerazioni conclusive

Nonostante cambi il ruolo della liquidazione giudiziale all'interno dell'ampio settore delle procedure concorsuali, vista ormai come *extrema ratio* da utilizzare soltanto nel caso in cui non si giunga a soluzioni alternative di risoluzione della crisi, la finalità resta sempre la medesima, ossia la liquidazione del patrimonio

---

<sup>519</sup> Rubricato «liquidazione giudiziale di gruppo».

<sup>520</sup> Così come il tribunale nomina un unico giudice delegato e un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo. Vd. art. 287, comma 2, CCI.

<sup>521</sup> In quanto non pone limiti come invece compiuto ad esempio nell'amministrazione straordinaria di gruppo. Art. 81, comma 2, d.lgs. 270 del 1999 che dispone che «le imprese del gruppo sono ammesse all'amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali [...] ovvero quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura».

<sup>522</sup> S. SANZO, D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 329.

dell'imprenditore insolvente e la ripartizione del ricavato in favore dei creditori sulla base della graduazione dei loro crediti.

Anche se la finalità è la stessa, è presente un mutamento dell'istituto, prima di tutto sul versante ideologico, così come illustrato egregiamente dalla Relazione illustrativa al Codice; infatti essa afferma che «la definizione della procedura muove dal presupposto che il fallimento ha perso negli anni la sua connotazione di strumento volto essenzialmente ad espellere dal mercato l'imprenditore insolvente, gravato anche dal marchio della colpevole incapacità di corretta gestione degli affari. La mancata riuscita dell'attività imprenditoriale non è dunque valutata quale esclusiva conseguenza di colpevole inettitudine o di attività fraudolente, ma quale possibile evento che può interessare un'attività intrinsecamente connotata dal rischio economico»<sup>523</sup>.

Questo mutamento ideologico che, come si è visto, ha nel cambiamento formale dal vocabolo «fallimento» a «liquidazione giudiziale» la sua manifestazione più eclatante, si accompagna anche ad una mini riforma del sistema. È sicuramente stato sottolineato più volte nel corso del capitolo che numerosi articoli della legge fallimentare sono stati fedelmente riprodotti nel Codice; tuttavia il riformatore, da un lato ha provato a recepire le elaborazioni giurisprudenziali che si erano diffuse al fine di risolvere problematiche concrete e dall'altro lato ha introdotto alcuni mutamenti che, consistendo spesso nella variazione di singole parole o frasi non vengono ampiamente considerati, ma che in realtà, come analizzato, apportano significativi mutamenti<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> Relazione allo schema di Codice, cit., pp. 194-195.

<sup>524</sup> A. NASTRI, *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, 2019, disponibile sul sito [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

## **CAPITOLO VI - AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE INSOLVENTI**

### *1. Origini ed evoluzione dell'istituto*

Prima di analizzare la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (d'ora in avanti «amministrazione straordinaria») che, come visto in precedenza, si applica alle società a partecipazione pubblica ove ne ricorrano i presupposti<sup>525</sup>, si descrivono le origini dell'istituto.

L'amministrazione straordinaria era stata introdotta nel nostro ordinamento accanto alle procedure concorsuali tradizionali, mediante il d.l. 26 del 1979, convertito successivamente con la l. 3 aprile 1979, n. 95<sup>526</sup>. Tale legge aveva trovato una sua prima dimensione nell'ambito del d.l. 9 del 1976<sup>527</sup> il quale aveva tratto alcuni spunti dalla direttiva 75/129/CEE del Consiglio, intervenuta sul tema riguardante i licenziamenti collettivi imponendo ai legislatori nazionali di adeguare ed indirizzare le rispettive norme domestiche<sup>528</sup>.

Il fine precipuo della legge era di scongiurare il fallimento di imprese di rilevante interesse pubblico, tutelando aziende o gruppi di imprese di grandi dimensioni che si trovavano in stato d'insolvenza e che avevano precisi requisiti dimensionali. L'obiettivo della procedura era di non utilizzare soluzioni liquidatorie che non tenevano conto dei rilevanti interessi sia privati che pubblici alla conservazione e al risanamento dell'impresa, contrariamente a quanto avveniva nelle procedure concorsuali tradizionali la cui funzione essenziale era quella di tutelare l'interesse privato dei creditori a soddisfarsi sul patrimonio dell'imprenditore fallito, anche a discapito della salvaguardia aziendale. Puntava essenzialmente al mantenimento del complesso aziendale e alla tutela, totale o parziale, di un'azienda che espletava

---

<sup>525</sup> Vd. *supra* p. 90; in particolare art. 14, comma 1, TUSPP.

<sup>526</sup> Nota come Legge Prodi, legge di conversione del d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, recante «provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi».

<sup>527</sup> D.l. 30 gennaio 1976, n. 9, riguardante «interventi urgenti in favore dei lavoratori di aziende in particolari condizioni», convertito dalla l. 29 marzo 1976, n. 62.

<sup>528</sup> Focalizzando in particolar modo l'attenzione sulla continuità dell'azienda e sulla salvaguardia collettiva dei posti di lavoro, con norme in materia di cassa integrazione, indennità di disoccupazione, avviamento al lavoro che fino a quel momento erano lasciate all'autonomia negoziale delle organizzazioni sindacali.

attività commerciale, nonché, a determinate condizioni, del personale dipendente che all'interno delle stesse svolgeva le sue mansioni, mediante il proseguimento dell'attività, che veniva affidata ad un commissario straordinario nominato dall'autorità amministrativa; infatti prevedeva l'intervento di uno o più commissari, sotto la vigilanza dell'allora Ministero dell'industria, ora Ministro dello sviluppo economico<sup>529</sup>.

L'amministrazione straordinaria era stata pensata come uno strumento temporaneo ed eccezionale per permettere il controllo delle situazioni aziendali più rilevanti e l'individuazione, sulla base di criteri socio-economici, delle attività risanabili e di quelle da liquidare.

Nel corso degli anni, gli organi dell'allora Comunità europea avevano mosso alcune censure di compatibilità dell'amministrazione straordinaria con la disciplina comunitaria in tema di aiuti di Stato. Queste censure avevano portato il legislatore ad intervenire attraverso l'emanazione del d.lgs. 270 del 1999<sup>530</sup>, che aveva l'obiettivo di ridurre la durata della procedura, prevedere strumenti che permettessero una rapida individuazione di un nuovo assetto imprenditoriale e potenziare gli strumenti di tutela dei creditori.

A partire da questa disciplina si era innestata la procedura speciale di ammissione immediata all'amministrazione straordinaria introdotta con d.l. 347 del 2003, convertito successivamente con la l. 18 febbraio 2004, n. 39<sup>531</sup>. Tale disciplina era stata emanata per uno specifico caso, ossia il *crack* Parmalat e nel corso degli anni è stata più volte modificata per permetterne l'utilizzo in casi non rientranti nella disciplina<sup>532</sup>, tramite o l'innesto di nuove previsioni dirette a specifiche società ovvero la modifica esplicita delle norme generali regolatrici della procedura di amministrazione straordinaria, intervenendo sia sulla normativa del 2003 che su quella del 1999.

---

<sup>529</sup> Da qui in avanti si farà sempre riferimento al Ministro dello sviluppo economico, anche se il decreto legislativo utilizza ancora Ministro dell'industria.

<sup>530</sup> Nota come Legge Prodi *bis*, derivata dalla legge delega 274 del 30 luglio 1998.

<sup>531</sup> Nota come Legge Marzano, legge di conversione del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, recante «misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza». Per approfondimenti sul tema S. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di (CAGNASSO O. – PANZANI L.), Vol. III, Utet, Torino 2016, pp. 4130 ss.

<sup>532</sup> Vd. casi ILVA Spa e Alitalia Spa (adottato d.l. 38 del 2018 e d.l. 135 del 2018).

