



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

CORSO DI DOTTORATO IN

DIRITTO COMPARATO, PRIVATO, PROCESSUALE CIVILE E DELL'IMPRESA

XXXIV CICLO

Tesi di dottorato

*Gestione unitaria e distribuzione del valore del gruppo
nella liquidazione giudiziale*

Settore scientifico-disciplinare IUS/04

Dottorando

Stefano Covino

Tutor

Ch.mo Prof. Roberto Sacchi

Coordinatore del Corso di Dottorato

Ch.mo Prof. Giuseppe Ludovico

Anno Accademico 2020/2021

SOMMARIO

CAPITOLO I **- 5 -**

1. Premessa. Le ragioni di interesse per i temi dell'insolvenza del gruppo. - 5 -
2. La regolazione delle disfunzioni gestionali del gruppo tra (prosecuzione della) attività imprenditoriale e (centralità del) sostegno finanziario. - 9 -
3. La liquidazione giudiziale di gruppo nella cornice dei modelli comparatistici: il consolidamento sostanziale. - 16 -
4. (*segue*) e il consolidamento cd. procedimentale. - 19 -
5. Concentrazione di procedure e consolidamento procedimentale nella gestione dell'insolvenza di gruppo. - 36 -
6. La liquidazione unitaria dell'attivo e la prosecuzione dell'impresa nella liquidazione giudiziale (di gruppo e non). - 40 -
7. L'esercizio dell'impresa di gruppo quale sviluppo naturale della liquidazione giudiziale unitaria. - 54 -
8. La gestione unitaria del gruppo insolvente e il suo finanziamento: la centralità a livello ordinamentale del sostegno finanziario infragruppo. - 64 -
9. La regola di autonomia delle masse nella procedura unitaria di liquidazione giudiziale di gruppo: il contesto di riferimento. - 70 -
10. (*segue*) e la sua interpretazione "orientata agli interessi": gli spunti offerti dall'evoluzione civilistica del principio di universalità della responsabilità patrimoniale. - 78 -
11. Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali negoziali. - 85 -
12. La gestione del patrimonio del gruppo nelle procedure concorsuali liquidatorie: problemi e prospettive. - 93 -

CAPITOLO II **- 102 -**

1. L'esercizio "diretto e coordinato" dell'impresa di gruppo e i poteri del curatore in funzione del suo finanziamento: premessa. - 102 -
2. I poteri "*retrospettivi*". Le azioni di inefficacia e le revocatorie "aggravate" infragruppo: i modelli di tutela. - 108 -
3. Le azioni di inefficacia di cui al primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi, tra natura e funzione del rimedio. - 112 -
4. (*segue*) la sua attuazione: spunti dalla recente giurisprudenza in tema di revocatorie tra fallimenti. - 128 -
5. I poteri "*propulsivi*". L'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del gruppo in liquidazione giudiziale. - 138 -
6. La pianificazione del finanziamento: il programma di liquidazione "di gruppo" e la sua (mancata) approvazione. - 154 -
7. (*segue*) il possibile contenuto del programma: le nuove prerogative "corporative" del curatore nella liquidazione giudiziale delle imprese "autonome". - 167 -
8. (*segue*) e nella liquidazione giudiziale di gruppo: l'applicazione "tipologicamente compatibile" dell'art. 264 del Codice della crisi. - 182 -
9. Il concordato nella liquidazione giudiziale di gruppo (cenni). - 196 -

CAPITOLO III

- 200 -

1. L'attività di direzione e coordinamento del gruppo insolvente: il problema e le esigenze di tutela. - 200 -
2. La direzione unitaria del curatore: le forme di esercizio del potere e gli interessi rilevanti. - 204 -
3. (*segue*) i criteri di distribuzione del valore del gruppo insolvente. - 215 -
4. La responsabilità del curatore per l'eterodirezione abusiva: i criteri di gestione. - 222 -
5. (*segue*) i rimedi esperibili e la destinazione del risarcimento. - 240 -

BIBLIOGRAFIA

- 246 -

CAPITOLO I

La gestione diretta e coordinata dell'impresa di gruppo insolvente: il problema.

SOMMARIO. 1. Premessa. Le ragioni di interesse per i temi dell'insolvenza del gruppo. – 2. La regolazione delle disfunzioni gestionali del gruppo tra prosecuzione dell'attività imprenditoriale e ruolo del sostegno finanziario. – 3. La liquidazione giudiziale di gruppo nella cornice dei modelli comparatistici: il consolidamento sostanziale. – 4. (*segue*) e il consolidamento cd. procedimentale. – 5. Concentrazione di procedure e consolidamento procedimentale nella gestione dell'insolvenza di gruppo. – 6. La liquidazione unitaria dell'attivo e la prosecuzione dell'impresa nella liquidazione giudiziale (di gruppo e non). – 7. L'esercizio dell'impresa di gruppo quale sviluppo naturale della liquidazione giudiziale unitaria. – 8. La gestione unitaria del gruppo insolvente e il suo finanziamento: la centralità a livello ordinamentale del sostegno finanziario infragruppo. – 9. La regola di autonomia delle masse nella procedura unitaria di liquidazione giudiziale di gruppo: il contesto di riferimento. – 10. (*segue*) e la sua interpretazione "orientata agli interessi": gli spunti offerti dall'evoluzione civilistica del principio di universalità della responsabilità patrimoniale. – 11. Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali negoziali (di gruppo e non). – 12. La gestione del patrimonio del gruppo nelle procedure concorsuali liquidatorie: problemi e prospettive.

