

Le Corti Salernitane

Quadrimestrale di giurisprudenza, dottrina e legislazione

Anno XXI

n. 2, 2024



Edizioni Scientifiche Italiane

Le Corti Salernitane

pubblicazione quadrimestrale edita con gli auspici
del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell'Università degli Studi di Salerno

Direzione: Marcello D'Ambrosio, Giuseppe Fauceglia, Mariassunta Imbrenda, Federica Lazzarelli, Anna Malomo, Maria Rita Nuccio.

Comitato Scientifico: Rosa Maria Agostino, Alberto Amatucci, † Vincenzo Buonocore, Gabriele Aversano, Giovanni Capo, Gabriele Carapezza Figlia, Paola D'Addino, Vincenzo Farina, Gaetano Roberto Filograno, Stefano Fiorentino, Giuseppe Liccardo, Sergio Marullo di Condojanni, Carlo Mignone, Caterina Miraglia, Gianfranco Mobilio, Americo Montera, Costantino Montesanto, Gaetana Paesano, Massimo Panebianco, Carolina Perlingieri, Giovanni Perlingieri, Pietro Perlingieri, Raffaele Picaro, Pasquale Pistone, Angela Principe, Immacolata Prisco, Adelaide Quaranta, Roberto Rosapepe, Talita Rossi, Dario Scarpa, Serena Serravalle, Antonio Scarpa, Giancarlo Sorrentino, Daniela Valentino, Tommaso Maria Ubertazzi, Camillo Verde, Rodolfo Vitolo.

Comitato di redazione: Sonia Tullia Barbaro, Rosanna Colucci, Valentina Fraternali, Menita Giusy De Flora, Domenico Fauceglia, Giovanni Battista Fauceglia, Marco Foti, Simone Landi, Michele Laperuta, Gloria Marino, Daniela Marrani, Antonio Nappi, Rosanna Pagliuca, Giuseppe Maria Palmieri, Salvatore Parente, Emilia Senatore, Alberto Mattia Serafin, Eleonora Stella, Antonio Tipaldi, Francesco Tramontano, Martina Zanfino.

Comitato esterno di valutazione: Carlo Amatucci, Marco Angelone, Fulvio Bianchi D'Urso, Daria Coppa, Valerio Donato, † Carmine Donisi, Ernesto Fabiani, Alessia Fachechi, Andrea Federico, Antonio Flamini, Massimo Galletti, Marco Galli, Marialuisa Gambini, Massimo Gazzara, Emanuele Indraccolo, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Francesco Macioce, Lorenzo Mezzasoma, Emanuela Migliaccio, Ferdinando Parente, Mauro Pennasilico, Pierluigi Portaluri, Vito Rizzo, Giuseppe Recinto, Geremia Romano, Francesco Tuccari.

Segreteria di Redazione: Edizioni Scientifiche Italiane, Via Chiatamone, 7, 80121, Napoli; email: le.cortisalernitane.esi@gmail.com.

La Rivista ha adottato un Codice etico, consultabile all'indirizzo <http://publicationethics.org/resources/guidelines> ed è dotata di un sito web: www.edizioni.esi.it/lecortisalernitane.

La pubblicazione di ogni scritto è subordinata ad un processo di valutazione ad opera di *blind referees*

Criteri di selezione dei lavori pubblicati. La rivista *Le Corti salernitane* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e del revisore (c.d. *single blind peer review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine il Comitato di direzione può sottoporre il contributo ad un componente del Comitato esterno di valutazione e/o a altro *referee* esterno scelto tra i Professori ordinari e associati, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità

di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso al Comitato di direzione che provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato del *referee*. I contributi giudicati snesso al Comitato di direzione che provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato del *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione del Comitato di direzione. Qualora il *referee* esprima un giudizio positivo con riserva, il Comitato di direzione, con la supervisione dei membri del Comitato esterno di valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Il Comitato di direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, n. 93 del 23 settembre 2003.
Responsabile Gaetano Pecora.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978

© Copyright 2025 - Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA. Tutti i diritti riservati.

Ogni riproduzione di quest'opera anche parziale realizzata con qualsiasi mezzo è espressamente vietata.

Copia concessa a Università degli Studi di Napoli Federico II giuseppe.lamontagna@unina.it

INDICE

DIRITTO CIVILE

M. EPIFANIA, «*Testamento biologico*» e vulnerabilità della persona anziana non autosufficiente p. 239

D. FAUCEGLIA, *Sui contratti plurilaterali senza comunione di scopo* p. 253

Tribunale di Salerno, Sezione II, 4 settembre 2023, n. 3608; Giudice onorario RUGGIERO; B.I. di S.S. contro T.M.R. e B.C., con nota di E. INDRACCOLO, *Presupposti e limiti del diritto alla provvigione del mediatore immobiliare: causalità adeguata, ragionevolezza e proporzionalità* p. 305

A. QUARANTA, *Modelli di multiproprietà tra prassi commerciale, elaborazione dottrinale e regolamentazione normativa* p. 331

E. SENATORE, *Il turismo sostenibile e la valorizzazione del territorio* p. 337

DIRITTO COMMERCIALE

Cassazione, sez. I, 8 agosto 2024, n. 22474; Pres. FERRO; Rel. AMATORE; ALL. ST. Snc e FALLIMENTO ALL., con nota di S. SINISCALCHI, *La “Relative priority rule” per il conseguimento degli interessi prioritari del concordato preventivo negli ultimi vent’anni* p. 363

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. Campania, Salerno, Sez. III, 2 dicembre 2024, n. 2345; Pres. RUSSO; Est. POLIMENO; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Camerota, con nota di M.F. CANNA, *Ancora sulle concessioni demaniali marittime, tra proroghe legislative e giurisprudenza dissenziente* p. 395

Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza, 29 febbraio 2024, n. 5441; Pres. Dott. D’ASCOLA PASQUALE; Rel. Est. Dott. FALABELLA MASSIMO. — G. s.p.a c. S. I. s.r.l., I.A. s.p.a, D.A.M. s.r.l., con nota di G. SERGIO, *La responsabilità precontrattuale in ambito pubblicistico per fatti successivi all’aggiudicazione ma antecedenti alla stipula del contratto. Problemi di giurisdizione* p. 415

© Copyright 2025 - Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA. Tutti i diritti riservati.

Ogni riproduzione di quest'opera anche parziale realizzata con qualsiasi mezzo è espressamente vietata.

Copia concessa a Università degli Studi di Napoli Federico II giuseppe.lamontagna@unina.it

© Copyright 2025 - Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA. Tutti i diritti riservati.
Ogni riproduzione di quest'opera anche parziale realizzata con qualsiasi mezzo è espressamente vietata.
Copia concessa a Università degli Studi di Napoli Federico II giuseppe.lamontagna@unina.it

DIRITTO COMMERCIALE

© Copyright 2025 - Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA. Tutti i diritti riservati.

Ogni riproduzione di quest'opera anche parziale realizzata con qualsiasi mezzo è espressamente vietata.

Copia concessa a Università degli Studi di Napoli Federico II giuseppe.lamontagna@unina.it

Cassazione, sez. I, 8 agosto 2024, n. 22474; Pres. FERRO; Rel. AMATORE; ALL. ST. Snc e FALLIMENTO ALL.

Concordato preventivo in continuità – Distribuzione del *surplus* da concordato – *Absolute priority rule* e *relative priority rule* – Artt. 2740 e 2741 c.c. – Salvaguardia e recupero dell'impresa in difficoltà

In caso di concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis l.fall., l'eventuale surplus finanziario determinato dalla prosecuzione utile dell'attività d'impresa è da intendersi quale incremento di valore dei fattori produttivi aziendali, rientrando nell'oggetto della garanzia generica del credito prevista dall'art. 2740 c.c.; ne consegue che esso non è perciò liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. – ALL. ST.AR. aveva presentato al Tribunale di La Spezia ricorso diretto ad ottenere l'ammissione al concordato preventivo con continuità *ex art. 186-bis l. fall.* Il Tribunale, dopo aver assegnato alla parte ricorrente termine di giorni 15 per apportare modifiche alla proposta, aveva dichiarato l'inammissibilità della domanda di concordato ed il fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili, evidenziando la erroneità della configurazione, da parte della ricorrente, come finanza esterna, allocabile liberamente ai fini della soddisfazione dei creditori, dei proventi derivanti dalla prosecuzione dell'attività e dunque la violazione del divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Avverso il provvedimento di inammissibilità del concordato e la sentenza dichiarativa del fallimento ha proposto reclamo All Star, sostenendo l'assimilabilità alla finanza esterna dei redditi prodotti dalla prosecuzione dell'attività di impresa. La Corte di Appello di Genova, decidendo sul reclamo *ex art. 18 l. fall.*, ha – nella resistenza del Fallimento che aveva chiesto la conferma del provvedimento reclamato – respinto l'impugnazione, con la sentenza n. 53/2018, depositata il 21 maggio 2018, qui oggetto di ricorso (*omissis*).

La sentenza, pubblicata il 21.5.2018, è stata impugnata da ALL. ST.AR. sulla base di due motivi, cui il FALLIMENTO ALL. ST.AR. ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria. Il P.G. ha chiesto il rigetto del ricorso.

RAGIONI DECISIONE. – Con il primo motivo la società ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione

e falsa applicazione dell'art. 160, comma 2, in combinato disposto con gli artt. 45, 55, 168, 182-*ter* e 186-*bis* del r.d. 16.3.1942 n. 267, anche in combinato disposto con gli artt. 2740-2741 cod. civ. e 2777-2778 cod. civ. Con il secondo mezzo si deduce violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., dell'art. 160 comma 2, in combinato disposto con gli artt. 182-*quinquies*, 186-*bis* del r.d. 16.3.1942 n. 267, anche in combinato disposto con gli artt. 2740-2741 cod. civ. e 2777-2778 cod. civ. I due motivi – che possono essere esaminati congiuntamente, stante la stretta connessione delle questioni proposte – sono infondati. La fattispecie può richiamare in conferma il “nucleo centrale” dei principi già affermati da questa Corte nel precedente arresto rappresentato da Cass. n. 9373/2012, con le precisazioni che, di qui a breve, saranno tuttavia rappresentate.