Nell'istituto in esame queste riforme sono sempre state parziali e disorganiche. L'ultimo, in ordine di tempo, tentativo di una riforma organica della materia è stato il disegno di legge n. 2831<sup>533</sup>, recante «delega al Governo in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza», trasmesso l'11 maggio 2017 dalla Camera dei Deputati al Senato della Repubblica, che si prefiggeva di riformare organicamente la materia, ma che è rimasto bloccato al vaglio della Commissione permanente Industria, commercio e turismo.

Il Codice pertanto non tratta della procedura di amministrazione straordinaria. Tuttavia è presente una novità in materia, data dall'art. 350<sup>534</sup>, che riforma la competenza del tribunale per la dichiarazione di insolvenza e per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria. In particolare, la modifica riguarda la sostituzione di alcune parole del d.lgs. 270 del 1999<sup>535</sup> e del d.lgs. 347 del 2003<sup>536</sup> con altri vocaboli, che rimandano all'art. 27, comma 1°, CCI, che dispone che «per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria [...] è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168<sup>537</sup>. Il tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese è individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il

---

<sup>533</sup> Costituito dall'accorpamento del disegno di legge n. 3671-ter (relativo al tema dell'amministrazione straordinaria, stralciato in data 18 maggio 2016 dal Ddl A.C. 3671 contenente la delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, presentato dal Governo alla Camera l'11 marzo 2016) e della proposta di legge n. 865 (legge Abrignani), presentati alla Camera, rispettivamente, nel 2016 e nel 2013.

<sup>534</sup> Art. 350 CCI rubricato «modifiche alla disciplina dell'amministrazione straordinaria» che recita che «all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, le parole «del luogo in cui essa ha la sede principale» sono sostituite dalle seguenti: «competente ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del codice della crisi e dell'insolvenza»; all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, in legge 18 febbraio 2004, n. 39, le parole «del luogo in cui ha la sede principale» sono sostituite dalle seguenti: «competente ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del codice della crisi e dell'insolvenza».

<sup>535</sup> Modifica dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 270 del 1999.

<sup>536</sup> Modifica dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 347 del 2003.

<sup>537</sup> Art. 1 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 afferma che «sono istituite presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche».

centro degli interessi principali». La norma, essendo ricompresa tra quelle di immediata applicazione, è in vigore dal 16 marzo 2019.

## 2. *La disciplina generale. I requisiti soggettivi e oggettivi*

Come visto, il quadro normativo all'interno del quale si inserisce l'amministrazione straordinaria risente dell'intima contraddizione presente tra i principi cui l'istituto aspira, ossia la sopravvivenza dell'impresa in uno con la tutela del credito, e le modalità della procedura, che nonostante si siano contraddistinte fin dagli albori per la lungimiranza rispetto al sistema concorsuale italiano, principalmente fallimentare, non sono state in grado di far propri i suggerimenti e le indicazioni della disciplina sovranazionale<sup>538</sup>.

La *ratio* della disciplina dell'amministrazione straordinaria emersa nel 1999, che abroga il previgente regime della legge del 1979, è di valorizzare le possibilità di conservazione, risanamento e di riorganizzazione dell'impresa, ponendole come scopo primario della procedura rispetto alle finalità meramente liquidatorie<sup>539</sup>.

L'art. 1<sup>540</sup>, infatti, dispone che la finalità dell'istituto è la conservazione del patrimonio produttivo, mediante la prosecuzione, la riattivazione o la riconversione delle attività imprenditoriali. In aggiunta l'art. 27, comma 2°, afferma che l'istituto si propone il fine di cedere i complessi aziendali, affinché l'attività di impresa sia proseguita dal cessionario ovvero il fine di procedere ad una ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, affinché quest'ultima possa poi essere continuata dallo stesso debitore.

Sul versante dei requisiti, il già citato articolo 1 precisa soltanto che la disciplina dell'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale che si applica in tutti quei casi in cui le grandi imprese commerciali si trovano a dover far fronte ad uno

---

<sup>538</sup> *Ex plurimis*, A. DANOVÌ, C. MONTANARO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: primi spunti di verifica empirica*, 2010, (2), pp. 245 ss.; R. MARTINO, *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito*, in *Giust. civ.*, 2000, (3), pp. 155 ss.

<sup>539</sup> E.F. RICCI, *Procedure liquidatorie, procedure conservative e tecniche di individuazione del patrimonio (a proposito di "ristrutturazione" nella nuova amministrazione straordinaria)*, in *Giur. comm.*, 2001, (1), pp. 35 ss.

<sup>540</sup> Da qui in avanti ove non diversamente affermato, si fa riferimento al d.lgs. 270 del 1999.

stato di insolvenza<sup>541</sup>. Oltre all'insolvenza, dal combinato disposto degli artt. 2 e 27 si ricavano, in concreto, i requisiti e i presupposti per l'accesso a tale procedura.

Relativamente ai requisiti soggettivi, deve trattarsi di una grande impresa commerciale, svolta, per quanto qui interessa, in forma societaria, soggetta alle disposizioni sul fallimento; pertanto, come già visto nel capitolo precedente, le imprese minori e le imprese agricole sono escluse dall'applicazione di questa procedura concorsuale.

Procedendo oltre, vengono richiesti ulteriori presupposti oggettivi che circoscrivono maggiormente i confini di applicabilità della disciplina; oltre ad essere imprese commerciali, il legislatore richiede il possesso congiunto di due parametri di natura dimensionale. Il primo fa riferimento ai requisiti occupazionali dell'impresa, mentre il secondo al livello di indebitamento della stessa.

Per ciò che concerne il primo parametro, ossia il numero dei lavoratori subordinati, tenuto conto anche di quelli ammessi al trattamento della cassa integrazione guadagni, esso non deve essere inferiore a duecento e deve sussistere da almeno un anno<sup>542</sup>. Il dato numerico dà adito ad una serie di dubbi, poiché è un parametro sottodimensionato rispetto alla *ratio* dell'istituto, che si prefigge la salvaguardia delle imprese di grandi dimensioni dalla cui crisi possa derivare un forte allarme sociale, in quanto piuttosto fa riferimento ad imprese di medie dimensioni. Nondimeno, si tratta di un esiguo dato numerico se comparato a quanto disponeva la passata disciplina, che indicava in trecento l'ammontare minimo di lavoratori al fine di poter accedere alla procedura.

Altra osservazione riguarda il fatto che il legislatore prenda in considerazione soltanto i lavoratori subordinati: è vero che vengono estromessi dall'elenco dei lavoratori rilevanti per il superamento della soglia i lavoratori interinali, ma sono inclusi sia i lavoratori assunti a tempo parziale, purché aventi un rapporto di lavoro subordinato, sia i lavoratori che espletano le loro attività all'estero, ma che ricevono lo stipendio dalla casa madre italiana<sup>543</sup>.

---

<sup>541</sup> In una prospettiva di oggettivizzazione, il riferimento non è più all'imprenditore quanto all'impresa. Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, CEDAM, Assago 2012, p. 617.

<sup>542</sup> Art. 2, comma 1, lett. a). Ivi, p. 618.

<sup>543</sup> A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Giappichelli Editore, Torino 2000, p. 24.

Si evidenzia ancora che il dato temporale della persistenza di un numero di lavoratori pari a duecento da almeno un anno deve essere conteggiato a partire dal momento in cui venga pronunciata la sentenza dichiarativa dell'insolvenza; la disposizione ha il fine principale di evitare artificiose assunzioni di personale<sup>544</sup>.