1. Premessa. Le ragioni di interesse per i temi dell'insolvenza del gruppo.

L'approvazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza restituisce all'ordinamento italiano – sebbene tuttora allo stato soltanto potenziale¹ – una disciplina generale delle disfunzioni della gestione e del finanziamento dell'impresa esercitata nella forma giuridica del gruppo.

Tale novità deve essere di per sé salutata con favore².

¹ È noto, infatti, come con il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 l'entrata in vigore del Codice della crisi (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) sia stata posticipata dal 15 agosto 2020 al 1° settembre 2021, e ciò per ragioni che dipendono tanto dalle contingenze in atto, quanto – verosimilmente – dalla contemporanea pendenza dei termini per il recepimento nell'ordinamento italiano della Direttiva *Restructuring* (Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019: per un quadro della distanza che separa l'ordinamento italiano dallo "spazio concorsuale europeo" cfr., per tutti, MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 286 ss.). È noto altresì come, a ridosso dell'approvazione del Codice della crisi, sia stata adottata altresì la legge 8 marzo 2019, n. 20, recante la «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». Il correttivo è stato approvato con d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

² Per una valutazione analoga cfr. NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 18 ss., nonché SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Le società*, 2019, 413. Invero, di là delle evidenti imprecisioni sottese alle nuove regole, non v'è dubbio che il Codice della crisi sia intervenuto a tacitare quell'«assordante» silenzio (ABRIANI-PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso-Panzani, tomo II, Torino, 2016, 3027) rappresentato dall'assenza nella legge fallimentare di una disciplina generale dell'insolvenza del gruppo. Una lacuna – quest'ultima – che, del resto, è stata oltremodo stigmatizzata in dottrina (cfr., *ex multis*, già PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 369, nonché TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, a cura di Fortunato-Giannelli-Guerrera-Perrino, Milano, 2011, 67 ss.), anche sulla base della considerazione

È noto, infatti, come le situazioni di squilibrio patrimoniale e di tensione finanziaria dell'attività del gruppo costituiscano il momento nel quale si manifesta con maggiore enfasi il potenziale conflitto – elevato a vero e proprio *topos* della riflessione in materia di gruppi – fra l'*unità* economica dell'iniziativa imprenditoriale esercitata dal gruppo e la *pluralità* dei centri di imputazione in cui il relativo rischio risulta segmentato e segregato³: ciò in quanto è da tempo acquisito come sia connaturato alla stessa struttura organizzativa di gruppo⁴ – al punto tale da costituirne l'intima giustificazione economica – che eventuali eternalità impattino in misura *disuguale* sulle sue componenti, essendo, anzi, destinate proprio ad essere “assorbite” prioritariamente da alcune di esse piuttosto che da altre⁵.

per cui «proprio quello della crisi del (e nel) gruppo è il momento in cui la tensione tra unità (economica) e autonomia (giuridica) che ne caratterizza l'essenza si fa più acuta, facendo emergere una non trascurabile esigenza di etero-regolamentazione» (CARIDI, *Spunti di riflessione nella prospettiva di una disciplina organica dei gruppi insolventi*, in *Giust. civ. online*, 18 gennaio 2016, p. 6, ma nella medesima prospettiva cfr. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XXV, Torino, 2012, 205 s.).

³ Per la coesistenza dei profili di *Einheit* economica dell'impresa di gruppo e di *Vielheit* giuridica dipendenti dalla sua articolazione policentrica sia sufficiente rinviare a SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 48 ss. e JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, 1425 ss. Un cenno già in DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, 1984, 53. Per la dottrina tedesca cfr., *ex multis*, TEUBNER, *Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen*, in *ZGR*, 1991, 189 ss.