Invero, la quaestio iuris consiste nello stabilire se il surplus derivante dalla continuazione dell'attività d'impresa sia liberamente destinabile dal debitore senza vincoli di distribuzione (i.e., senza rispettare l'ordine di graduazione delle cause legittime di prelazione) ovvero se anche tale valore economico debba sottostare all'ordine delle cause legittime di prelazione ai sensi dell'art. 160, co. 2, l. fall., nel rispetto del principio generale della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 cod. civ. Ritene la Corte corretta, in relazione alla fattispecie di causa e all'assetto normativo applicabile, la seconda delle due soluzioni sopra prospettate. Orbene, l'art. 160, co. 2, l. fall., nel prescrivere che “il trattamento stabilito per ciascun classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione”, può essere inteso – in via astratta – in due modi diversi: (i) come trasposizione della c.d. *absolute priority rule*, nel senso che una classe di grado inferiore non può ricevere alcun soddisfacimento se quella di grado superiore non sia stata integralmente soddisfatta (v. in tal senso, Cass. n. 17155/2022); (ii) come espressione della c.d. *relative priority rule*, nel senso che una classe di grado inferiore può ricevere una qualche soddisfazione anche laddove la classe di grado superiore non sia stata integralmente soddisfatta, purché quest'ultima venga soddisfatta in misura maggiore della prima. Una necessaria preliminare impostazione definitoria dei presupposti del problema, sopra solo tratteggiato e al fine di evitare fraintendimenti, impone di chiarire cosa si intenda per “surplus concordatario”. In realtà, con tale termine può ragionevolmente intendersi, ai fini di causa, non già ogni utilità frutto della prosecuzione dell'attività, come pur suggestivamente ipotizzato, bensì soltanto quella parte di essa che ecceda

la somma destinata al pagamento dei creditori, secondo il piano concordatario. Preme infatti al Collegio precisare, in termini più generali, che il surplus finanziario, cui si faceva riferimento nel piano concordatario in esame e al quale si richiamano le parti nell'odierno dibattito processuale, altro non è che l'incremento del valore dell'azienda realizzato tramite la continuità aziendale (programmata tramite il piano concordatario di cui all'art. 186-*bis* l. fall.), incremento che, pertanto, deve ritenersi pacificamente rientrante nel paradigma di "bene futuro" che, secondo i principi generali della responsabilità patrimoniale fissati dall'art. 2740 cod. civ., non può essere sottratto al soddisfacimento dei creditori, secondo l'ordine di graduazione fissato dal successivo art. 2741 cod. civ. e al rispetto, nell'ambito concordatario (che qui ci riguarda), dell'ordine delle cause legittime di prelazione *ex* art. 160, co. 2, l. fall. (*omissis*).

Sul punto, il Collegio ha la necessità di precisare che, pur essendo condivisibile il richiamo al principio della inderogabilità del "divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati", in caso di apporto di finanza esterna, contenuto nell'arresto da ultimo citato, occorre comunque evidenziare che il c.d. surplus finanziario, determinato dalla continuità aziendale *ex* art. 186-*bis* l. fall., non può essere ricondotto, in alcun modo, nella categoria concettuale della finanza esterna apportata dal terzo finanziatore del piano concordatario, posto che, nell'un caso, il flusso finanziario "eccedentario", rispetto al programmato pagamento dei creditori previsto nel piano stesso, risulta pur sempre collegato (e dunque funzionalmente riconducibile) ai fattori produttivi aziendali e, dunque, in ultima istanza, al patrimonio del debitore (e dunque alla garanzia patrimoniale insita nello stesso, ai sensi dei sopra richiamati artt. 2740 e 2741 cod. civ.), mentre, nell'altro caso, la finanza esterna è rappresentata da un apporto finanziario di un soggetto terzo rispetto al patrimonio del debitore, apporto che, se assistito dal sopra ricordato requisito di "neutralità", sfugge alle stringenti regole della responsabilità patrimoniale e risulta, secondo i principi già affermati da questa Corte, liberamente distribuibile dal debitore. Detto altrimenti, risulta evidente che – sulla base dei principi già affermati nell'arresto più volte menzionato (Cass. n. 9373/2012, cit. supra) – la volontà del legislatore va nella direzione che la formazione delle classi non possa alterare, in alcun modo, l'ordine di graduazione dei crediti muniti di cause di prelazione, che riceve il suo fondamento giuridico nella legge e che, per quanto già sopra detto, non risulta disponibile dalle parti (*omissis*).

Né, peraltro, una diversa ricostruzione può essere tratta dalle norme del CCII ed in particolare dall'art. 84 comma 6, in forza del quale "Nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore." In primo luogo, risulta evidente come l'art. 84 comma 6 CCII detti una regola diversa rispetto a quella propugnata dalla ricorrente per la destinazione del c.d. plusvalore da concordato. A ciò va comunque e in via assorbente aggiunto come la norma di cui all'art. 84 comma 6 CCII costituisca una rilevante novità rispetto alla pregressa disciplina, come essa è stata costantemente interpretata dalla Corte, non potendosi dunque ritenere che ricorra un ambito di continuità tra il regime fallimentare e quello successivo e che la nuova norma sia pertanto idonea a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare, secondo le chiare indicazioni offerte dalla giurisprudenza, formata dinanzi alle Sezioni Unite, in merito al limite e alle condizioni di rilevanza di una simile metodologia ermeneutica (Cass. Sez. U n. 12476-20, Cass. Sez. U n. 2061-21, Cass. Sez. n. 8504-21, Cass. Sez. U n. 42093-21, e infine anche Cass. Sez. U n. 8557-23 e Cass. Sez. U. 7337- 24). Il sopra riferito richiamo non rappresenta, pertanto, un elemento di raffronto utile sul versante esegetico perché l'effetto che si pretende finisce con l'interferire sul terreno della vigenza della legge, connesso alla sua entrata in vigore e al correlato ambito di applicazione temporale: l'art. 84, comma 6 CCII non ha disposto una semplice "revisione" della disciplina anteriormente rinvenibile negli artt. 160 e 161 l. fall., ma ha invero introdotto un precetto nuovo all'interno dell'ordinamento positivo, così astrigendo i poteri interpretativi del Giudice e influendo sulla funzione dichiarativa della giurisprudenza – anche di legittimità – da contenere all'interno del confine proprio della norma da interpretare (v. già Cass. Sez. U n. 21095-04, Cass. Sez. U n. 413519, Cass. Sez. U n. 2061-21). Come correttamente osservato anche dalla Procura generale, "L'attività di interpretazione, per quanto la si voglia dilatare in funzione "evolutiva" (e in molti casi è opportuno dilatarla in tale chiave onde superare altrimenti inaccettabili lacune dell'ordinamento), non può mai spingersi fino a superare il limite di tolleranza e di elasticità di un enunciato, ossia – come efficacemente è stato detto – del significante testuale della disposizione

che il legislatore ha posto, giacché da quel significante, previamente individuato, non può che muovere la dinamica di invero della norma nella concretezza del suo operare" (cfr. ultima fol. requisitoria scritta Procura generale). Ne deriva l'infondatezza del ricorso. Occorre pertanto affermare il seguente principio di diritto: "In caso di concordato con continuità aziendale *ex art. 186bis l. fall.*, l'eventuale surplus finanziario determinato dalla prosecuzione utile dell'attività d'impresa è da intendersi quale mero incremento di valore dei fattori produttivi aziendali, rientrando nell'oggetto della garanzia generica del credito prevista dall'art. 2740 cod. civ.; ne consegue che esso non è perciò liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione". Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo. Sussistono i presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13 (Cass. Sez. Un. 23535 del 2019).

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 10.000 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge. Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, se dovuto, per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, il 3 luglio 2024.

La «Relative priority rule» per il conseguimento degli interessi prioritari del concordato preventivo negli ultimi vent'anni

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. È cambiato l'interesse prioritario nel concordato preventivo? – 3. La continuità aziendale e il *surplus* da concordato in continuità. – 4. La distribuzione del *surplus* da concordato: la regola della priorità assoluta. – 5. Il patrimonio del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c. – 6. La distribuzione del *surplus* da concordato: la regola della priorità relativa. – 7. Conclusioni.

1. Quella in epigrafe si inserisce nell'ampio filone di pronunce, attinente al tema dell'allocazione del *surplus* (o plusvalore) da continuità aziendale, oggetto di interpretazioni oscillanti sia in dottrina sia in giurisprudenza. A tal riguardo, il riferimento normativo è l'art. 160, comma 2, l. fall., il quale nel prescrivere che «il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione», può essere inteso in due modi diversi: nel senso della distribuzione vincolata secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione, come espressione della «*absolute priority rule*», oppure nel senso della «*relative priority rule*» che ammette la falcidia del credito di grado peggiore e il pagamento parziale del credito di grado inferiore, a condizione che al primo sia assicurato un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato al secondo.

La regola della priorità assoluta è prevalente in dottrina e in questo senso si è orientata anche la giurisprudenza di legittimità, prima in modo più incerto e poi in modo sempre più netto. La sentenza che qui si annota prende le mosse dall'impugnativa da parte della società ALL. ST.AR. GROUP s.n.c. avverso la decisione della Corte d'Appello di Genova, che conferma il provvedimento reclamato. In primo grado la società presenta al Tribunale di La Spezia un ricorso diretto ad ottenere l'ammissione al concordato preventivo in continuità *ex art. 186 bis* l. fall.. I giudici spezzini evidenziano l'erroneità della configurazione, da parte della ricorrente, dei proventi derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa come finanza esterna, allocata liberamente con conseguente violazione del divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Nonostante il Tribunale assegna il termine di quindici giorni per apportare modifiche alla proposta, la ricorrente non provvede, cosicché il Tribunale dichiara l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo e il fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili ai sensi dell'art. 147 l. fall.