Il secondo parametro richiede che il livello di indebitamento dell'impresa non sia complessivamente inferiore ai due terzi sia del totale dell'attivo dello stato patrimoniale<sup>545</sup>, sia dei ricavi scaturenti dalle vendite e dalle prestazioni<sup>546</sup> dell'ultimo esercizio<sup>547</sup>. La giurisprudenza di merito<sup>548</sup> ha evidenziato che, ai fini dell'accertamento dei requisiti di ammissione all'amministrazione straordinaria, il rapporto debiti - attivo - ricavi vada verificato con riferimento alla realtà effettiva dell'impresa, accertabile con qualunque mezzo.

Oltre ai requisiti dimensionali e di indebitamento, per l'ammissione alla procedura si richiede un ulteriore presupposto oggettivo; infatti, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 27, comma 1°, devono sussistere, in una sorta di giudizio prognostico, concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.

### *2.1. La sentenza dichiarativa dell'insolvenza e l'apertura della procedura*

Per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria si prevede in primo luogo che il tribunale competente, *ex art. 3*, così come modificato dall'art. 350 CCI, su ricorso dell'imprenditore, di uno o più creditori, del pubblico ministero o d'ufficio, verificati i requisiti richiesti, dichiari lo stato di insolvenza con sentenza. La diversità, rispetto alla disciplina fallimentare riformata<sup>549</sup>, è che nella presente procedura il tribunale può procedere d'ufficio; tuttavia, si ritiene che possa effettivamente procedere *ex officio* solamente qualora la notizia dello stato di insolvenza pervenga da soggetti qualificati, quali il pubblico ministero o il

---

<sup>544</sup> E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p.619.

<sup>545</sup> Art. 2424 c.c.

<sup>546</sup> Art. 2425 c.c.

<sup>547</sup> Art. 2, comma 1, lett. b).

<sup>548</sup> Cfr. Trib. Bari, 8 febbraio 2004, in *Fallimento*, 2004, 821.

<sup>549</sup> Art. 4 d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

commissario giudiziale<sup>550</sup>. Presentato il ricorso, prima della dichiarazione di insolvenza, il tribunale convoca l'imprenditore, il ricorrente e il Ministro dello sviluppo economico, soggetti interessati all'attuazione del provvedimento.

Ai sensi dell'art. 8, il tribunale pronuncia sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza con la quale non soltanto accerta l'esistenza dei requisiti dell'art. 2, ma anche nomina gli organi della procedura, ossia il giudice delegato e i commissari giudiziali. Per quanto riguarda la gestione e la prosecuzione dell'attività d'impresa, dalla sentenza dichiarativa, o l'imprenditore stesso o il commissario giudiziale proseguono l'attività al fine di evitare che la situazione di insolvenza degeneri ulteriormente e al fine di garantire la *par condicio creditorum*.

Su un altro versante, sempre dalla pronuncia si apre una fase di natura diagnostica, amministrata dal tribunale, che ha lo scopo di analizzare quali siano le effettive e concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico. L'analisi prognostica può essere svolta sulla base di due programmi alternativi: il primo, chiamato «programma di cessione dei complessi aziendali»<sup>551</sup> è caratterizzato appunto dalla cessione dei complessi aziendali al fine di soddisfare in parte il ceto creditorio e realizzare un rinnovato equilibrio tra costi e ricavi, che permetta una prosecuzione dell'esercizio di impresa. In questo caso il programma non può avere una durata superiore all'anno. Il secondo, invece, chiamato «programma di ristrutturazione»<sup>552</sup> è caratterizzato da una ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa al fine di un ritorno del debitore alla normale gestione della solvibilità. In questo caso il programma non può avere una durata superiore a due anni.

L'art. 28, comma 1°, dispone che «entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, il commissario giudiziale deposita in cancelleria una relazione contenente la descrizione particolareggiata delle cause dello stato di insolvenza e

---

<sup>550</sup> M.C. GIORGETTI, *Aspetti procedurali delle amministrazioni straordinarie*, in *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, a cura di (G. ROCCA, D. CORRADO), I Quaderni n. 74, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2017, p. 22.

<sup>551</sup> Art. 27, comma 2, lett. a). Analogamente vi è una disposizione specifica per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali che prevede che il recupero dell'equilibrio economico possa essere realizzato «anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno. (programma di cessione dei complessi di beni e contratti)».

<sup>552</sup> Art. 27, comma 2, lett. b).

una valutazione motivata circa l'esistenza delle condizioni previste dall'art. 27 ai fini dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria». Nello stesso termine, questa relazione viene trasmessa al Ministero dello sviluppo economico, che ha dieci giorni di tempo per esprimere il proprio parere in ordine all'ammissione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria<sup>553</sup>. Inoltre chiunque sia interessato, imprenditore compreso, può prendere visione della relazione del commissario e depositare delle osservazioni scritte nel termine di dieci giorni dall'affissione dell'avviso di deposito della relazione, che avviene entro ventiquattro ore dal deposito stesso.

Insomma il tribunale per arrivare alla decisione sull'apertura della procedura dovrà valutare più fonti, tra cui un ruolo rilevante viene rivestito dalla già citata relazione del commissario giudiziale. La normativa è diretta a limitare fortemente i poteri del tribunale e questo ha suscitato forti critiche in quanto si pone in un certo senso in discussione la terzietà dell'autorità giudiziaria<sup>554</sup>.

In particolare, qualora la valutazione sia negativa, il tribunale non potrà che pronunciare un decreto motivato di fallimento. Invece, in caso di esito positivo sulle possibilità di ripresa, si aprirà la seconda fase, ossia la vera e propria procedura di amministrazione straordinaria, che si realizza ugualmente attraverso un decreto motivato emanato dal tribunale entro trenta giorni dal deposito della relazione del commissario giudiziale<sup>555</sup>.

L'apertura della procedura di amministrazione straordinaria segna il passaggio dalla fase propriamente giudiziaria a quella amministrativa. Nel dettaglio, la legge conferisce una funzione rilevante al Ministero dello sviluppo economico obbligato a vigilare sull'espletamento della procedura<sup>556</sup> e ad assumere le decisioni di maggiore rilievo. Di fondamentale importanza è l'art. 38, comma 1°, che dispone che «entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto che dichiara aperta la procedura, il Ministro dell'industria (ora sostituito come già visto) nomina con

---

<sup>553</sup> Art. 29.

<sup>554</sup> M. BIANCA, *L'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Utet, Torino 2008, pp. 38 ss.

<sup>555</sup> Art. 30, rubricato «apertura della procedura. Dichiarazione di fallimento».

<sup>556</sup> Art. 37 rubricato «vigilanza sulla procedura».

decreto uno o tre commissari straordinari»; di conseguenza, con la nomina del commissario straordinario cessano le funzioni del commissario giudiziale<sup>557</sup>.

Nel lasso di tempo tra il decreto di apertura della procedura e quello ministeriale di nomina del commissario straordinario, il tribunale adotta o conferma i provvedimenti opportuni per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, sotto la gestione del commissario giudiziale<sup>558</sup>; è un'indicazione importante dato che, per pochi giorni sembrerebbe essere imposta al tribunale l'adozione della gestione commissariale.

Si segnala ancora la presenza del comitato di sorveglianza, composto da tre o cinque membri<sup>559</sup>, nominato sempre con decreto dal Ministro dello sviluppo economico e incaricato di esprimere pareri obbligatori ma non vincolanti sugli atti del commissario nelle ipotesi previste dal decreto medesimo e in ogni altro caso in cui il Ministero lo reputi opportuno. In aggiunta, l'organo ha poteri di ispezione, così come disposto dall'art. 46, che afferma che il comitato possa in qualunque momento «ispezionare le scritture contabili e i documenti della procedura» e possa «chiedere chiarimenti al commissario straordinario e all'imprenditore insolvente».