⁴ È considerazione ricorrente, del resto, che, se osservato nella prospettiva dell'*impresa*, il gruppo si lasci apprezzare prima di tutto quale «modello di struttura organizzativa» (così già FERRI *sr.*, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, vol. X, tomo III, III ed., Torino, 1987, 1029) o, ancora, come «modello organizzativo dell'impresa policorporativa, che l'ordinamento ha elaborato [...] e messo a disposizione dell'iniziativa economica articolata su più soggetti giuridici» (SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 757 ss. ma sul punto cfr., per tutti, GUIZZI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Dizionari di diritto privato*, promossi da Irti, *Diritto commerciale*, a cura di Abriani, Milano, 2011, 350 ss.; VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 31 ss.). Nella dottrina tedesca, l'idea che il gruppo di società costituisca una «*Rechtsform für Unternehmen*» è una delle acquisizioni che si devono alla cd. *Lutter-Schule*: cfr., *ex multis*, LUTTER, *Zur Binnenstruktur des Konzerns*, in *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Hefermel, Gmür, Brox (hrsg.), Karlsruhe, 1974, 347 ss.; HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, Berlin, 1982, *passim*; SCHNEIDER, *Der Konzern als Rechtsform für Unternehmen: Zum Regelungsgegenstand eines Konzernverfassungsrecht*, in *Das Gesellschaftsrecht der Konzern im internationalen Vergleich*, Mestmäcker-Behrens (hrsg.), Baden-Baden, 1991, 563 ss. D'altra parte, l'appartenenza del diritto dei gruppi agli studi sull'impresa (prima ancora che a quelli in materia di società) è ben evidenziata da G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. I, Milano, 1996, 23 e da SCOTTI CAMUZZI, *I gruppi fra diritto delle società e diritto dell'impresa*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 2139 ss., nonché, più recentemente, da MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010, 334.

⁵ Invero, rientra fra le potenzialità del modello organizzativo la possibilità che la gestione dell'impresa tenda alla massimizzazione del risultato complessivo del gruppo, anche attraverso l'utilizzo in modo strumentale delle società sottoposte alla direzione e coordinamento e, conseguentemente, una distribuzione non omogenea dei costi e dei ricavi dell'unitaria attività di gruppo: il che rende allora «razionale una sua condizione non improntata a criteri di economicità» e contribuisce a differenziare nettamente il problema del gruppo «rispetto ad ogni altra ipotesi in cui il potere di “governo” della società è attribuito secondo il principio maggioritario ed è presente quindi il rischio che chi lo eserciti orienti le scelte a proprio esclusivo vantaggio ed a detrimento degli altri» (ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto*

Di là, dunque, delle evidenti criticità legate fra l'altro ad una tecnica legislativa che la dottrina non ha esitato a definire "sciatta"⁶, resta il fatto che la nuova disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi interviene a colmare una lacuna che non soltanto era stata ampiamente censurata in dottrina e in giurisprudenza, ancorché più volte considerata – in maniera probabilmente elusiva – non rimediabile in via interpretativa⁷, ma che costituiva altresì un evidente motivo di ritardo dell'ordinamento italiano rispetto al panorama comparatistico.

Il ben noto differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi impedisce allo stato attuale di indagare la portata applicativa e le problematiche dischiuse dalle nuove disposizioni. Ciò non toglie, tuttavia, che queste ultime possano essere analizzate fin da subito in una prospettiva *di sistema*, che tenga cioè conto, *da un lato*, delle esigenze di tutela che la crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese inevitabilmente intercettano e, *dall'altro*, dell'idoneità delle nuove regole ad approntarvi soluzioni che siano quanto più possibile coerenti con gli obiettivi di un diritto concorsuale efficiente.

In quest'ottica, un punto di osservazione privilegiato sulla nuova disciplina può essere costituito da quel nucleo di norme – gli artt. 287 ss. del Codice – che, sebbene con alcune evidenti criticità⁸, plasmano la nuova procedura di liquidazione giudiziale di gruppo. Si tratta invero di disposizioni che *di per sé*, e già in via di prima approssimazione, si appalesano meritevoli del più ampio approfondimento, e ciò per una serie di ragioni tra loro concorrenti.

commerciale, Padova, 2006, 194). Senonché, per tali ragioni ben si comprende come ogni disciplina del fenomeno debba fare i conti con una serie indeterminata di conflitti, riguardanti, in definitiva, «diverse legittime motivazioni dell'investimento azionario» (ID., *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 423): primo fra tutti quello che contrappone l'«interesse, proprio di chi dirige e coordina, ad una direzione che enfatizzi la dimensione anche economicamente unitaria dell'impresa» e «gli interessi dei finanziatori e degli investitori delle singole società [...] attenti unicamente alla conservazione e/o massimizzazione del valore della società al cui rischio in termini solo economici (creditori) ovvero anche giuridici (soci) essi partecipano» (GUIZZI, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 351, ove i virgolettati; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 177): soggetti, questi ultimi, che – come è stato efficacemente scritto – non hanno «titolo giuridico per accedere ai vantaggi del gruppo» (così SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Il gruppo d'impresse nella realtà giuridica italiana. Atti del Convegno di Verona. 6-7 novembre 1987*, Padova, 1990, 32).

⁶ In questi termini cfr. NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 25.