In secondo grado, la Corte d'Appello di Genova respinge l'impugnazione, ritenendo che tra i precetti applicabili al concordato con continuità aziendale, previsti in via generale, vi è anche «quello dettato dall'art. 160, l. fall., secondo cui non sarebbe possibile nella proposta superare il divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione». A tale proposito, secondo i giudici genovesi l'art. 160, comma 2, l. fall. va decifrato come regola della priorità assoluta. In aggiunta, non ritiene condivisibile la tesi sostenuta dal reclamante, secondo cui il divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione sarebbe circoscritto al patrimonio del debitore esistente al momento della presen-

tazione della domanda di concordato, con la conseguenza che ne rimarrebbero esclusi sia la nuova finanza esogena nella forma di un effettivo apporto estraneo, sia quella prodotta dalla prosecuzione dell'attività.

In terzo grado, la Corte di Cassazione rileva che, anche nel caso oggetto della controversia, dopo diversi interventi a riguardo¹, «la *quaestio iuris* consiste nello stabilire se il surplus derivante dalla continuazione dell'attività d'impresa sia liberamente destinabile dal debitore senza vincoli di distribuzione, cioè senza rispettare l'ordine di graduazione delle cause legittime di prelazione, ovvero se anche tale valore economico debba sottostare all'ordine delle cause legittime di prelazione ai sensi dell'art. 160, comma 2, l. fall., nel rispetto del principio generale della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c.».

L'art. 160 l. fall. costituisce solamente uno dei due ostacoli che si oppongono alla possibilità di presentare proposte di concordato preventivo che consentano di riservare al debitore, e ai soci della stessa, nel caso di impresa societaria, parte del patrimonio attuale o futuro. L'altro è rappresentato dall'interpretazione del principio della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c.

Anche il Collegio ha, inoltre, ritenuto necessario puntualizzare che il *surplus* determinato dalla continuità non poteva essere ricondotto nella categoria concettuale della finanza esterna apportata da un soggetto terzo rispetto al patrimonio del debitore. Apporto che solo se assistito del requisito della neutralità sarebbe sfuggito alle stringenti regole della responsabilità patrimoniale e sarebbe risultato liberamente distribuibile dal debitore, secondo i principi della Corte già affermati². Principi, oltretutto, recepiti dallo stesso Legislatore con il novellato d.lg. n. 136 del 13 settembre 2024, laddove è stata introdotta, nel comma 6 dell'art. 84 c.c.i.i., la nuova previsione secondo cui «le risorse esterne possono essere distribuite in deroga alle disposizioni di cui al primo e secondo periodo del presente comma».

Per il giudice di legittimità, una destinazione sia che si realizzi mediante la conservazione dell'utilità per il debitore, sia che si realizzi attraverso la distribuzione del *surplus* a categorie di creditori subordinate senza l'integrale soddisfazione dei crediti poziori, costituisce tradimento proprio del criterio che dovrebbe governare tali procedure, ossia il «migliore soddisfacimento del ceto creditorio». Tutto ciò

¹ Cass., 8 giugno 2020, n. 10884, in *ilcaso.it* e Cass., 26 maggio 2022, n. 17155, in *dirittodellacrisi.it*.

² Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *unijuris.it*.

in contrasto con le disposizioni introdotte dalla Direttiva *Insolvency*³. Quest'ultima costituisce un primo passo verso l'armonizzazione delle legislazioni europee sulle crisi delle imprese⁴.

Ponendo anche in luce i vari interventi normativi susseguitisi nell'ultimo ventennio – volti ad introdurre nuove e moderne forme di concorsualità alternative al modello esclusivamente liquidatorio del passato, marcato dalla traslazione del principio civilistico di cui all'art. 2741 c.c. – la sentenza in esame ritiene che una diversa ricostruzione non può essere tratta dalle norme del c.c.i.i. ed in particolare dall'art. 84, comma 6. Quest'ultimo, oggetto di un ulteriore intervento normativo da parte del d.lg. n. 136 del 2024⁵.

I giudici nomofilattici, per un verso, riconoscono che la norma costituisce una rilevante novità rispetto alla disciplina previgente così come essa è stata costantemente interpretata dalla stessa Corte, ma dall'altro sostengono che non ricorra un ambito di continuità tra il regime fallimentare e quello successivo. Per di più, ritengono che l'art. 84, comma 6, c.c.i.i. non abbia disposto una semplice revisione della disciplina anteriormente rinvenibile negli artt. 160 e 161 l. fall., ma abbia invece introdotto un precetto nuovo all'interno dell'ordinamento positivo.

Con la suddetta sentenza, la Corte di Cassazione conferma i principi già affermati a partire dal 2012⁶, esprimendosi ancora una volta chiaramente a favore della regola della priorità assoluta, dichiarando l'infondatezza del ricorso e affermando il seguente principio di diritto: «in caso di concordato con continuità aziendale *ex* art. 186 *bis* l. fall., l'eventuale *surplus* finanziario determinato dalla prosecuzione

³ Secondo l'art. 2, n. 6, della Direttiva *Insolvency* «nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato».

⁴ A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 201 ss.

⁵ Ai sensi dell'art. 84, comma 6, c.c.i.i. «nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione di cui all'art. 87, comma 1, lettera d), è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione e di quanto previsto al comma 5 del presente articolo. Per il valore eccedente quello di liquidazione, ai fini del giudizio di omologazione, è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore».

⁶ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *unijuris.it*.

utile dell'attività d'impresa è da intendersi quale mero incremento di valore dei fattori produttivi aziendali, rientrando nell'oggetto della garanzia generica del credito prevista dall'art. 2740 c.c.; ne consegue che esso non è perciò liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione».

2. L'approccio del legislatore alla crisi muta con il d.lg. dell'8 luglio 1999, n. 270, che riforma la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza. Quest'ultima diventa una procedura flessibile, potendo alternativamente concretizzarsi o nella ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa o nella cessione unitaria del complesso aziendale sulla base di un programma con prosecuzione dell'attività⁷. Si passa ad una visione dinamica del patrimonio di un'impresa insolvente, che considera e valorizza il complesso di beni per la sua destinazione alla produzione. Il risanamento per la continuità prende corpo da quel momento e il legislatore interviene dopo qualche anno con la riforma 2005-2007⁸. In quella sede anche il fallimento cambia volto: da modello proteso all'incremento della massa attiva, con un marchio inquisitorio e sanzionatorio, si è approdati ad un fallimento che pone attenzione all'incremento del valore dell'azienda, tramite strumenti quali l'esercizio provvisorio o l'affitto d'azienda. Al riguardo, condivisibile è la posizione secondo cui la procedura di fallimento/liquidazione giudiziale è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, che deve però essere bilanciato con altri interessi. È comunque sempre necessario il rispetto di un contenuto minimo garantito dell'interesse dei creditori, individuato nella soddisfazione che otterrebbero in caso di liquidazione o esecuzione individuale⁹. Se anche nelle procedure

⁷ S. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Tratt. Crisi impr. proc. conc.* Cagnasso e Panzani, Torino, 2016, p. 4016 ss.

⁸ S. PACCHI, *Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d'impresa*, in *ristrutturazioniaziedali.it*.

⁹ G. D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 60 ss. L'a. analizza che l'obiettivo della massimizzazione dell'attivo, e quindi, della massima soddisfazione dei creditori incontra un limite e soccombe, o deve contemplarsi, in ragione della tutela di altri interessi tutelati. È il caso del diritto all'abitazione principale ed al luogo di esercizio dell'attività produttiva, che prevale rispetto all'interesse ad acquisire il bene immobile alla procedura; dei diritti dei lavoratori, che riducono le facoltà di scelta del curatore nella gestione del contratto pendente; dell'interesse del corretto funzionamento del mercato concorrenziale, che prevale rispetto all'interesse dei creditori alla massimizzazione del risultato finanziario di vendita dell'azienda.

liquidatorie il legislatore prevede una tutela di interessi ulteriori al massimo realizzo possibile per i creditori, non vi è alcun dubbio che quest'ultimo ormai non sia più l'interesse prioritario in una procedura finalizzata alla continuità aziendale.

L'assetto del concordato preventivo nella disciplina originaria della legge fallimentare del 1942 esulava da ogni finalità di conservazione dell'impresa. Infatti, prima della riforma del 2005, il concordato preventivo veniva visto come un beneficio che poteva essere concesso soltanto al debitore «onesto, ma sfortunato»¹⁰. Con la legge del 14 maggio 2005, n. 80, sulla scia delle novità apportate dal d.l. del 23 dicembre 2003, n. 347, in tema di amministrazione straordinaria speciale, vengono introdotte delle modifiche alla disciplina del concordato preventivo. In particolare, può essere ammesso alla procedura anche un imprenditore che non si trovi in stato d'insolvenza, ma in semplice «stato di crisi»¹¹. Vengono eliminati i requisiti personali e patrimoniali previsti originariamente dall'art. 160 l. fall. e la proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con un trattamento differenziato ai creditori appartenenti a classi diverse¹². Ulteriori novità introduce poi il decreto correttivo del 2007, tra cui il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, pagamento non integrale delle spese di procedura, risoluzione del concordato soltanto su impulso dei creditori e solo se l'inadempimento non ha scarsa importanza.