## 2.2. *Il contenuto e l'esecuzione del programma di recupero*

Sul versante procedurale, in caso di esito positivo da parte del tribunale e conseguente apertura della fase di amministrazione straordinaria, sarà compito del

---

<sup>557</sup> Salvo quanto previsto *ex art.* 34 rubricato «giudizi in corso nei confronti del commissario giudiziale» che dispone che «se i decreti previsti dall'art. 30, comma 1, sono emessi mentre è in corso il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, il commissario straordinario o il curatore, secondo che sia stata aperta la procedura di amministrazione straordinaria o dichiarato il fallimento, intervengono nel giudizio in sostituzione del commissario giudiziale.

In mancanza dell'intervento, il giudizio prosegue nei confronti del commissario giudiziale, salva la facoltà delle parti di chiamare nel processo il commissario straordinario o il curatore.

Se alla data dei decreti previsti dall'art. 30, comma 1, non è ancora scaduto il termine per proporre opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, l'atto di opposizione è notificato al commissario straordinario, ove nominato, o al curatore, in luogo del commissario giudiziale.

Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche agli altri giudizi in corso nei quali è parte il commissario giudiziale».

<sup>558</sup> Art. 32.

<sup>559</sup> Art. 45, comma 1, dispone sulla scelta dei componenti del comitato di sorveglianza: «uno o due di essi, a seconda che il comitato sia composto da tre o cinque membri, sono scelti tra i creditori chirografari; i membri residui tra persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitata dall'impresa o nella materia concorsuale».

commissario straordinario, entro i sessanta giorni successivi al decreto di apertura della procedura, presentare al Ministero dello sviluppo economico un programma. Entro trenta giorni dalla sua presentazione, il Ministero deve autorizzare l'esecuzione del programma stesso con decreto, sentito il comitato di sorveglianza<sup>560</sup>. Tuttavia il Ministero può chiedere chiarimenti, modifiche o integrazioni del programma a cui il commissario straordinario deve provvedere entro ulteriori trenta giorni; dalla richiesta viene sospeso il termine che porterebbe dopo novanta giorni all'approvazione del programma anche in presenza del silenzio del Ministero.

L'esecuzione del programma autorizzato<sup>561</sup> è affidata al commissario straordinario che compie tutte le attività dirette all'esecuzione del medesimo, informando periodicamente il Ministro sull'andamento dell'esercizio dell'impresa. Nei dieci giorni successivi al termine di scadenza del programma, il commissario deve presentare una relazione finale, con la quale illustra analiticamente gli esiti della sua esecuzione, specificando se gli obiettivi indicati nell'art. 27 sono stati o meno conseguiti. Si sottolinea che lo stesso commissario straordinario nel corso dell'esecuzione può chiedere al Ministero, indicandone le ragioni, di modificare il programma autorizzato o di sostituirlo con un programma che adotti l'indirizzo alternativo a quello già autorizzato<sup>562</sup>.

Sul versante sostanziale, il legislatore, *in primis*, detta dei criteri generali di definizione del programma. Viene disposto che il medesimo, che si prefigge l'obiettivo di salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, ma allo stesso tempo di considerare gli interessi dei creditori, debba essere redatto sotto la vigilanza del Ministero e in conformità agli indirizzi di politica industriale dallo stesso adottati<sup>563</sup>. Inoltre, dovrà essere conforme alle disposizioni ed agli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di

---

<sup>560</sup> Art. 57, comma 1. Inoltre per esigenze di certezza al comma 2 si dispone che «il programma si intende comunque autorizzato se il Ministero non si pronuncia entro novanta giorni dalla presentazione».

<sup>561</sup> Art. 61, comma 1.

<sup>562</sup> Art. 60, comma 1.

<sup>563</sup> Art. 55, comma 1.

imprese in difficoltà, in caso di ricorso a finanziamenti, agevolazioni o garanzie pubbliche<sup>564</sup>.

Più nello specifico, dato che il programma di recupero reca in sé, alternativamente, due proposte di risoluzione dello stato di insolvenza, sarà il commissario straordinario a dover decidere quale percorso intraprendere; come già visto dall'art. 27, si tratterà di scegliere se preferire un programma di cessione dei complessi aziendali a terzi ovvero un vero e proprio programma di ristrutturazione<sup>565</sup>.

Nonostante questa distinzione, in entrambe le fattispecie il programma prevederà la continuazione dell'attività d'impresa e dovrà indicare: «a) le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere; b) il piano per la eventuale liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa; c) le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa; d) i modi della copertura del fabbisogno finanziario, con specificazione dei finanziamenti o delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l'utilizzazione; d-bis) i costi generali e specifici complessivamente stimati per l'attuazione della procedura, con esclusione del compenso dei commissari e del comitato di sorveglianza»<sup>566</sup>.

In aggiunta a quanto detto, il programma di cessione<sup>567</sup> dovrà necessariamente indicare le modalità con cui si svolgerà la cessione, dovrà recare traccia delle manifestazioni di interesse e delle offerte sino a quel momento pervenute e dovrà prendere in considerazione le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori. Per quanto riguarda il programma di ristrutturazione, invece, il comma 3° dell'art. 56 afferma che il programma debba ulteriormente indicare le ipotetiche previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante

---

<sup>564</sup> Cfr. Cass. civ. sez. unite, sent., 27/05/09, n. 12247, che statuisce che qualora non siano rispettati in termini effettivi i vincoli disposti dal legislatore, debba essere messa in dubbio la legittimità del programma.

<sup>565</sup> A. ROSSI, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giur. comm.*, 2001, (3), pp. 356 ss.

<sup>566</sup> Art. 56, comma 1.

<sup>567</sup> Vd. artt. 42 rubricato «controllo preventivo sugli atti del commissario straordinario», 62 rubricato «alienazione dei beni» e 63 rubricato «vendita di aziende in esercizio».

concordato. Con specifico riguardo ai livelli occupazionali, si prevede che le operazioni compiute in vista della liquidazione dei beni del cedente, in ottemperanza ad un programma di cessione dei complessi aziendali, non costituiscono trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.<sup>568</sup>

Dopo la trattazione riguardante il contenuto del programma va ricordato che l'accertamento del passivo e la ripartizione dell'attivo sono due fasi procedurali necessarie per giungere ad uno degli scopi della procedura, ossia il soddisfacimento dei creditori. Per entrambe il decreto legislativo richiama *per relationem* la legge fallimentare e in futuro il Codice<sup>569</sup>.

### 2.3. La cessazione della procedura

La cessazione della procedura di amministrazione straordinaria può avvenire per tre differenti cause.

*In primis* si potrà verificare la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento qualora risulti che la procedura non possa essere utilmente proseguita ovvero qualora al termine della stessa si constati che il programma non sia stato realizzato; in tal caso il tribunale, su richiesta del commissario straordinario o d'ufficio, disporrà la suddetta conversione<sup>570</sup>, secondo un principio di continuità delle procedure.

In secondo luogo è possibile che la procedura si chiuda, sempre con decreto del tribunale, per tre differenti ipotesi: o poiché non sussistono domande di insinuazione al passivo entro i termini fissati dalla sentenza dichiarativa dell'insolvenza, oppure perché, anche prima del termine di scadenza del programma, l'imprenditore insolvente ha recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ovvero dal momento del passaggio in

---

<sup>568</sup> Cass. civ. sez. lav., sent., 04/11/14, n. 23473.

<sup>569</sup> Artt. 53, comma 1 e 67, comma 2, che rispettivamente dispongono che «l'accertamento del passivo prosegue sulla base delle disposizioni della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, secondo il procedimento previsto dagli artt. 93 ss. della legge fallimentare, sostituito al curatore il commissario straordinario» e che «le ripartizioni hanno luogo secondo le disposizioni degli artt. 110, secondo e terzo comma, 111, 112, 113, 114, 115 e 117, secondo e terzo comma, della legge fallimentare».