⁷ Si allude, segnatamente, a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità – del quale si tratterà *infra* – che, muovendo proprio dalla constatazione per quale l'ordinamento giuridico italiano, allo stato attuale della legislazione, non contempla il c.d. concordato preventivo di gruppo, ha ritenuto impossibile superare in via interpretativa l'assenza di una disciplina positiva dell'istituto: bollando pertanto d'inaammissibilità – come si vedrà – tanto la tecnica del conferimento dei patrimoni delle imprese del gruppo in una società in nome collettivo di nuova costituzione, funzionale alla presentazione di un'unica domanda di concordato, quanto la destinazione di parte dell'attivo di una delle imprese coinvolte nel piano di ristrutturazione a favore di altre imprese del medesimo gruppo.

⁸ Una prima ed esaustiva rassegna delle criticità legate alla nuova disciplina è rinvenibile in NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 24 ss. Una di esse è a dire il vero macroscopica, ed emerge nella stessa definizione di «gruppo di imprese» fornita dall'art. 2 del Codice, nella quale scompare misteriosamente la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento (sul punto cfr. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit., 416 ss.).

Se da un lato, infatti, appare fondato pronosticare che un consistente filone di indagine si svilupperà a partire dalle norme in tema di azioni di inefficacia tra imprese del gruppo (complici, peraltro, una loro formulazione letterale non certo impeccabile e un conseguente rischio di sovrapposizione fra rimedi), altrettanti profili di interesse si annidano a ben vedere nelle poche regole che, nel loro complesso, tracciano la cornice processuale e, al contempo, la direzione finalistica della nuova «procedura *unitaria* di liquidazione giudiziale» di gruppo. Norme oltremodo ellittiche, quali l'art. 287 del Codice, inducono invero ad interrogarsi sulla presunta completezza della nuova disciplina dell'insolvenza di gruppo e in particolar modo sull'autosufficienza degli istituti ivi previsti: trattandosi a tal fine di definire *a monte* il rapporto che intercorre tra le regole *speciali* e le corrispondenti previsioni di diritto concorsuale *generale*, e ciò con la finalità ultima di integrare le prime con l'innesto di strumenti e rimedi tuttora testualmente applicabili alla sola insolvenza dell'impresa monade.

A tale riguardo, del resto, non occorre trascurare come la procedura unitaria di liquidazione giudiziale trovi oggi la propria ragion d'essere nell'opportunità di realizzare «forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo». Da qui allora l'impressione che la liquidazione giudiziale di gruppo sia espressamente deputata alla realizzazione di un *vantaggio economico differenziale* rispetto all'alternativa, per così dire, “minimale”, rappresentata dal mero coordinamento tra (gli organi del)le «procedure concorsuali autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo» di cui al successivo art. 288: attendendosi, cioè, dall'apertura di una procedura unitaria il conseguimento di un *plusvalore* che possa riverberarsi a beneficio dei creditori sotto forma di una *recovery ratio* superiore, ancorché in misura minima, rispetto all'alternativa liquidatoria “atomistica”⁹.

Se tale sembra essere, in definitiva, la vocazione della forma più intensa di consolidamento procedimentale che l'ordinamento italiano conosca, tutt'altra questione è, per l'appunto, verificare se i margini di coordinamento testualmente previsti – e innestati, come detto, nella sola fase della liquidazione dell'attivo – siano di per sé *adeguati* a fronte della complessiva ispirazione efficientista delle nuove regole o se, invece, non sia opportuno individuare in via interpretativa ulteriori profili di “unità” in seno alla procedura unitaria aperta a carico del gruppo: e ciò – lo si può anticipare – con particolare riguardo alla *gestione, da parte dell'unico curatore ed in via diretta e coordinata, dei patrimoni delle imprese coinvolte*, in funzione di una proficua

⁹ Per tali considerazioni cfr., per tutti, SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, cit., 53 ss. In particolare, l'impostazione di fondo a partire dalla quale le nuove regole sono state concepite si appalesa funzionale ad «evitare la dispersione di valori che si avrebbe ove si coltivasse una liquidazione atomistica dei rispettivi patrimoni e gli organi delle diverse procedure perseguissero in modo opportunistico strategie di realizzazione dell'attivo tra loro incompatibili o comunque tali da rendere impossibile l'individuazione di soluzioni che preservino le sinergie di gruppo» (MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 227).

riallocazione sul mercato dell'azienda di gruppo in esercizio. Da tale interrogativo di fondo trae spunto la presente indagine¹⁰.

2. *La regolazione delle disfunzioni gestionali del gruppo tra (prosecuzione della) attività imprenditoriale e (centralità del) sostegno finanziario.*

Forte è l'impressione, insomma, che le ragioni di interesse per la nuova procedura di liquidazione giudiziale di gruppo si appuntino non tanto (o non soltanto) su ciò che le relative disposizioni *prescrivono*, quanto (e in misura maggiore) su ciò che dalla lettura delle stesse *rimane in ombra* e, segnatamente, su quell'amplissima porzione del fenomeno regolato che è costituita dalla possibile *prosecuzione dell'impresa di gruppo* in pendenza della procedura¹¹. Uno scenario, quest'ultimo, che del resto appare già *prima facie* meritevole di approfondimento, sol che si tengano a mente, *da un lato*, la centralità della continuità aziendale nel diritto concorsuale riformato e, *dall'altro*, l'immanenza, nell'organizzazione e nell'esercizio dell'impresa di gruppo, di conflitti normalmente assenti nell'area di impatto sul mercato dell'impresa "monade".