In sintesi, la riforma della legge fallimentare 2005-2007 introduce modifiche nella disciplina del concordato preventivo in armonia con l'intera riforma che muove dalla premessa che l'interesse della procedura concorsuale non è più focalizzato sull'eliminazione dell'impresa

¹⁰ Per l'ammissione alla procedura erano richiesti determinati requisiti sia personali sia patrimoniali. Quanto ai primi la legge richiedeva che il debitore fosse iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio, che avesse tenuto regolarmente la contabilità, non fosse stato soggetto a fallimento o ad un precedente concordato preventivo nei cinque anni anteriori alla presentazione della proposta, non fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, *etc.* Circa i requisiti patrimoniali, la legge richiedeva che il debitore pagasse integralmente i creditori privilegiati e il 40% dei chirografari entro sei mesi dall'omologazione.

¹¹ Con il d.lg. del 12 gennaio 2019, n. 14, viene data una nuova definizione di crisi. In passato la definizione si desumeva proprio dall'art. 160 l. fall. Per crisi s'intendeva la condizione che comprendeva tutte le possibili, e diverse, situazioni di squilibrio economico-finanziario dell'impresa che arrivano sino all'insolvenza 'imminente', distinguendosi in tal modo, da essa. Si veda in tal senso A.M. AZZARRO, *Appunti sulla nozione giuridica di "crisi" d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile)*, in *Studi urbinati*, 2016, III, p. 181 ss.

¹² Già la ripartizione in classi non consente tuttavia di attuare il vincolo derivante dall'art. 2740 c.c.

insolvente, quanto piuttosto sulla ricerca di ogni possibile alternativa per salvaguardare il recupero dell'impresa in difficoltà.

Così il concordato preventivo fuoriesce dal modello neutrale del processo, impresso dalla legge Rocco del 1930 (l. del 10 luglio 1930, n. 995), per rientrare nel paradigma dell'impresa. Si tratta di un «rientro» poiché già nella prima fase della sua evoluzione e sino agli anni trenta del secolo scorso, il concordato preventivo era costruito dalla dottrina sul paradigma privatistico del contratto, con un marcato legame funzionale con la ripresa degli affari, affinché l'azienda non andasse dispersa nel nulla delle liquidazioni.¹³ Come notava Ascarelli, la crisi dell'istituto è stata la conseguenza di un orientamento che – ponendo l'accento su di una considerazione processualistica dello stesso – ha finito per dimenticare la peculiarità dei problemi alla cui soluzione è inteso¹⁴.

Va senz'altro annoverata l'introduzione dell'art. 186 *bis* l. fall. con d.l. del 22 giugno 2012, n. 83, il c.d. «concordato con continuità aziendale». Il legislatore si focalizza espressamente sulla conservazione e sulla prosecuzione dell'attività sia direttamente da parte del debitore sia attraverso la cessione ad un terzo.

Due sono invece gli interessi perseguiti che il legislatore intende tutelare nel concordato preventivo con il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: l'interesse dei creditori al soddisfacimento dei loro crediti e la tutela dell'occupazione, con conseguente conservazione dei posti di lavoro. L'interesse dei creditori può avere caratteristiche più ampie rispetto alla mera tutela del credito. Il comma 3 dell'art. 84 c.c.i.i. specifica che nel concordato in continuità aziendale, l'utilità che i creditori debbono ricevere può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore o i suoi aventi causa. L'interesse del creditore non sta solo nel soddisfacimento del credito, ma nella possibilità di continuare i rapporti in essere, soprattutto quelli di fornitura che possono essere più importanti in prospettiva del soddisfacimento dei crediti pregressi. Dunque, di fronte all'evidente mutamento dell'interesse perseguito nel concordato preventivo nel tempo, difformemente dalla decisione della Cassazione con la sentenza in oggetto, poco spazio resta per la regola della priorità assoluta, in merito alla distribuzione del *surplus*

¹³ V. PINTO, *Il concordato preventivo nei centoventi anni della Rivista del Diritto Commerciale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, IV, p. 517 ss.

¹⁴ T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, 3ª ed., Milano, 1962, p. 308.

da concordato. Quest'ultima è tesa alla tutela dei creditori in termini di soddisfazione nel rispetto delle cause di priorità (con minori probabilità di approvazione) e non alla conservazione dei valori.

Recentemente il legislatore interviene ancora una volta sulla disciplina della crisi e dell'insolvenza con il decreto correttivo del 13 settembre 2024, n. 136, entrato in vigore il 28 settembre 2024. Tra le principali novità in tema di concordato in continuità, si richiama, innanzitutto la modifica al comma 1 dell'art. 94 *bis* c.c.i.i.¹⁵, che disciplina i rapporti esistenti tra i creditori e il debitore riguardo ai contratti pendenti e in corso di esecuzione durante le trattative del concordato in continuità aziendale, applicando le tutele previste sin dalla richiesta di misure protettive e cautelari, e non dalla concessione come invece prevedeva il testo previgente. Il legislatore ha consentito in questo modo una maggiore tutela al debitore sin dalla presentazione della domanda di misure protettive o cautelari. Purtroppo però non ha risolto la questione relativa all'applicazione dell'art. 94 *bis* c.c.i.i. in caso di domanda con riserva. Condivisibile è l'orientamento della giurisprudenza di merito che nega tale possibilità¹⁶. In secondo luogo, è stato modificato l'art. 109 c.c.i.i., concernente l'approvazione del concordato da parte delle diverse classi di creditori e le regole di approvazione in ciascuna classe. Si introduce un comma aggiuntivo, il 5 *bis*, al fine di privilegiare, in caso di approvazione di più proposte di concordato, quella in continuità aziendale e in caso di più proposte in continuità, si privilegia il concordato che ha ottenuto il maggior numero di creditori chirografari, ossia i creditori più incisi dalle condizioni previste dal concordato medesimo. L'introduzione di quest'ulteriore comma pone in evidenza l'interesse prioritario del concordato in continuità: la prosecuzione dell'attività d'impresa. Che il legislatore preferisse la sottoposizione ad omologazione di una proposta con

¹⁵ Secondo l'art. 94 *bis*, comma 1, c.c.i.i.: «i creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 oppure della richiesta o della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari».

¹⁶ Cfr. Trib. Milano, 30 marzo 2023, in *ilcaso.it*, secondo cui l'art. 94 *bis* c.c.i.i. è applicabile solo in caso di domanda 'piena' di concordato preventivo in continuità aziendale e Trib. Arezzo, agosto 2024, in *unijuris.it*, secondo cui l'articolo 94 *bis* c.c.i.i. trova applicazione solo nella fase 'piena', sia perché risulta evidente il contenuto dell'art. 54 c.c.i.i. e sia perché il legislatore inserisce tale articolo in una sezione dedicata al concordato pieno, che segue alla domanda *ex art.* 40 e non alla domanda *ex art.* 44 c.c.i.i.

prosecuzione dell'attività d'impresa non vi era alcun dubbio. Diversamente, suscita subito l'attenzione di un giurista la previsione in cui nel caso di approvazione di più proposte in continuità, è sottoposta ad omologazione quella che ha ottenuto la maggioranza più elevata dei crediti chirografari ammessi. Da un lato, il legislatore si è reso conto che per consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa è fondamentale anche la prosecuzione dei rapporti con i c.d. creditori strategici, che sono principalmente creditori chirografari. D'altra parte ha voluto attenuare la forte tutela riconosciuta in passato ai creditori prelatizi, anche sul *surplus* da concordato. In ultimo, la modifica alla lettera d) del comma 2 dell'art. 112 c.c.i.i., per cui «in mancanza dell'approvazione a maggioranza delle classi» (e non in mancanza della classe formata da creditori titolari di diritti di prelazione come riteneva la prassi), la proposta è approvata da almeno una classe di creditori ai quali è offerto un importo non integrale del credito, a condizione che questi stessi creditori sarebbero soddisfatti in tutto o in parte qualora si applicasse l'ordine delle cause legittime di prelazione, anche sul valore eccedente quello di liquidazione. Dati i dubbi interpretativi suscitati sulla locuzione «in mancanza», il legislatore interviene confermando l'interpretazione di parte della dottrina¹⁷ e la posizione del Tribunale di Bergamo dell'11 aprile 2023¹⁸.

3. Il concetto di continuità aziendale è stato trasposto nella disciplina civilistica e concorsuale ad essa collegata, mutuandolo dalle norme che disciplinano la predisposizione del bilancio d'esercizio. Esse, a loro volta, recepiscono la nozione elaborata dalla scienza economico-aziendale. In particolare, l'art. 2423 *bis*, comma 1, n. 1 c.c. dispone che la valutazione delle poste deve essere fatta nella «prospettiva della continuazione dell'attività»¹⁹.

¹⁷ G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, 2ª ed., Torino, 2022, p. 154.

¹⁸ Cfr. Trib. Bergamo, 29 marzo 2023, n. 65, che analizza l'art. 11 della Direttiva *Insolvency* e ritiene che appaia «certo e inconfutabile che la previsione di cui al romanino "ii" (ossia l'approvazione di almeno una classe) sia alternativo rispetto alla previsione di cui all'intero romanino "i" (ossia all'approvazione da parte della maggioranza di classi)». Pertanto, concludono i Giudici di merito, «secondo il canone ermeneutico della interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, anche l'art. 112, comma 2, lett. d) del c.c.i.i. va interpretato nel senso che la proposta di concordato è approvata dalla maggioranza delle classi (...) oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe (...)».

¹⁹ N. ABRIANI e P. BASTIA, *Valutazione e presidio della continuità aziendale tra scienze economiche e diritto societario della crisi* in *Riv. dir. della crisi*, 2022, p. 8 ss.

Nell'ambito della disciplina nazionale (art. 2423 *bis*, comma 1, n. 1, c.c. e OIC 29), si individua nella continuità aziendale un vero e proprio principio di redazione del bilancio, che comporta la necessità di verificare la persistenza della prospettiva di continuità e di ricondurre all'esito di tale verifica la scelta dei criteri di valutazione da applicare nella rappresentazione di bilancio. I valori devono essere iscritti sul presupposto che l'impresa proseguirà l'attività nel suo normale corso, non essendo ravvisabile, in un futuro prevedibile, tanto l'intenzione quanto la necessità di porla in liquidazione, di cessare l'attività ovvero di assoggettarla a una procedura concorsuale.