<sup>570</sup> Artt. 69-70.

giudicato della sentenza di concordato preventivo<sup>571</sup>. In aggiunta, nel caso in cui il programma presenti quale scopo la cessione dei beni aziendali, la chiusura della procedura può concretizzarsi, se le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi ovvero se si è verificata la ripartizione dell'attivo. In tale frangente, l'amministrazione straordinaria, nonostante non sia stata convertita nella procedura fallimentare, avrà solamente il fine di ripartire l'attivo liquidato e non di gestire l'impresa insolvente<sup>572</sup>.

Nella fattispecie dell'imprenditore insolvente, che ha recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, la dichiarazione di chiusura non esclude il fatto che il tribunale, entro cinque anni, su istanza dell'imprenditore stesso o di qualunque creditore, riapra la procedura<sup>573</sup>.

In terzo luogo si trova il già citato concordato<sup>574</sup> che può essere presentato o dall'imprenditore stesso oppure da terzi, ma non dai creditori e soltanto dopo che sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo. È il Ministero dello sviluppo economico che autorizza l'imprenditore o il terzo a proporre al tribunale un concordato, tenuto conto della convenienza del concordato e della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura.

### 3. *Cenni sull'amministrazione straordinaria nei gruppi di imprese*

Come già visto in precedenza la legge fallimentare fino alla nuova riforma del Codice è silente sul tema dei gruppi d'impresa. Ciononostante un riferimento ai gruppi di imprese insolventi è presente nella nostra attuale legislazione all'interno delle norme che disciplinano la procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza<sup>575</sup>.

---

<sup>571</sup> Art. 74, comma 1. In ogni caso a pronunciare l'ultima parola sarà il Tribunale e non l'organo amministrativo: cfr. M. SANDULLI, *La cessazione dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 2001, (1), pp. 46 ss.

<sup>572</sup> M. SCIUTO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in AA.VV. *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli Editore, Torino 2019, p. 281.

<sup>573</sup> Art. 77 rubricato «riapertura della procedura».

<sup>574</sup> Art. 78, comma 1 che dispone che «dopo il decreto previsto dall'art. 97 della legge fallimentare, il Ministero dell'industria, su parere del commissario straordinario, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'imprenditore dichiarato insolvente o un terzo a proporre al tribunale un concordato, osservate le disposizioni dell'art. 152 della legge fallimentare, se si tratta di società».

<sup>575</sup> Titolo IV, capo I, artt. 80-91.

Tale ultima normativa regola le ipotesi di amministrazione straordinaria di un'impresa che fa parte di un gruppo<sup>576</sup> e la possibilità di estendere la stessa procedura ad altre imprese del gruppo, che si trovino in una situazione di insolvenza, anche nelle ipotesi in cui dette imprese non abbiano i restanti requisiti prescritti per essere ammesse alla procedura.

In un simile quadro, la procedura di riferimento è quella madre, in quanto riguarda l'impresa che, rivestendo i requisiti di legge, viene avviata per prima all'amministrazione straordinaria e ciò raffigura il presupposto per dare avvio all'estensione della procedura conservativa anche alle altre imprese del gruppo, a prescindere dal fatto che posseggano o meno i requisiti di legge.

L'estensione all'interno del gruppo può avvenire sia in senso ascendente nei confronti delle controllanti, sia in senso discendente nei riguardi delle controllate, sia in senso orizzontale tra società sorelle ovvero tra società che sono tutte assoggettate al controllo della stessa impresa in amministrazione straordinaria<sup>577</sup>.

Perché si possa avere l'estensione della procedura madre, la legge pone soltanto una condizione ossia la complementarità funzionale dell'estensione<sup>578</sup>. Questa condizione si verifica in due casi o qualora le altre imprese del gruppo presentino, come l'impresa soggetta alla procedura madre, concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, o qualora si palesi opportuna una gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto funzionale a consentire il raggiungimento degli obiettivi della procedura madre, a

---

<sup>576</sup> Per definizione di imprese del gruppo l'art. 80, lett. b) dispone che per imprese del gruppo si intendono «1) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; 2) le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; 3) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre». Il secondo comma dispone ancora che «agli effetti del primo comma, lett. b), numeri 1) e 2), vi è anche con riguardo a soggetti diversi dalle società, nelle ipotesi previste dall'art. 2359, primo e secondo comma, c.c.». Per approfondimenti sul tema del controllo vd. *supra* capitolo I, paragrafo 3.3.1.

<sup>577</sup> A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., pp. 426 ss.

<sup>578</sup> M. SCIUTO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., p. 282.

causa dei collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese<sup>579</sup>.

A seconda di quale sia la condizione che ha permesso l'ingresso dell'impresa nella procedura madre di amministrazione straordinaria, sarà stilato un programma specifico differente. Infatti, se l'impresa è stata ammessa a causa delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività, il commissario straordinario predisporrà un programma secondo uno degli indirizzi alternativi previsti dal più volte citato art. 27, comma 2°. Nel caso in cui invece l'impresa del gruppo sia stata ammessa in considerazione dell'opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, il commissario straordinario predisporrà un semplice programma integrativo di quello approvato nell'ambito della procedura madre o in relazione ad altra impresa del gruppo ammessa alla procedura<sup>580</sup>.

---

<sup>579</sup> Art. 81, comma 2.

<sup>580</sup> Art. 86 rubricato «programma delle imprese del gruppo».

## CONCLUSIONE

«Non sempre cambiare equivale a migliorare, ma per migliorare bisogna cambiare»<sup>581</sup>.

In tema di insolvenza, il tentativo di riforma ha come primo scopo l'allineamento della legislazione italiana a quella dei maggiori paesi dell'Unione Europea, così come indicato dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014, riguardante un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza. In una situazione di disordine e disorganicità, di crisi della funzione nomofilattica della Corte Suprema di Cassazione, non può che essere salutato positivamente l'avvento del Codice, che tenta di sistematizzare il *mare magnum* delle procedure concorsuali, avendo come obiettivo dichiarato la garanzia del principio della certezza del diritto in ambito concorsuale<sup>582</sup>.

Il Codice della crisi di impresa, pertanto, consegna un nuovo diritto concorsuale, nel quale definitivamente trovano collocazione le società a partecipazione pubblica. È un Codice viepiù orientato verso soluzioni in continuità e che prevede misure che mostrano l'intenzione di far emergere tempestivamente un eventuale stato di crisi al fine di permettere alle imprese una pronta soluzione. L'utilizzo di misure aventi tale obiettivo, sul presupposto che l'intervento nella fase prodromica (c.d. *twilight zone*) permetta di raggiungere soluzioni maggiormente soddisfacenti della crisi senza giungere all'insorgenza dell'insolvenza<sup>583</sup>, è condizionato dal verificarsi di un radicale cambiamento nella cultura imprenditoriale, che tuttora presenta la criticità di non possedere un'autocoscienza del limite.

Le regole sono certamente utili, ma in concreto sono efficaci soltanto qualora vengano effettivamente messe in pratica, richiedendo che vi sia una capacità reattiva dell'imprenditore, una maggiore visione aziendalistica dell'autorità giudiziaria e una oculata gestione della crisi da parte dei consulenti<sup>584</sup>.

L'auspicio è che le novità introdotte in materia di assetti organizzativi adeguati, di procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi e le previste riforme degli

---

<sup>581</sup> Sir. Winston Churchill.

<sup>582</sup> M. GREGGIO, *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi; il crepuscolo del "Re"*, cit., p. 2.

<sup>583</sup> G. BONFANTE, *Le misure d'allerta*, p.1, in press.

<sup>584</sup> A. AIELLO, A. AURICCHIO, G. COVINO, L. JEANTET, *Piano attestato di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.20.

istituti del piano di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione e del concordato preventivo possano garantire risposte più convincenti alle situazioni di crisi, ottenendo soluzioni più efficaci e in minor tempo e non rimangano soltanto una enunciazione di buoni principi stampati sulla carta.

## BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N. - ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le società*, 2019, (4), p. 393.

AIELLO A. - AURICCHIO A. - COVINO G. - JEANTET L., *Piano attestato di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti*, 2019, disponibile sul sito [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

ALBANESE L., *Accertamento incidentale del credito e insolvenza del debitore anche per un singolo debito*, in *Fallimento*, 2015, (5), p. 531.

AMATORE R., *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Milano 2016.

AMBROSINI S., *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, 2019, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

ID., *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, 2018, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

ID., *La riforma delle leggi in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, a cura di (ROCCA G., CORRADO D.), I Quaderni n. 74, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2017.

ID., *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in *Giur. comm.*, 2017, (3), p. 387.

ID., *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di (CAGNASSO O. – PANZANI L.), Vol. III, Utet, Torino 2016.

ID., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 2013, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

ID., *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. fall.*, 2010, (5), p. 551.

AMBROSINI S. – AIELLO M., *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, 2014, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

ANDRACCHIO D., *L'assoggettabilità delle società in house al fallimento e alle altre procedure concorsuali* – Nota a Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza 7 febbraio 2017, n. 3196, disponibile sul sito [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it).

ANDRETTO L., *Concordato preventivo, gruppi di imprese, omologazione, questioni varie*, in *Fallimento*, 2015, (2), p. 203.

APPIO C.L. – DE FILIPPIS D., *Sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2018, (4), p. 664.

ARATO M., *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, 2018, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

BALESTRA L., *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2017, (12), 1477.

BARATTA A. I., *La nuova tipologia di attestazione prevista dall'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza*, 2019, disponibile sul sito [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

BAUCO C., *Crisi d'impresa: al via l'obbligo di nuovi assetti societari. Come adeguarsi?*, in *Dossier Riforma della crisi d'impresa*, IPSOA, 2019.

BELLÈ R., *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, in *Fallimento*, 2012, (5), p. 511.

BENEDINI R., *Concordato preventivo: profili di elusività rispetto alla disciplina delle offerte concorrenti*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, (3), p. 415.

BIANCA M., *L'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Utet, Torino 2008.

BONELLI F., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Giuffrè Editore, Milano 2001.

BONFANTE G., *Le misure d'allerta*, in press.

ID., *Il nuovo diritto della crisi dell'insolvenza*, in press.

BONURA H. – FONDERICO G., *Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica. Commento a d.lgs. 19 agosto 2016, n.175*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, (6), p. 722.

BOZZA G., *L'accertamento del passivo nella procedura di liquidazione giudiziale*, in *Fallimento*, 2016, (10), p. 1063.

ID., *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, (10), p. 1208.

BRICI D.E - DONATO A., *Art. 1-2*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di (MEO G. – NUZZO A.), Cacucci Editore, Bari 2016.

BRIGHENTI F., *Il nuovo Codice della crisi tra disciplina transitoria, tempistica differenziata e correttivi in corso*, in *Norme e Tributi Mese*, 2019, (6), disponibile sul sito [www.normetributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normetributidigital.ilsole24ore.com).

BRIZZI F., *Proposte concorrenti nel concordato preventivo e governance dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2017, (2), p. 335.

BROGI R., *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, 2016, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

BUFFELLI G., *Codice della crisi e dell'insolvenza: le parole della crisi*, in *Norme e Tributi Mese*, 2019, (7), disponibile sul sito [www.normetributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normetributidigital.ilsole24ore.com).

ID., *Con il Codice della crisi nuovi assetti organizzativi entrano nella vita delle imprese*, in *Norme e Tributi Mese*, 2019, (3), disponibile sul sito [www.normetributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normetributidigital.ilsole24ore.com).

ID., *Codice della crisi e dell'insolvenza: al centro del nuovo concordato soddisfacimento dei creditori e tutela dell'occupazione*, in *Norme e Tributi Mese*, 2019, (2), disponibile sul sito [www.normtributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normtributidigital.ilsole24ore.com).

ID., *Crisi d'impresa: con le modifiche al Codice civile più responsabilità agli organi di controllo interno*, in *Norme e Tributi Mese*, 2018, (12), disponibile sul sito [www.normtributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normtributidigital.ilsole24ore.com).

BURIGO F., *Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace*, in *Riv. ric. giur.*, 2016, (2), p. 283.

BUSSANI A., *La riforma della crisi d'impresa riscrive il ruolo dei soci della Srl*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 febbraio 2019.

BUSUITO E., *Crisi d'impresa: le misure premiali penali per l'imprenditore in difficoltà*, in *Dossier Riforma della crisi d'impresa*, IPSOA, 2019.

CAFAGNO M. - MANGANARO F., *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (CAFAGNO M. – MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016.

CAGNASSO O., *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, (1), p. 33.

CAIAFA A., *La riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza: le novità delle procedure di allerta*, in *Fallimenti e Società. Osservatorio del diritto societario e fallimentare del Triveneto*, 2017, disponibile sul sito [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it).

CALCAGNILE M., *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, (4), p. 441.

CARINGELLA F., *Il sistema del diritto amministrativo I. Il nuovo diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editore, 2016.

CASTAGNOLA A., SACCHI R., *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Giappichelli Editore, Torino 2000.

CATALDO M., *La soggezione dell'impresa in crisi al regime d'allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, (10), p. 1021.

CAVALAGLIO A., *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito*, in *Giust. civ.*, 2000, (4), p. 205.

CAVALLARO M., *Fallimenti: la riforma scommette sulla diagnosi precoce della crisi*, in *Norme e Tributi Mese*, 2019, (2), disponibile sul sito [www.normetributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normetributidigital.ilsole24ore.com).

CENSONI P.F., *Gli effetti sostanziali del c.d. periodo di osservazione e della nuova amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2001, (5), p. 548.

CERVELLI S., *Assoggettabilità al fallimento delle società in house*, in *Dir. fall.*, 2015, (1), p. 66.

CHIEREGO T., *Le società pubbliche dopo il d.lgs. n. 175/2016*, in *Fallimenti e Società. Osservatorio del diritto societario e fallimentare del Triveneto*, 2017, disponibile sul sito [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it).

CHIONNA V.V., *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in *Dir. fall.*, 2017, (2), p. 511.

CINTIOLI F., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (CAFAGNO M. – MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna 2013.

ID., *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amm.*, 1984, p. 551.

COCCO G., *Liberalizzazioni*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (CAFAGNO M. - MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016.

CODAZZI E., *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, a cura di (IBBA C., DEMURO I.), Zanichelli Editore, Bologna 2018.

EAD., *Le “nuove” società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, in VIII Convegno Annuale dell’Associazione Italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma 17-18 febbraio, 2017.

EAD., *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2015, (1), p. 74.

COSTA A., *La crisi d’impresa: la procedura di concordato preventivo*, Cacucci Editore, Bari 2013.

D’ATTORRE G., *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Fallimento*, 2018, (2), p. 139.

ID., *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, (2-3), p. 517.

ID., *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, (1), p. 39.

D’ORAZIO L. - MONTEFERRANTE L., *Procedure concorsuali e diritto pubblico: insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, Wolters Kluwer, Assago 2017.

DANOVI A. – GIACOMELLI S. - RIVA P. - RODANO G., *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d’impresa: il concordato preventivo*, in *Questioni di economia e finanza*, 2018, (430), disponibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

DANOVI A. – MONTANARO C., *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: primi spunti di verifica empirica*, in *Giur. comm.*, 2010, (2), p. 245.

DANOVI A. - RIVA P - AZZOLA M., *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, in *Giur. comm.*, 2016, (6), p. 837.