Ciò premesso, ulteriori considerazioni di carattere teorico e metodologico possono allora contribuire a focalizzare con maggior precisione l'oggetto e lo scopo della ricerca che ci si accinge a intraprendere.

Ed innanzitutto, sul piano della sua impostazione generale, appare opportuno condurre lo studio dei profili tipici della gestione della crisi e dell'insolvenza del gruppo secondo una prospettiva d'indagine che si muova tra i due poli concettuali, da un lato, dell'*attività* d'impresa – riguardata, in particolare, nell'ottica della sua organizzazione

¹⁰ Si tratta, d'altra parte, di un ulteriore punto di emersione di quella valenza del gruppo quale «campo problematico» (così, ovviamente, SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 222) nel quale si affacciano e si presentano all'interprete «*ganz spezifischen, nur ihm eigenem Rechtsproblemen*» (LUTTER, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, in *ZGR*, 1987, 328).

¹¹ Preme al riguardo precisare come la nozione di "impresa di gruppo" impiegata nel testo sia funzionale soltanto alla *descrizione* del fenomeno dal punto di vista empirico e non intenda in alcun modo costituire lo strumento per "unificare" il gruppo dal punto di vista *precettivo*. Sul punto, infatti, merita di essere condivisa l'idea per cui «solo a prezzo di una semplificazione della realtà economica e di una forzatura del sistema giuridico» sia dato configurare «una unitaria impresa di gruppo», nonché solo «in contrasto con la disciplina giuridica basata sulla soggettività di ogni componente» sia stata talvolta prospettata «un'entità soggettiva di gruppo, portatrice di un proprio distinto interesse» (RIVOLTA, *Ragioni dell'impresa e principio di conservazione nel nuovo diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 568). Per contro, è corretto ritenere che, nella realtà del gruppo di società, è possibile ravvisare tendenze unificanti soltanto guardando al fenomeno in chiave economica o, in prospettiva giuridica, assumendo l'unità dell'impresa svolta dalla capogruppo e dalle società controllate da un punto di vista funzionale. Sul punto cfr., per un'efficace sintesi, SANTAGATA, *Oggetto sociale ed articolazioni dell'attività imprenditoriale*, in *Riv. soc.*, 2007, 1264 s. e 1270 ss.; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Milano, 1998, 69 ss. e 93 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 50 ss. D'altra parte, è stato altresì sottolineato – e tali considerazioni possono essere mutate anche in questa sede – come l'impiego della locuzione "impresa di gruppo" possa svolgere un ruolo su un piano non già descrittivo, bensì più propriamente *tecnico*, non appena ci si avvalga di tale locuzione per evidenziare come «il fulcro del modello in esame, ossia la direzione e il coordinamento di entità societarie, integri i presupposti di una attività di impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c. e di questa allora, oltre a esprimere il profilo dinamico del "potere", condivide i caratteristici problemi applicativi» (MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 335 s.).

poli-centrica tipica dei gruppi, nonché della sua eventuale *prosecuzione* in sede concorsuale – e, dall’altro, del *sostegno finanziario*, da assumere quale vero e proprio *Grundkonzept* dell’attività di direzione e coordinamento¹².

Quanto al primo, non è ovviamente necessario ribadire in questa sede il valore e il rilievo del paradigma dell’*attività* negli studi di diritto dell’impresa e delle società e, di riflesso, nell’analisi della disciplina e, prim’ancora, della fenomenologia del gruppo¹³. Più interessante è, invece, richiamare l’attenzione, *per un verso*, sulle peculiarità dell’*organizzazione* imprenditoriale di gruppo, la quale comporta, per definizione, l’instaurazione di quei «reciproci collegamenti di natura economica o produttiva» che – non a caso – la nuova disciplina concorsuale eleva a parametro di valutazione in ordine alla maggior convenienza di una soluzione liquidatoria unitaria, e, *per l’altro*, sull’enfasi riposta nelle recenti riforme del diritto della crisi d’impresa sulla *prosecuzione* dell’attività nelle procedure concorsuali: obiettivo – o, quantomeno, scopo-mezzo – al quale non soltanto è consacrata la nuova disciplina del concordato preventivo (anche di gruppo)¹⁴, ma è ispirata anche la stessa cornice normativa dedicata alla monetizzazione dell’attivo nella liquidazione giudiziale, incentrata – quest’ultima – sulla preferenza per *soluzioni riallocative unitarie* rese economicamente appetibili proprio da una gestione sostituiva ed interinale dell’impresa insolvente¹⁵.