Il Principio di Revisione (ISA Italia) 570 definisce invece la continuità aziendale come «la circostanza che un'impresa possa essere considerata in grado di svolgere la propria attività in un prevedibile futuro», che viene individuato come orizzonte temporale di almeno 12 mesi. Nel caso in cui le prospettive future non consentano di utilizzare il presupposto della continuità aziendale, occorrerà modificare la logica di redazione del bilancio; ciò accade, ad esempio, nell'ipotesi di liquidazione²⁰.

Con il fondamentale precetto del secondo comma dell'art. 2086 c.c., il principio della continuità aziendale ha abbandonato la dimensione squisitamente contabile per divenire il punto di riferimento centrale nella gestione dell'impresa.

L'omessa predisposizione di adèguati assetti costituisce di per sé fonte di responsabilità: condotta, quest'ultima, che secondo una rigorosa giurisprudenza integra anche una grave irregolarità *ex art.* 2409 c.c.

Viene allora in evidenza, al riguardo, quella che è stata efficacemente definita la doppia anima del principio di continuità aziendale: presupposto di rilevazione e valutazione delle voci di bilancio di un complesso produttivo in funzionamento, il cui venir meno si identifica con la cessazione effettiva dell'attività cui consegue la disgregazione di quel complesso; d'altro canto è anche prospettiva di funzionamento dell'impresa proiettata in un prevedibile futuro, la cui compromissione o la cui assenza determina l'insorgere di obblighi gestori e di controllo negli amministratori, sindaci e revisori.

La parola 'continuità' ricorre nel c.c.i.i. in larga parte nella disciplina del concordato preventivo in continuità, modificato in forma incisiva a séguito del recepimento dei principi di matrice europea.

²⁰ L.M. QUATTROCCHIO e F. BELLANDO, *Continuità aziendale, crisi ed insolvenza, nella loro dimensione evolutiva e (spesso) degenerativa*, in *Dir. econ. impr.*, 2017, p. 130 ss.

Nella disciplina del concordato in continuità nel vigore della legge fallimentare, il rischio corso dai creditori per la prosecuzione dell'attività aziendale era giustificabile solo se il piano avesse consentito il raggiungimento di risultati migliori rispetto alla prospettiva liquidatoria.

Nel c.c.i.i. vigente i principi sono profondamente mutati in quanto la conservazione dell'azienda viene posta sullo stesso piano della soddisfazione dei creditori²¹. I valori della soddisfazione dei creditori e della conservazione dei valori aziendali hanno pari dignità, nel rispetto del parametro minimo della soddisfazione dei creditori «in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale».

Chiarito il concetto di continuità aziendale, occorre dare una definizione di *surplus* da continuità. Sulla scorta delle pronunce giurisprudenziali è possibile definirlo come differenza, alla data di apertura del concorso, tra il valore di liquidazione giudiziale del patrimonio e il valore dell'azienda in continuità, quali stimati nel piano²². Sono necessarie due precisazioni. Per un verso, il valore di liquidazione giudiziale deve determinarsi con riguardo all'azienda come complesso unitario e non ai singoli beni di cui si compone. Per altro verso, il valore dell'azienda in continuità è determinato nel piano di concordato presentato, vale a dire quello stimato dal debitore. Pur se la stima del *surplus* non è espressamente prevista dal legislatore, è comunque necessaria al momento di presentazione della domanda²³.

4. In passato la distribuzione del *surplus* da concordato in continuità ha suscitato diverse interpretazioni. Dalla sentenza in oggetto si evince che il dibattito sussiste ancora oggi per i concordati aperti prima dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Il problema, come già accennato, risiede nell'interpretazione del significato da attribuire ai due periodi di cui si compone l'art. 160 l. fall.²⁴.

²¹ Ai sensi dell'art. 47 c.c.i.i.: «il Tribunale in sede di apertura della procedura di concordato in continuità aziendale, verifica la ritualità della proposta. La domanda di accesso al concordato in continuità aziendale è comunque inammissibile se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali».

²² G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla distribuzione del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *dirittodellacrisi.it*.

²³ D. VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 811.

²⁴ Il primo periodo dell'articolo recita: «la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione

A tal riguardo, la versione 'forte' ritiene che in caso di mancato soddisfacimento integrale dei creditori di grado superiore, è impossibile soddisfare i creditori di grado inferiore. La tesi in parola, che in dottrina ha avuto largo e autorevole séguito²⁵, replica il modello della regola della priorità assoluta. È il modello distributivo di origine statunitense, proprio della liquidazione di cui al *Chapter 7* del *Bankruptcy Code*. Attraverso tale modalità di distribuzione del patrimonio, si estende al concordato preventivo la previsione di cui all'art. 111 l. fall., che disciplina la distribuzione nella liquidazione fallimentare. Se il privilegio è generale, la soddisfazione non integrale è consentita solo laddove si attesti che l'intero patrimonio mobiliare è sufficiente al pagamento degli stessi. Se il patrimonio non può soddisfare i creditori privilegiati, nulla può essere attribuito ai creditori chirografari, salvo l'ipotesi di utilizzo di finanza esterna. Qualora ciò avvenisse, vorrebbe dire che una parte del patrimonio è stata sottratta alla prelazione dei creditori muniti di privilegio generale mobiliare e attribuita ai chirografari. In questo caso i creditori privilegiati riceverebbero un soddisfacimento inferiore rispetto a quello che potrebbero ottenere nel caso di liquidazione fallimentare.

Gli autori che privilegiano la regola della priorità assoluta sostengono che essa assicura un'effettiva tutela dei diritti dei creditori appartenenti alle classi dissenzienti ad ottenere quanto spetta loro²⁶. La posizione restrittiva fa leva sulla ravvisata attuazione, nell'esecuzione collettivo-concorsuale, del principio di responsabilità patrimoniale, dettato dall'art. 2740 c.c. con evidente riferimento all'esecuzione individuale, a cui fa da corollario l'art. 2741 c.c.²⁷.

della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile a i beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 terzo comma lettera d)». Ai sensi del secondo periodo «il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione». La formula utilizzata dal legislatore evidenzia una posizione *senior* attribuita ad alcuni creditori, ma alla luce dell'interazione con il primo comma non consente di comprendere in che modo tale priorità si concretizzi.

²⁵ D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, Absolute Priority rule e New Value Exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 333.

²⁶ G.P. MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, in *dirittodellacrisi.it*.

²⁷ Secondo l'art. 2740 c.c., comma 1: «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». Ai sensi dell'art. 2741 c.c.: «i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime

Al fine del rispetto del combinato disposto dagli art. 2740 e 2741 c.c., è ammissibile la falcidia del debito privilegiato solo qualora il patrimonio statico o dinamico del proponente non sia capiente. Di conseguenza, per la falcidia dei creditori privilegiati è necessario prima applicare le regole imperative in materia di responsabilità patrimoniale del debitore, che impongono al debitore di rispondere delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, nel rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause legittime di prelazione. Solo qualora i beni presenti e futuri (stimati) non sono sufficienti a soddisfare il creditore privilegiato in misura integrale, allora scatta il meccanismo della falcidia di cui all'art. 160, secondo comma (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). La parte del credito non coperta dalla garanzia concorre come chirografaria.

Inoltre, i sostenitori di tale orientamento ritengono che la funzione delle procedure concorsuali consista nel «massimo soddisfacimento dei creditori» e la salvaguardia dei complessi produttivi è un obiettivo complementare, ma non prioritario. In questo senso, parte della dottrina ritiene che il legislatore avrebbe delineato una gerarchia di interessi da tutelare, in cui al primo posto vi è proprio il massimo soddisfacimento dei creditori. La conclusione da questi raggiunta sarebbe confermata dal contenuto di tre norme imperative. *In primis* dall'art. 186 *bis* l. fall., secondo cui «la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori». In secondo luogo, nella parte in cui il tribunale deve provvedere alla revoca dell'ammissione al concordato «qualora risulta manifestatamente dannoso per i creditori». Infine, nella previsione in cui il legislatore consente, previa autorizzazione del tribunale, al pagamento dei creditori anteriori qualora un «professionista attesti che sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori»²⁸.

La tesi rigorosa ha trovato ampia diffusione nella giurisprudenza di merito. Infatti, il Tribunale di Rimini, nel 2018²⁹, nel dichiarare

di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche».

²⁸ D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, cit., p. 334.

²⁹ Trib. Rimini, 10 maggio 2018, in *ilcaso.it*. Nella stessa direzione anche: Trib. Treviso, 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 1439; Trib. Milano, 20 luglio 2011, in

inammissibile una proposta di concordato preventivo, afferma che il principio del rispetto dell'ordine dei privilegi si concretizza nella necessaria integrale soddisfazione del grado di privilegio generale precedente prima di poter soddisfare il grado successivo e che in caso di incapacienza dei beni dell'impresa, ai chirografari possono essere destinate esclusivamente risorse provenienti da terzi e non dal patrimonio del debitore. In forma diversa recepisce lo stesso orientamento il Tribunale di Catania, nel 2019³⁰. In particolare, ritiene inammissibile una proposta con destinazione dei canoni di locazione di un immobile alla copertura dei costi derivanti dall'espletamento dell'attività caratteristica dell'impresa invece che al pagamento del creditore che su suddetto immobile vantava un'ipoteca, violando il principio del divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione. Occorre precisare, che in caso di concordato preventivo in continuità, la prelazione non può essere estesa ai frutti civili dell'immobile ipotecato, come previsto dalla disciplina di diritto comune. Se l'obiettivo prioritario è la prosecuzione dell'attività d'impresa, destinare un flusso che deriva dalla locazione di un immobile al soddisfacimento del creditore che vanta un'ipoteca sullo stesso immobile potrebbe incidere negativamente sul soddisfacimento di un creditore strategico, compromettere la prosecuzione di rapporti e di conseguenza la continuità aziendale. Diversamente, l'estensione potrebbe trovare giustificazione nell'ambito delle procedure con finalità liquidatorie, come concordato preventivo liquidatorio, fallimento, liquidazione giudiziale. In passato, prima della riforma 2005-2007, l'operatività dell'estensione del diritto di prelazione ai frutti civili trovava conferma nella disciplina *ex art.* 107, comma 4, l. fall., secondo cui il curatore doveva tenere un conto speciale delle vendite dei singoli immobili e dei «frutti percepiti sui medesimi» dalla data della dichiarazione di fallimento. Si tratta di una previsione normativa non più presente da molti anni, in linea con gli interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo.