DE ANGELIS L., *Anche i sindaci potranno richiedere la liquidazione giudiziale della società*, 2019, disponibile sul sito [www.vptl.it/2019/01/28](http://www.vptl.it/2019/01/28).

DE BENEDETTO M., *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani in L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (CAFAGNO M. – MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016.

DE GOTTARDO F., *Le società a partecipazione pubblica che svolgano attività commerciale sono assoggettabili alle procedure concorsuali*, 2019, disponibile sul sito [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

DELL'ATTI A. – TURCO M., *Piani attestati e principi di comportamento del professionista*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, (2), p. 265.

DE MATTEIS S., *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, (6), p. 1291.

ID., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa: modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Giuffrè Editore, Milano 2017.

DE NICTOLIS R. – CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè Editore, Milano 2008.

DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, (5), p. 489.

DELLA ROCCA S. - GRIECO F., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, Wolters Kluwer, Milano 2019.

DI GIROLAMO A. F., *Le Sezioni unite e il principio di prevalenza del concordato preventivo rispetto al fallimento*, in *Giur. comm.*, 2017, (1), p. 21/II.

DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

DI MARZIO F., *Il concordato preventivo nel Codice dell'insolvenza. Introduzione*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 2019 (multimedia).

ID., *Continuità aziendale e liquidazione nel nuovo concordato preventivo*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 2019 (multimedia).

DI RUSSO D., *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, II ed., Eutekne, Torino 2017.

DOMINICI G.C. – QUATTROCCHIO L.M., *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. econ. impresa*, 2016, (4), p. 60.

DONATIVI V., “*Società a controllo pubblico*” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, (5), p. 747.

ID., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer, Assago 2016.

EBERLE C., *Le società pubbliche e il Testo unico sulle partecipate: appunti per un primo inquadramento dogmatico, per alcuni profili operativi anche con riferimento alle possibili interferenze con il diritto societario e della crisi d'impresa*, CEDAM, Padova 2016.

FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna 2011.

FANTOZZI L., *Metamorfosi della liquidazione giudiziale attraverso la nuova chiusura anticipata ex art. 234 CCII*, 2019, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

EAD., *L'evoluzione del ruolo del curatore dal fallimento alla liquidazione giudiziale*, 2018, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

FAUCEGLIA G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli Editore, Torino 2019.

ID., *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2016, (1), p. 118.

FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Editori Laterza, Lecce 2014.

FERRARI M., *Piano di risanamento: il credito dell'avvocato non è prededucibile*, 2018, disponibile sul sito [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

FERRERO G., *Le determinazioni economico-quantitative d'azienda*, Giuffrè Editore, Milano 1965.

FERRI G., *Impresa e società nella disciplina della liquidazione giudiziale: considerazione in margine al progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, (10), p. 1277.

FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, CEDAM, Padova 2014.

FILOCAMO F.S., *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, (12), p. 1452.

FIMMANÒ F. – CATRICALÀ A., *Le società pubbliche*, tomo 1 e 2, Giapeto, 2017.

FIMMANÒ F., *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fallimento*, 2017, (2), p. 161.

ID., *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, (4), p. 1135.

ID., *Il fallimento delle "società pubbliche"*, 2013, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

FOÀ D., *Proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, 2018, disponibile sul sito [www.giuricivile.it](http://www.giuricivile.it).

FORTUNATO S. – VESSIA F., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Giuffrè Editore, Milano 2017.

FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, CEDAM, Assago 2012.

GALLETTI D., *Classi obbligatorie? No, grazie!* in *Giur. comm.*, 2010, (2), p. 343.

GAROFOLI R. – ZOPPINI A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018.

GHIOTTO T.A., *I gruppi di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità*,

*tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, a cura di (ROCCA G., CORRADO D.), I Quaderni n. 74, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2017.

GIORGETTI M.C., *Aspetti procedurali delle amministrazioni straordinarie*, in *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, a cura di (ROCCA G., CORRADO D.), I Quaderni n. 74, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2017.

GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, 2013, disponibile sul sito [www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it).

GREGGIO M., *Il concordato preventivo nel Codice della Crisi; il crepuscolo del “Re”*, in *Fallimenti e Società. Osservatorio del diritto societario e fallimentare del Triveneto*, 2019, disponibile sul sito [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it).

GROSSI P., *La Costituzione Italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, (3), p. 607.

GUERRERA F., *Art. 6*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di (MORBIDELLI G.), Giuffrè Editore, Milano 2018.

ID., *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2017, (3), p. 371.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, VIII ed., a cura di (PADOVINI F.) Giappichelli Editore, Torino 2017.

GUIDOTTI R., *La governance delle società nel codice della crisi d'impresa*, 2019, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

GUIOTTO A., *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, (4), p. 409.

GUIZZI G. - ROSSI M., *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di (GUIZZI G.), Giuffrè Editore, Milano 2017.

IBBA C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, (6), p. 958.

ID., *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Nuove leggi civili*, 2016, (6), p. 1233.

IBBA C. - DEMURO I., *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, Zanichelli Editore, Bologna 2018.

IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, (3), p. 465.

IZZO U., *Fuori dall'ipotesi di fallimento le società in house totalmente partecipate*, 2014, disponibile sul sito [www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com](http://www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com).

JORIO A., *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, (1), p. 15.

KUTUFÀ I., *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *Nuove leggi civili*, 2019, (2), p. 430.

LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè Editore, Milano 2015.

LA ROSA A.P., *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, (4), p. 481.

LAZZARA P., *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di (CAFAGNO M. – MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016.

LIBERTINI M., *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, 2016, disponibile sul sito [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

LO CASCIO G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, X ed., Giuffrè Editore, Milano 2017.

ID., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, IX ed., Giuffrè Editore, Milano 2015.

LONGHI L., *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli Editore, Torino 2015.

LOVISATTI S., *Sul concordato tramite scissione (o fusione): tra disciplina concorsuale e norme societarie*, in *Giur. comm.*, 2016, (6), p. 1265.

MALTONI A., *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017 (1), p. 7.

MANDRIOLI L., *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei "progetti di ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di "crisi"*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, a cura di (BONFATTI S. - FALCONE G.), Giuffrè Editore, Milano 2006.

MAROTTA F., *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, 2018, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

MARTINO R., *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito*, in *Giust. civ.*, 2000, (3), p. 155.

MAUGERI M., *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa*, 2018, (2), p. 222.

MEOLI B., *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006 (2), p. 207.

MIGNONE C. – VIPIANA P. – VIPIANA P.M., *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Utet, Torino 1993.

MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, (1), p. 62.

ID., *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, in *Giur. comm.*, 2016, (9-10), p. 938.

ID., *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, (3), p. 10.

MORESCHINI G., *Il pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari ed il controllo del Tribunale*, 2016, disponibile sul sito [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

NAPOLITANO G., *Il "governo" delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in GAROFOLI R. – ZOPPINI A., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Neldiritto Editore, 2018.

NARDECCHIA G.B., *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Vol. II, a cura di (CAVALLINI C.), EGEA, Milano 2010.

NASTRI A., *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, 2019, disponibile sul sito [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

NICOTRA F., *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, 2015, disponibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

NIGRO A. – SANDULLI M – SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: commento per articoli*, Giappichelli, Torino 2014.

NIGRO G.L., *La Cassazione blocca il concordato preventivo di gruppo*, in *Quotidiano Giuridico*, 28/10/2015.

ONIDA F., *Industria e trasformazioni produttive in Italia: crisi e privatizzazioni dagli anni '90. Alla ricerca di una nuova politica industriale*, in *Riv. stor. econ.*, 2014, (3), p. 325.

PAGNI I., *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, (5), p. 549.

PALLIGGIANO G., *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Atti del convegno Vallo della Lucania*, 2009.