Evidente è, d’altra parte, l’interazione tra i due profili appena richiamati. Anticipando alcune considerazioni che verranno sviluppate nel prosieguo dell’indagine, può non essere azzardato ritenere che le pur esistenti disfunzioni della programmazione e del finanziamento dell’attività di gruppo, cristallizzate nell’accertamento giudiziale dello

¹² Un approccio analogo è stato recentemente proposto, con riguardo allo studio del concordato preventivo di gruppo, da FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, cit., 34 s.

¹³ Il riferimento all’attività, quale punto d’osservazione dal quale valutare l’intera disciplina del gruppo, è stato proposto, in particolare, da ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 189 ss., e successivamente sviluppato da M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell’esercizio dell’impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 613 ss., nonché assunto quale presupposto di un’indagine del sistema delle responsabilità da direzione e coordinamento – nell’ottica in particolare di un coordinamento tra regole “di fenomeno” e “di soggetto” – da VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., *passim* e 28 ss. Del resto, è ampiamente condivisa in dottrina – e non necessita in questa sede di alcuna precisazione – l’opportunità di concepire l’intero campo problematico del diritto commerciale quale sistema (non “a soggetti”, bensì “ad attività”, secondo le tassonomie coniate da FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001 (ristampa inalterata), 188 ss.

¹⁴ Sul punto cfr., da ultimo e in luogo di molti, PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 372.

¹⁵ È del resto considerazione ricorrente al riguardo che anche la legge fallimentare, al netto delle riforme che l’hanno interessata negli ultimi anni, mostri una chiara preferenza per «la via della liquidazione *riallocativa* dell’impresa, *programmata* mediante una gestione intermedia funzionale alla massimizzazione dell’attivo nell’interesse dei creditori» (FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell’impresa fallita*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico* diretto da Jorio-Fabiani, Bologna-Roma, 2010, 447), ma per il nesso tra la vendita in blocco dell’azienda e la prosecuzione dell’attività imprenditoriale cfr. altresì SANDULLI, sub *Articolo 105. Vendita dell’azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, tomo II, *Artt. 104-215. Disposizioni penali e disciplina transitoria*, Torino, 2006, 629.

stato di insolvenza¹⁶, non siano sufficienti – *di per sé e in ogni caso* – ad obliterare la rilevanza per l'ordinamento dell'organizzazione di gruppo e delle interrelazioni economiche, produttive ed industriali tra le distinte “fasi” in cui si scompone l'unitario progetto imprenditoriale.

Non parrebbero cioè esservi dubbi sul fatto che, in presenza di cd. gruppi *integrati* (i soli ai quali sarà dedicata la presente indagine)¹⁷, l'*unicità in senso economico*

¹⁶ Al riguardo merita adesione quella proposta interpretativa (per la quale cfr. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 226 s.) secondo la quale «una volta che si sia disposti a concepire il gruppo come una *forma di organizzazione del potere d'impresa* il cui esercizio è funzionale alla realizzazione di un risultato economico ulteriore rispetto a quello realizzabile in via atomistica dalle singole società in forza dell'integrazione tra le scelte dei rispettivi organi amministrativi; e si condivida inoltre la proposta volta a qualificare lo stato di insolvenza come una *disfunzione organizzativa* non episodica od occasionale bensì tale da caratterizzare stabilmente la struttura del finanziamento dell'impresa; l'espressione «gruppo insolvente» finirà allora con il designare *quella peculiare anomalia organizzativa che colpisce l'esercizio del potere imprenditoriale della capogruppo* e che si manifesta nella sua attuale inidoneità ad assicurare l'equilibrio finanziario delle società eterodirette» (corsivo nel testo).