Un altro intervento si ha con il Tribunale di Monza³¹, che con riguardo ad un concordato preventivo in continuità aziendale diretta, ha affermato che «i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività

www.unijuris.it; Trib. Udine, 15 giugno 2011, in *unijuris.it*; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, in *ilcaso.it*; App. Venezia, 12 maggio 2016, *ivi*; Trib. Belluno, 17 febbraio 2017, *ivi*

³⁰ Trib. Catania, 24 luglio 2019, in *DeJure online*.

³¹ Trib. Monza, 23 settembre 2020, in *Fallimento*, 2021, p. 278.

d'impresa successivamente al deposito della domanda di concordato non costituiscono finanza esterna rispetto all'attivo esistente a quel momento e devono, dunque, essere messi a disposizione del ceto creditorio nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione». Sicuramente la pronuncia è condivisibile nella parte in cui i flussi che derivano dalla prosecuzione dell'attività d'impresa non costituiscono finanza esterna. Infatti, il Legislatore ha dato conferma con il d.lg. n. 136 del 2024. Non si può giungere alla stessa conclusione sulla parte della pronuncia in cui il Tribunale richiede il rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione per la distribuzione dei flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività. Quasi nella stessa direzione si pronuncia il Tribunale di Milano³² in riferimento ad un concordato preventivo con continuità aziendale indiretta. In particolare ha dichiarato che «i canoni ricavati dall'affitto d'azienda del debitore a un terzo, con contratto stipulato successivamente all'avvio della procedura e subordinato, nella sua efficacia, alla definitiva omologazione del concordato non costituiscono finanza esterna rispetto all'attivo esistente al momento della domanda di concordato e non possono, quindi, essere messi a disposizione del ceto creditorio liberamente, senza il necessario rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione». Parimenti la pronuncia del Tribunale di Milano è condivisibile solo nella parte in cui ritiene che il flusso costituito dai canoni ricavati dall'affitto d'azienda non costituisce finanza esterna.

Rispetto ad altre questioni di diritto, sul tema la Corte di Cassazione si è pronunciata sempre nella stessa direzione. Infatti, la regola della priorità assoluta è da anni ormai principio consolidato in sede di legittimità. Nel 2012 la Cassazione manifesta per la prima volta una chiara opzione per l'orientamento meno liberale, affermando che nel concordato preventivo il principio del divieto di alterazione delle cause di prelazione nella proposta di pagamento formulata dal debitore può essere derogato in caso di risorse provenienti da terzi solo quando l'apporto risulti neutrale sia perché non comporti un diretto incremento dello stato patrimoniale dell'impresa e sia perché non determini un aggravio della massa passiva con il riconoscimento di un credito a favore del terzo³³. Quindi, secondo la Cassazione, sia il *surplus* – inteso come maggior valore dell'azienda in continuità rispetto al valore di liquidazione – sia qualsiasi altro flusso che non

³² Trib. Milano, 22 dicembre 2020, in *Fallimento*, 2021, p. 279.

³³ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, in *unijuris.it*.

risultati neutrale, deve essere distribuito secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione. Nel 2019, ritiene inammissibile la proposta di concordato che prevede il soddisfacimento in percentuale dei creditori postergati *ex art.* 2467 c.c., a dispetto del mancato pagamento integrale di tutti i creditori, compresi i creditori chirografari, salvo che la proposta venga approvata dai creditori ad unanimità. Con tale pronuncia la corte ribadisce implicitamente che è necessario il soddisfacimento integrale di tutti i creditori di grado superiore per poter poi attribuire parte del patrimonio ai creditori di grado inferiore. Nel caso di specie, oltre a dare attuazione ai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., applica pienamente al concordato preventivo le regole di distribuzione dell'attivo previste in sede fallimentare, ipotizzando la possibilità di attribuire risorse ai postergati solo dopo il soddisfacimento integrale dei chirografari. Poco dopo, nel 2020, affronta per la prima volta in modo espresso e diretto il controverso problema delle regole di distribuzione del patrimonio del debitore tra creditori privilegiati e chirografari nel concordato preventivo. In quella sede, i giudici di legittimità hanno statuito che in caso di soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale, è legittimo prevedere un soddisfacimento dei creditori chirografari solo in presenza di beni immobili (per la parte che non è deputata a garantire i creditori che vantano un titolo di prelazione su di essi) o di liquidità estranee al patrimonio del debitore stesso. Essendo il ricavato dalla vendita di beni mobili destinato al soddisfacimento dei privilegiati generali, per la Corte i chirografari potranno soddisfarsi sul ricavato della vendita dei beni immobili per la parte non destinata a garantire i creditori che vantano un'ipoteca sugli stessi.

Ad agosto del 2024, con la sentenza in oggetto ribadisce che il *surplus* da continuità aziendale non è liberamente distribuibile dal debitore, ma soggiace al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione. Nonostante oggi la questione sia stata risolta con l'intervento da parte del legislatore, che nel recepire la Direttiva *Insolvency* introduce nel diritto positivo la regola della priorità relativa per la distribuzione del *surplus*, la Cassazione non inverte la sua posizione per proposte di concordato presentate nel momento in cui era ancora in vigore la legge fallimentare.

5. Per i giudici di legittimità i redditi prodotti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa ed i relativi flussi finanziari costituiscono, sul piano giuridico, beni futuri ricompresi nella garanzia patrimo-

niale generica del creditore, ai sensi dell'art. 2740 c.c. Pertanto, va chiarito cosa debba intendersi per 'bene futuro'.

Autorevoli voci dottrinali rilevano che nell'impianto dell'art. 2740 c.c., il bene è futuro con riguardo alla data di insorgenza dell'obbligazione, ma presente rispetto alla data di avvio dell'esecuzione³⁴. Infatti 'bene futuro' è un'espressione cronologica che si riferisce al momento in cui si è assunta l'obbligazione e vuole scolpire il concetto per cui possono essere colpiti dall'azione esecutiva del creditore anche i beni entrati nella sfera patrimoniale dopo l'assunzione del vincolo, ancorché su di essi il creditore non avesse ragione di fare affidamento. Questi nuovi beni, pertanto, al pari di quelli preesistenti, sono vincolati a garanzia, soggiacciono all'esecuzione forzata e in pendenza del termine per l'adempimento, potranno essere oggetto di misure conservative, anche se al momento in cui è nata l'obbligazione non facevano parte del patrimonio del debitore. L'universalità è però solo potenziale. Ciò significa che, se al momento in cui nasce l'obbligazione (e con essa la garanzia sul patrimonio) tutti i beni del debitore possono in astratto costituire oggetto di espropriazione, solamente con l'inizio di questa si specificano i beni sui quali si appunterà la pretesa creditoria e che saranno oggetto di vendita forzata o di assegnazione. Ed infatti, il pignoramento ha la funzione di identificare determinati beni, siano essi beni mobili, immobili o crediti, oggetto della successiva azione esecutiva. Risulta evidente, tuttavia, che i beni su cui grava di fatto l'esecuzione sono quelli esistenti al momento dell'avvio del procedimento, compresi quelli entrati effettivamente nel patrimonio del debitore ed esclusi quelli che sono legittimamente usciti³⁵. Per cui, ad avviso di chi scrive, il plusvalore da concordato non è soggetto a responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. in quanto non ancora esistente al momento di apertura della procedura concorsuale (esecuzione collettiva). La giurisprudenza di legittimità con la pronuncia in oggetto, non considera che i beni futuri a cui si riferisce l'art. 2740 c.c. non sono quelli entranti nel patrimonio del debitore dopo l'esecuzione³⁶, bensì i beni esistenti al momento di avvio della

³⁴ V.G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Le obbligazioni*, II, *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2011, p. 81 ss., ma spec. p. 75 ss. per un'efficace sintesi sul dibattito dottrinale in tema di 'beni presenti' e 'beni futuri' nella disposizione dell'art. 2740 c.c.

³⁵ D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, 2008, Napoli, p. 11.

³⁶ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 19, I, 2ª ed., 1997, p. 506 ss.

procedura esecutiva. Con la procedura concorsuale di concordato preventivo si ha il 'concorso collettivo' tra i creditori, ma al momento di presentazione della domanda e all'apertura della procedura non esiste ancora il plusvalore da concordato.

Inoltre, è stato anche osservato che, se è vero che sono pignorabili i crediti futuri, per cui si può ragionare di bene futuro anche rispetto al tempo dell'avvio dell'esecuzione, è altrettanto vero che il titolo deve preesistere all'azione esecutiva. Non è il caso del plusvalore da continuità.³⁷

La fattispecie non può nemmeno essere ricondotta a quanto previsto dal legislatore in ipotesi liquidatoria. Il vecchio art. 42 l. fall., ed oggi l'art. 142 c.c.i.i., estendono la responsabilità patrimoniale del debitore anche ai beni futuri il cui titolo non preesista alla liquidazione giudiziale, ma ciò trova giustificazione nella procedura liquidatoria³⁸. Nel caso di specie la proposta ha ad oggetto la continuità aziendale.