PANERAI P., *Orsi & Tori: venti anni di finanza (e malafinanza) italiana*, MilanoFinanza.

PANI M. - SANNA C., *La nuova disciplina delle società partecipate e delle società in house*, Amicolibro, Capoterra 2017.

PANZANI L., *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006, (9), p 1009.

PARISI G., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riforma o controriforma?*, 2019, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

ID., *L'adeguato assetto organizzativo e il rafforzamento degli obblighi e dei doveri dell'organo amministrativo e di controllo dopo il d.lgs. 14/2019*, 2019, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, (9), p. 1099.

PECORARO C., *Le società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, a cura di (IBBA C., DEMURO I.), Zanichelli Editore, Bologna 2018.

PELLEGATTA A., *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione della crisi*, 2017, disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

PERRINO M., *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

POGGI A.M., *I diritti delle persone. Lo stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori Università, Milano 2014.

POLI S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione del “concordato di gruppo” dopo l'intervento della S.C.*, in *Fallimento*, 2016, (2), p. 142.

POLICARO G.A., *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, (6), p. 1038.

PRESTIPINO G.S., *Proposte e offerte concorrenti: presupposti, differenze, interazioni*, 2016, disponibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

RACUGNO G., *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2018, (2), p. 195.

ID., *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, (6), p.1144.

RANALLI R., *La sostenibilità del debito nei sei mesi successivi: una formulazione infelice per l'identificazione degli indici di allerta*, 2019, disponibile sul sito [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

ID., *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*, 2018, disponibile sul sito [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

RAVINA C., *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive*, 2015, disponibile sul sito [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

RENCRICCA J., *Il dibattito dottrinale sulla natura degli accordi di ristrutturazione*, 2019, disponibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

RICCI E.F., *Procedure liquidatorie, procedure conservative e tecniche di individuazione del patrimonio (a proposito di "ristrutturazione" nella nuova amministrazione straordinaria)*, in *Giur. comm.*, 2001, (1), p. 43.

ROLFI F., *Speciale Decreto Sviluppo – La generale intensificazione dell'automatic stay*, 2012, disponibile sul sito [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

ROPPO V., *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, (4), p. 627.

RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *I contratti*, 2019, (2), p. 129.

ID., *Le società partecipate tra pubblico e privato*, in *Le società*, 2013, (12), p. 1326.

ID., *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Le società*, 2005, (4), p. 423.

ROSSI A., *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giur. comm.*, 2001, (3), p. 287.

ROSSI A. – PIGARELLI V., *La ripartizione dell'attivo a cura del curatore fallimentare*, in *Crisi d'impresa*, 2017, disponibile sul sito [www.ecnews.it](http://www.ecnews.it).

ROTA G.P., *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi inedite protagoniste del nuovo Codice*, in *Norme e Tributi Mese*, 2019, (4), disponibile sul sito [www.normetributidigital.ilsole24ore.com](http://www.normetributidigital.ilsole24ore.com).

SANDULLI M., *La cessazione dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 2001, (1), p. 46.

ID., *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prime riflessioni*, in *Giust. civ.*, 2000, (2), p. 57.

SANTAGATA R., *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, (6), p. 639.

SANZO S. – BURRONI D., *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli Editore, Bologna 2019.

SCARLINO D., *Carenza dei requisiti dimensionali, assenza della "procedura madre" e ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, (5), p. 1072.

SCIUTO M., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in AA.VV. *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli Editore, Torino 2019.

SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, a cura di (ROVERSI MONACO F.A.), Maggioli Editore, Rimini 1988.

SOLIDORO A., *Gli strumenti stragiudiziali: piani attestati e accordi di ristrutturazione nella riforma del Codice della crisi*, in *Crisi e risanamento*, 2019, disponibile sul sito [www.ecnews.it](http://www.ecnews.it).

SORDI B., *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello stato sociale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno XLVI*, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano 2017.

STANGHELLINI L., *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, (4), p. 449.

SUSANNA M.V., *Crisi d'impresa: gli effetti della riforma sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dossier Riforma della crisi d'impresa*, IPSOA, 2019.

TASSITANI FARFAGLIA F.G., *La proposta e il piano di concordato preventivo*, disponibile sul sito [www.consulenzalegaleitalia.it](http://www.consulenzalegaleitalia.it).

TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, CEDAM, Padova 2006.

TORRICELLI S., *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dalla unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in *L'intervento pubblico nell'economia*,

a cura di (CAFAGNO M. – MANGANARO F.), Vol. V, Firenze University Press, Firenze 2016.

TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una “procedura concorsuale”*: la Cassazione completa il percorso, in *Fallimento*, 2018, (8-9), p. 984.

ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2016, (6), p. 719.

ID., *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano 2014.

TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, (1-2), p. 15.

URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012.

VANONI S., *Le società quotate*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e d.lgs.100/2017*, a cura di (C. IBBA, I. DEMURO), Zanichelli Editore, Bologna 2018.

VERNA G., *Sulla presentazione di concordati preventivo da parte di gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2015, (5), p. 903.

VISENTINI G., *Lo Stato nell’economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, (10), p. 1109.

VITALI M.L., *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella “nuova” disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, (5), p. 870.

VITIELLO M., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa: il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè Editore, Milano 2013.

VOLPE C., *L’affidamento “in house” di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell’istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giust. amm.*, 2014, (4), p. 1.

ZANICHELLI V., *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Neldiritto Editore, Molfetta 2019.

ID., *La nuova disciplina del concordato preventivo*, Neldiritto Editore, Molfetta 2019.

ZARI P.F., *Il d.lgs. n. 14/2019, il nuovo ruolo dell'attestatore e i suoi risvolti in ambito di fattibilità del piano*, 2019, disponibile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Fallimento*, 2019, (8-9), p. 993.

ID., *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies legge - fallim.): le categorie di creditori - e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2017, (2), p. 405.

ZULBERTI M., *Novità in tema di accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale: riflessioni a prima lettura*, 2019, disponibile sul sito [www.ildirittodegliaffari.it](http://www.ildirittodegliaffari.it).

## ALTRE FONTI

Circolare Assonime n. 19, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti d'allerta*, datata 2 agosto 2019.

Corte dei Conti, sez. autonomie, *Gli Organismi partecipati degli Enti territoriali*, Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi, Relazione 2015, disponibile sul sito [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, Direzione VIII - Valorizzazione dell'attivo e del patrimonio pubblico. Struttura per l'indirizzo, il monitoraggio e il controllo sull'attuazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, *Rapporto sugli esiti della revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche*, 2019, disponibile sul sito [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it).

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, Direzione VIII, Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche, *Orientamento (ai sensi dell'art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016)*, 15 febbraio 2018, Roma, disponibile sul sito [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it).

Relazione allo schema di Codice della crisi approvato in Consiglio dei Ministri, datata 10 gennaio 2019, disponibile sul sito [www.centrocrisi.it](http://www.centrocrisi.it).

Relazione illustrativa particolareggiata dei commissari giudiziali *ex art. 172 l.f.*, 5 novembre 2018 (caso ATAC).

Schema di Codice della crisi, datato 2 ottobre 2018, disponibile sul sito [www.centrocrisi.it](http://www.centrocrisi.it).

Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – A.G. 297/*bis*, luglio 2016, disponibile sul sito <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/BI0335a.pdf>.

Tribunale di Roma, 26 settembre 2017, decreto di concessione dei termini per la presentazione di una proposta definitiva di concordato (caso ATAC).

Tribunale di Roma, 21 marzo 2018, decreto di convocazione del legale rappresentante per chiarimenti ed eventuale dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato (caso ATAC).

Tribunale di Roma, 27 luglio 2018, decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo (caso ATAC).

Tribunale di Roma, 25 giugno 2019, decreto di omologa del concordato preventivo (caso ATAC).