¹⁷ Per la distinzione tra gruppi accentrati e gruppi conglomerati cfr., per tutti, GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati* Scialoja-Branca-Galgano, a cura di De Nova, II ed., Bologna-Roma, 2014, 4 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 69 e LIBONATI, *I gruppi e i sistemi di impresa*, in *Pubblico e privato*. Secondo rapporto CER-CENSIS sull'Economia Italiana, vol. I, *Mutazioni, confini, intrecci, modelli*, Milano, 1987, 79 ss. e ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, *Impresa e società. Concorrenza e mercato. Gruppi. Bilanci e contabilità*, Milano, 2013 (da cui si cita), 724; per la dottrina aziendalistica cfr. BARCA, *I gruppi nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. I, cit., 91. D'altra parte, il *polimorfismo* degli assetti organizzativi adottati nella prassi dai gruppi di imprese è un dato costante della riflessione aziendalistica e giuridica sul fenomeno del gruppo, al punto da non richiedere in questa sede alcun ulteriore approfondimento (sul punto cfr. comunque, per tutti, FERRO-LUZZI-MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 421, che discorrono di una «figura a “geometria variabile”»; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 1 ss., nonché, con riguardo alla necessità di tener conto della «irriducibilità *ad unum* delle forme di manifestazione del gruppo di imprese nella realtà economica» anche in sede di regolazione dell'insolvenza di un siffatto «fenomeno [...] complesso e proteiforme», EAD., *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit., 415 s., ove anche i virgolettati). Più interessante è, invece, sottolineare come l'utilità delle distinzioni – ad esempio tra gruppi verticali e orizzontali, o tra gruppi integrati e conglomerati – possa essere colta appieno non appena si abbandoni una prospettiva esclusivamente *descrittiva*, per calarsi al contrario in un'ottica *prescrittiva*, sì da elevare la diversità di struttura a presupposto per l'applicazione di regole differenziate o, quantomeno, per l'adeguamento della disciplina codicistica dell'attività di direzione e coordinamento alle peculiarità del singolo modello di gruppo riguardato (in tal senso cfr., peraltro ancor prima dell'introduzione di una disciplina positiva del gruppo nell'ordinamento italiano, PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 2, tomo II, *Azioni – Gruppi*, Torino, 1991, 601 ss. e TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 75 s., ma uno spunto anche in SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 72 s., ove il rilievo per cui «l'elemento dell'unitarietà *economica* dell'impresa sottostante alla pluralità dei soggetti collegati [...] vale [...] ad articolare la tipologia dei gruppi e rileva quindi ai fini della disciplina del singolo “tipo”»). Per alcuni tentativi in tale direzione, preordinati ad esempio ad interpretare la regola di compensazione nel gruppo di cui all'art. 2497 c.c. alla luce del diverso «grado di *decentramento* o, rispettivamente, di *accentramento* delle funzioni aziendali delle controllate che ne fanno parte», e ciò al fine di «assegnare: (i) da un lato, il criterio dell'operazione di “segno inverso” all'ipotesi in cui la capogruppo diriga e coordini in modo “tenue” la controllata, conservandone largamente intatta la autonomia gestionale e rendendo possibile isolare il danno conseguente al singolo affare e (ii) dall'altro, il criterio della «partecipazione ai risultati dell'attività di direzione e coordinamento» all'ipotesi in cui invece il sistema decisionale di gruppo si radichi su di una ampia centralizzazione di funzioni presso la controllante e risulti quindi assai difficile quantificare, e prima ancora accertare, la dimensione stessa dello svantaggio

dell'impresa svolta dalla capogruppo per il tramite delle società controllate conservi un qualche rilievo anche all'esito dell'apertura di una procedura di regolazione dell'insolvenza, imponendo al suo interno l'adozione di tecniche di pianificazione dell'attività – tanto liquidatoria, quanto propedeutica alla liquidazione – che tengano conto di quel dato della realtà e, conseguentemente, si avvalgano delle sinergie insite nell'organizzazione produttiva del gruppo insolvente. Soluzioni, in particolare, che, nelle ipotesi in cui risulti conveniente una prosecuzione interinale dell'attività del gruppo, potrebbero suggerire proprio la gestione sostitutiva dell'impresa di gruppo da parte del curatore *in una prospettiva unitaria*, funzionale a conservare il valore e così ad ottimizzare il risultato della successiva liquidazione, in prospettiva parimenti unitaria, del compendio aziendale.

Ancor più stimolante è, poi, una prospettiva di indagine che – come si è accennato – intersechi i problemi connessi all'eventuale continuazione endoconcorsuale dell'impresa di gruppo con la dimensione del *sostegno finanziario* infragruppo. Si tratta, d'altra parte, di un aspetto centrale della dinamica dell'attività di direzione e coordinamento, il quale assume rilievo tanto nella fase della *fisiologia*, quanto in quella della *patologia* dell'attività di gruppo.

Sul primo versante, è considerazione unanime in dottrina e in giurisprudenza – e confermata, peraltro, anche dal dato comparatistico – che il nucleo centrale (o, potrebbe dirsi, *tipologico*) del fenomeno del gruppo consista proprio nella pianificazione unitaria delle politiche di finanziamento dell'iniziativa comune¹⁸, le quali sono gestite dalla

derivante alla società dalla singola relazione finanziaria o commerciale», cfr. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 84. Nella medesima direzione, e cioè nell'ottica della valenza *prescrittiva* (e non meramente *descrittiva*) della distinzione – questa volta – tra gruppi gerarchici fondati sul *controllo* e gruppi (del pari) gerarchici fondati sul *contratto*, cfr. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 215 ss., ove in particolare una rilettura della regola di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. preordinata a restringere la legittimazione attiva nei secondi alla sola *società* eterodiretta e non invece anche ai suoi *soci esterni*.