6. La sentenza in commento concerne l'inammissibilità di un ricorso diretto ad accedere alla procedura concorsuale di concordato preventivo con continuità *ex* art. 186 *bis* l. fall. L'istanza viene presentata dal debitore nel 2018, prima dell'entrata in vigore del c.c.i.i. Periodo in cui regna sovrana la regola della priorità assoluta.

Diversamente, secondo la versione 'debole' dell'ordine delle cause di prelazione, che corrisponde alla c.d. regola della priorità relativa (d'ora innanzi, RPR), è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che detto pagamento sia di misura inferiore. Con il d.lg. del 17 giugno 2022, n. 83, il legislatore introduce nel diritto positivo la RPR, regola base della Direttiva (UE) del 20 giugno 2019, n. 1023, per la distribuzione del valore eccedente a quello di liquidazione.

³⁷ M. FABIANI, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale "dinamica" e sulla de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in AA.Vv., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, p. 51 ss. L'a. osserva che «quando le risorse sono esaurite, la garanzia patrimoniale non c'è più: ci sarebbe sui beni futuri (art. 2740 c.c., art. 42 l. f.), ma solo su quelli realizzabili nella liquidazione, non su quelli futuri salvo che siano 'contendibili' ed offerti 'spontaneamente'».

³⁸ A. ROSSI, *Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2015, 1, p. 343 ss. L'a. sottolinea come «l'art. 2740 c.c., seppure norma cardine del sistema delle obbligazioni, fatica a trovare un suo ambito di applicazione nel sistema del concordato preventivo, che costituisce per sé un'ipotesi legale di procedimento funzionale alla falciatura del debito».

In primo luogo, a sostegno della RPR si adducono argomenti di carattere letterale. L'uso del verbo 'alterare' contenuto nell'art. 160, comma 2, l. fall. non starebbe ad indicare il divieto assoluto di pagare il creditore *junior* se il creditore *senior* non sia stato soddisfatto integralmente, ma solamente la necessità di non sovvertire l'ordine di graduazione dei crediti³⁹.

Altri autori invocano la natura negoziale del concordato, il quale rappresenta una soluzione privatistica alla crisi e all'insolvenza, alternativa alla liquidazione fallimentare. Pertanto, l'art. 160 comma secondo non può interpretarsi come applicazione dell'art. 111 l. fall. (oggi art. 221 c.c.i.i.)⁴⁰, concernente l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione.

Sicuramente la RPR consente una maggiore flessibilità nella definizione del contenuto delle proposte di concordato, evitando che l'assorbimento dell'attivo in favore dei creditori muniti di privilegio generale sino all'integrale soddisfacimento degli stessi riduca, o addirittura azzeri, le somme a disposizione dei creditori di rango inferiore, con minore 'appetibilità' della proposta. Nonostante ciò, la mera evidenziazione di questi inconvenienti pratici cui conduce un'interpretazione rigida della regola dell'ordine delle cause di prelazione non è di per sé sufficiente a superare i principi e le regole inderogabili che delimitano l'autonomia del debitore in tema di distribuzione del patrimonio.

Per tale motivo occorre riesaminare gli argomenti tradizionalmente utilizzati dai sostenitori della versione 'forte' per verificare se davvero esiste nel nostro ordinamento una regola inderogabile di priorità assoluta nell'ambito del concordato preventivo. Al riguardo, come correttamente osserva parte della dottrina⁴¹, la tesi dell'obbligatorio pagamento integrale dei privilegiati generali mobiliari quale presupposto necessario per passare al pagamento dei creditori chirografari non pare essere condivisibile nella misura in cui parifica il rapporto che lega il titolare di diritto di pegno o ipoteca con il bene oggetto di garanzia al diverso rapporto che intercorre tra il privilegiato generale e l'oggetto di suddetta garanzia.

³⁹ G. PERACIN, *Concordato preventivo e cessione bonorum con classi: trattamento dei creditori privilegiati generali e inquadramento giuridico del vantaggio differenziale*, in *Dir. fall.* 2011, I, p. 51 ss.

⁴⁰ In questa direzione v. anche Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, in *ilcaso.it*.

⁴¹ G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 39.

Infatti, nel caso di pegno o ipoteca, la prelazione sul ricavato rappresenta un riflesso dei caratteri di assolutezza ed immediatezza dei diritti di garanzia, così da non tollerare eccezioni nemmeno nel concordato preventivo. In realtà, il diritto di preferenza del creditore ipotecario o pignoratizio sul ricavato non può subire deroghe o limitazioni perché il bene oggetto di garanzia (o meglio, il ricavato della liquidazione dello stesso) è come se fosse sottratto al concorso della massa dei creditori, costituendo patrimonio separato all'interno del più ampio patrimonio del debitore, destinato in via esclusiva al titolare del credito garantito.

Contrariamente, nel caso del privilegio generale, la prelazione viene solo a creare un rafforzamento del principio di responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, ma non costituisce un rapporto diretto tra creditore e patrimonio stesso. Ciò significa che, mentre l'apertura della procedura concordataria non consente di 'spezzare' il rapporto tra bene oggetto di pegno o ipoteca e creditore garantito, diverso è il discorso per i privilegiati generali. L'apertura della procedura coinvolge l'intero patrimonio del debitore (ad eccezione dei beni personalissimi), così che il patrimonio diventa, più che la misura del soddisfacimento dei creditori muniti di privilegio generale, lo strumento per la soddisfazione, secondo le modalità proposte, dell'intera massa dei creditori. In virtù di ciò, il privilegio generale, privo dei cennati caratteri di assolutezza ed immediatezza, si traduce in una regola di preferenza dei creditori privilegiati rispetto ai creditori chirografari (rispetto al solo patrimonio attuale), ma non in una regola di obbligo di destinazione esclusiva del patrimonio mobiliare a soddisfazione dei primi.

Sia parte della dottrina e sia la giurisprudenza di legittimità (che consolida l'orientamento con la sentenza in oggetto) hanno ricondotto il surplus da continuità aziendale a bene futuro. Assimilazione che, come sopra esposto, non è indiscutibile poiché il bene deve comunque essere presente al momento dell'avvio dell'esecuzione. Nonostante ciò, vi è anche chi ritiene che il surplus da concordato rientri tra i beni futuri a cui si riferisce l'*art. 2740 c.c.*, ed allo stesso tempo esclude che dovrebbe essere soggetto all'insieme delle regole che disciplinano il sistema di distribuzione del patrimonio del debitore. Infatti, sembra che la Cassazione non consideri che nell'ambito del concordato preventivo, la regola della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.* assume un significato peculiare e autonomo rispetto alla disciplina di diritto comune. La responsabilità patrimoniale va coordinata con l'effetto esdebitatorio che consegue all'omologazione

e con il principio di separazione patrimoniale che caratterizza ogni procedura di concordato preventivo. Per effetto del concordato preventivo la pretesa creditoria viene estinta (o diventa inesigibile)⁴² nei confronti del debitore con conseguente liberazione dello stesso. Si verifica una sostituzione dell'obbligazione originaria con l'obbligazione concordataria. Poiché il debito originario del debitore viene meno per l'effetto del concordato, in quanto sostituito dall'obbligazione concordataria, ne risulta conseguentemente limitata la pretesa dei creditori anteriori, che viene conformata e limitata in ragione di quanto previsto nella proposta.

In conseguenza dell'omologazione non vi è più l'obbligazione originaria dei creditori, ma vi sono le nuove e diverse obbligazioni concordatarie e ciò con riferimento a tutti i creditori anteriori, sia quelli privilegiati, sia quelli chirografari.

Se per effetto dell'omologazione la pretesa di tutti i creditori originari viene sostituita con la nuova e diversa obbligazione concordataria assunta dal debitore con la proposta, si verifica un effetto novativo. Ne consegue che anche il diritto di prelazione dei creditori privilegiati cessa di svolgere la sua funzione con l'apertura della procedura. L'effetto novativo prodotto dall'omologazione determina l'applicazione della regola sancita in riferimento alla novazione, dall'art. 1232 c.c. secondo cui: «il privilegio, il pegno e le ipoteche del credito originario si estinguono, se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito». Poiché il privilegio ha natura accessoria rispetto al credito cui accede, anch'esso si estingue per effetto della novazione e sostituzione dell'obbligazione originaria. In questo senso, con l'omologazione i creditori anteriori diventano tutti creditori aventi lo stesso rango.

In altre parole, i creditori anteriori saranno soddisfatti secondo il regime di trattamento previsto dalla proposta omologata, non potendosi più fare distinzione tra creditori privilegiati e chirografari. Da tale percorso argomentativo si giunge alla conclusione che le regole di distribuzione del patrimonio del debitore sancite dall'art. 2741 c.c. e la priorità che esse attribuiscono ai privilegiati rispetto ai chirografari operano nei concordati con riferimento al solo patrimonio esistente al momento di presentazione della domanda di accesso al

⁴² La dottrina parla talvolta di estinzione (M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa*, Torino, 2009, p. 161) e altre volte di inesigibilità (A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 383).

concordato preventivo. Esse non operano con riferimento al patrimonio futuro, che comprende anche gli eventuali risultati positivi derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Secondo tale orientamento, i beni sopravvenuti per effetto della prosecuzione dell'attività d'impresa possono essere liberamente distribuiti dal debitore.

Inoltre, con l'omologazione si giunge alla formazione di un patrimonio vincolato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso e dei crediti sorti durante la procedura e di un secondo patrimonio destinato ai creditori successivi. Nei concordati con continuità aziendale è necessario che una parte del patrimonio posteriore, costituito dai beni che provengono dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, sia destinato anche ai creditori anteriori. Aspetto rilevante è che tale parte del patrimonio posteriore a favore dei creditori anteriori non è soggetta alle regole imperative di distribuzione del patrimonio sancite dall'art. 2741 c.c.

Un ulteriore elemento a sostegno della tesi a favore della RPR s'individua nell'art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fall.. La norma consente al debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale di chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi se l'esperto indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Per l'opinione dominante il pagamento anticipato può essere integrale. L'autorizzazione determina quindi una deroga alla *par condicio creditorium*, deroga che il legislatore consente per il mantenimento della continuità aziendale e per un vantaggio al ceto creditorio in generale. Se la continuità aziendale e la massimizzazione dell'interesse dei creditori giustificano una lesione alla *par condicio creditorium* nella fase precedente all'ammissione in forza dell'autorizzazione ex art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fall., ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere legittima anche la proposta di concordato che ne preveda il pagamento integrale ed immediato al momento dell'omologa. Ne deriva che, può essere considerato legittimo un trattamento più favorevole per i creditori strategici rispetto ai privilegiati generali se funzionale all'acquisizione di nuove risorse e sempre nel rispetto dei diritti di priorità che i privilegiati vantano sul patrimonio anteriore alla presentazione della domanda di concordato preventivo.

Tra i fedeli sostenitori della versione debole, c'è chi individua una deroga agli art. 2740 e 2741 c.c. per applicazione del principio del miglior soddisfacimento dei creditori, criterio interpretativo generale della disciplina del concordato in continuità. La migliore soddisfazione dei creditori potrebbe giustificare l'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione non solo nel caso di prestazioni essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa, così come sopra precisato nell'ipotesi di cui all'art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall., ma anche in tutti gli altri casi in cui il pagamento di un creditore di rango inferiore comporti una soddisfazione migliore per tutti gli altri creditori⁴³.

Come condivisibilmente è stato osservato⁴⁴, anche la legge fallimentare prevedeva una regola della priorità relativa 'all'italiana' con l'art. 182 *ter*, comma 1, l. fall.. La norma stabilisce che «se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore». Con la transazione fiscale nel concordato preventivo si consente di soddisfare il creditore di rango inferiore nel caso in cui il creditore privilegiato di rango superiore non sia stato integralmente soddisfatto, ma, aspetto assai peculiare, è che è sufficiente che sia soddisfatto nella stessa misura del creditore privilegiato di rango inferiore.

Sulla base di quanto esposto, non sembra che possa trovare ostacoli un'interpretazione dell'art. 160 l. fall. intesa nel rispetto della RPR. Non è presente nel nostro ordinamento una norma imperativa che obbliga all'integrale soddisfacimento dei creditori di grado superiore prima di prevedere un pagamento a quelli di grado inferiore – spesso creditori strategici – in caso di concordato preventivo in continuità.

Negli anni anche parte della giurisprudenza di merito si è mostrata a favore della versione debole. Secondo alcuni orientamenti⁴⁵ la fattispecie di concordato in continuità aziendale integrerebbe un'ipotesi di limitazione legale di responsabilità ai sensi del 2740 c.c. I

⁴³ F. RASILE e C. PASSERINI, *Destinazione dei flussi derivanti da continuità aziendale e dei frutti dell'immobile gravato da ipoteca*, in *ilfallimentarista.it*.

⁴⁴ G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla distribuzione del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *dirittodellacrisi.it*.

⁴⁵ Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *Falimento*, 2017 e Trib. Massa, 4 febbraio 2016, in *ilcaso.it*.

giudici di merito hanno infatti specificato che «le risorse liberate per mezzo dei ricavi generati dalla continuità aziendale non configurano attivo patrimoniale vincolato alla distribuzione secondo i principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c.». Sarebbe la stessa legge che, dando al debitore la possibilità di non destinare ai creditori tutti i suoi beni, nell'ambito del concordato con continuità, avrebbe introdotto, per questa tipologia di concordato, una deroga al principio di universalità della responsabilità patrimoniale del debitore e dunque ponendo il concordato preventivo con continuità fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 2740 c.c.

Un interessante intervento a favore della RPR emerge dalla Corte di Appello di Venezia del 19 luglio 2019. La Corte ha ritenuto «di poter giungere alla conclusione che nel concordato in continuità è astrattamente possibile la falciatura dei creditori privilegiati, anche di quelli aventi privilegio generale», a condizione che «venga allegata dal proponente un'attestazione che fornisca un giudizio che sia quantomeno di equivalenza tra la provvista concordataria e il risultato di una liquidazione fallimentare mediante la vendita a terzi dell'azienda in esercizio, sommato al valore dei beni eventualmente destinati alla cessione». Soddisfatta tale condizione, secondo la Corte, nell'ipotesi di concordato in continuità aziendale, il maggior valore che deriva dall'attuazione del piano concordatario rispetto a quello dell'attivo esistente al momento della domanda di concordato «costituisce un surplus concordatario che può essere liberamente distribuibile dal debitore alla stregua di quella che viene comunemente definita quale finanza esterna». Orbene, la Corte individua nella disciplina del concordato in continuità, uno dei «casi stabiliti dalla legge» che l'art. 2740, secondo comma, c.c., prevede come eccezioni della responsabilità patrimoniale.

La Corte precisa, altresì, che una tesi contraria rispetto a quella sopra esposta finisce con lo «sbarrare la strada a un concordato in continuità che potenzialmente potrebbe essere migliorativo per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare, nella quale, invero, creditori privilegiati potrebbero anche rimanere incapienti». In altre parole, qualora i flussi generati dalla continuità e ulteriori rispetto al patrimonio esistente alla data di presentazione della domanda di concordato dovessero essere utilizzati nel rigoroso rispetto delle cause legittime di prelazione, è probabile che non sia possibile proporre ai creditori chirografari alcuna parziale soddisfazione. Ciò rende presumibilmente inattuabile la proposta di concordato e ir-

realizzabile il relativo piano, nonostante consenta una soddisfazione migliore rispetto all'alternativa liquidatoria, a discapito quindi della miglior soddisfazione dei creditori. In questo caso, verrebbero danneggiati anche gli stessi creditori privilegiati, per la quota degradata come chirografari, ai quali non potrebbe essere destinato quel *surplus* generato esclusivamente dalla continuità. Applicando in ogni caso le norme di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., si tradirebbe il principio essenziale che deve ispirare il concordato preventivo e soprattutto quello in continuità aziendale: la migliore soddisfazione dei creditori⁴⁶. In altre parole, la regola della priorità relativa consente di predisporre piani con maggiore flessibilità, lasciando spazio a categorie di creditori strategici per il proseguimento dell'attività d'impresa altrimenti destinati a ricevere nulla⁴⁷.

7. I sostenitori della versione 'forte' per la distribuzione del *surplus* da concordato, così come la Corte di Cassazione, individuano due ostacoli alla distribuzione del patrimonio del debitore secondo la versione 'debole'. Il primo sarebbe costituito dalla garanzia generica del patrimonio del debitore di cui al 2740 c.c.. Sul punto, tuttavia la Corte non considera che il *surplus* non può essere compreso tra il patrimonio responsabile del debitore di cui al 2740 c.c. in quanto non esistente al momento dell'esecuzione. In riferimento al secondo ostacolo, non sembra che l'art. 160, l. fall. implichi l'applicazione della regola della priorità assoluta. Dall'analisi delle argomentazioni esposte dai sostenitori della versione forte non si evince che le norme in caso di concordato in continuità impongano un divieto assoluto di pagare il creditore *junior*, se non sia stato soddisfatto integralmente il creditore *senior*. Anzi, alcune tesi elaborate dai sostenitori della versione debole conducono ad una distribuzione completamente libera del *surplus*. In ogni caso, ad avviso di chi scrive, non può essere sottovalutato il divieto di 'alterazione' inteso in senso non assoluto posto dall'art. 160 l. fall., riferito a qualsiasi tipologia di concordato. Pertanto la RPR risulta perfettamente compatibile con la proposizione normativa dell'art. 160 l. fall. visto che consente comunque un trattamento più favorevole ai creditori di rango superiore. Non

⁴⁶ G. ACCIARO e A. TURCHI, *Le regole di distribuzione del patrimonio tra passato e futuro, in diritto della crisi*. it.

⁴⁷ L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *dirittobancario*. it.

a caso è stata quest'ultima la scelta del legislatore con il secondo correttivo, poco prima che il c.c.i.i. entrasse in vigore. L'applicazione della RPR ha come risvolto pratico una maggiore probabilità di successo dei concordati, ricevendo il voto a favore anche dai creditori di rango inferiore. Infatti, consente attribuire una parte di risorse ai creditori strategici, favorendo il proseguimento dell'attività d'impresa. Quest'ultimo è divenuto un obiettivo prioritario nel concordato preventivo in continuità non con il c.c.i.i., ma già con gli interventi effettuati dal legislatore in precedenza, come in queste pagine si è cercato di dimostrare.

SALVATORE SINISCALCHI

Abstract

Il commento trae spunto da una recente sentenza della Corte di Cassazione circa la distribuzione del *surplus* da concordato in continuità. Dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa del diritto della crisi e dell'insolenza, si analizzano le possibili interpretazioni del dettato normativo contenuto nell'art. 160 l.fall.: nel senso della *absolute priority rule* oppure nel senso della *relative priority rule*. Quest'ultima consentirebbe agevolmente il perseguimento del principale interesse tutelato dal legislatore con gli interventi normativi degli ultimi vent'anni.

The comment is inspired by a recent ruling of the Court of Cassation on the distribution of the surplus from Concordato preventivo in continuity. After retracing the regulatory evolution of the law of crisis and insolence, the possible interpretations of the regulatory provision contained in art. 160 l.fall are analysed: in the sense of the absolute priority rule or in the sense of relative priority rule. The latter would easily allow the pursuit of the main interest protected by the legislator with the regulatory interventions of the last twenty years.

Parole chiave

Concordato preventivo – distribuzione del *surplus* – *absolute priority rule* e *relative priority rule*

Composition with creditors – Distribution of the surplus – Absolute priority rule e relative priority rule