¹⁸ In questo senso cfr., in luogo di molti, MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 282, ove altresì la contrapposizione tra «una accezione “forte”» del concetto legislativo, intesa come «pianificazione della capogruppo in ordine a (pressoché tutti) i principali momenti di organizzazione dell'attività delle imprese partecipate» (nozione accolta, in passato, da PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 599 ss. e ID., *La responsabilità da «controllo» nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 409 e nt. 15, ove l'idea per cui la direzione unitaria consisterebbe nell'«accentramento nella capogruppo» o nell'«avocazione da parte della capogruppo» di «funzioni gestorie fondamentali inerenti alle società controllate»; per una esaustiva critica cfr. tuttavia SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 22 ss. e 30 ss.), e una nozione dal «significato “ampio”, integrata anche dalla direzione e coordinamento «di un qualsiasi segmento strategico dell'impresa, purché esso abbia riflessi sul funzionamento e la complessiva operatività del gruppo». In argomento cfr. altresì ID., *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 337, secondo il quale il significato “imprenditoriale” del fenomeno del gruppo «non consente a ben vedere di prescindere [...] da una programmazione *finanziaria* delle società dirette e coordinate, cioè dalla predeterminazione, attuata sul piano quantitativo e temporale attraverso appositi piani (cd. *budget* e *business plan*), degli obiettivi da raggiungere e delle risorse all'uopo utilizzabili, in una prospettiva di massimizzazione della differenza tra rendimento dell'investimento in ciascuna fase dell'impresa di gruppo e costi sostenuti per il suo finanziamento» (corsivo nel testo) e BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. II, *Società, amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, 1492 s. In una prospettiva più

capogruppo con un grado, a seconda dei casi, maggiore o minore di integrazione e, nella quasi totalità degli stessi, attraverso la tecnica dell'accentramento della tesoreria¹⁹. Tant'è vero, infatti, che è per l'appunto nella «*Koordinierung des Finanzbereich*» o, ancora, nella «*einheitliche Finanzplanung*» che la dottrina tedesca ravvisa il «*zentrale Merkmal des Konzerns*»²⁰; e, di conseguenza, che è proprio sulle questioni legate al possibile impatto del finanziamento centralizzato di gruppo sulla disciplina a protezione dell'integrità del capitale e del patrimonio delle controllate che si è concentrata l'attenzione degli interpreti sin dalla comparsa dei gruppi di società all'orizzonte del diritto commerciale²¹.

Il rilievo dei trasferimenti di risorse tra imprese del gruppo si mantiene tuttavia centrale anche in presenza della *crisi* del gruppo, sia essa già in atto ovvero meramente incipiente. In quest'ambito, infatti, i nuovi poteri riconosciuti all'autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato di gruppo dall'art. 285 del Codice non costituiscono altro che uno dei punti di emersione, l'ultimo in ordine di tempo, di una tendenza più ampia, che disvela plasticamente l'importanza cruciale del sostegno finanziario infragruppo a fini riorganizzativi²².

generale, l'attività di direzione e coordinamento consiste dunque nell'esercizio «di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere *finanziario*, industriale, commerciale che attengono alla condizione degli affari sociali» (MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 226) o, ancora, in un'attività di coordinamento e di indirizzo», orientata alla «massimizzazione della redditività dell'insieme costituito dall'impresa capogruppo e dalle sue controllate» e consistente nella «determinazione delle *policies*, ossia degli obiettivi strategici [...] da perseguire a livello di gruppo, e quindi il coordinamento, in vista di quegli obiettivi, fra le politiche gestionali delle diverse società controllate» (SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 39 s. e 244, ma per conclusioni analoghe cfr. altresì TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 56 ss. e SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 51 ss. e nt. 6, nonché 55 ss.).

¹⁹ Sulla quale cfr. gli studi di MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino 2011, 36 ss.

²⁰ Nell'ordinamento tedesco, del resto, non è fornita alcuna definizione della direzione unitaria, «*zentrale Merkmal des Konzerns*» (EMMERICH-HABERSACK, *Konzernrecht*¹⁰, München, 2013, 59), in quanto, al pari del codice civile italiano, anche l'*Aktiengesetz* si limita a prevedere, ai sensi del § 18 *AktG*, che essa è presunta laddove tra due o più società formalmente autonome (in quanto non parti di un contratto di dominazione) intercorre un rapporto di controllo. Ciò nondimeno, la dottrina germanica è concorde nel ritenere che, sebbene sia possibile distinguere tra un concetto di gruppo in senso ampio (*weite Konzernbegriff*) e un concetto di gruppo in senso stretto (*enge Konzernbegriff*), in ragione del diverso grado di accentramento delle *Leitungsfunktionen*, la portata di tale classificazione è relativa e sfumata nella prassi, in quanto la realtà dei gruppi lascia trapelare quasi sempre «*der Koordinierung des Finanzbereichs*» (VETTER, § 18, in *Aktiengesetz. Kommentar*, Schmidt-Lutter (hrsg.), Band I, Köln, 2008, 287, ove ulteriori riferimenti bibliografici), o, in altri termini, «*die einheitliche Finanzplanung*» (EMMERICH-HABERSACK, *Konzernrecht*, cit. 60).

²¹ Si pensi, in particolare, agli studi di PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, cit., 1823 ss. e di SCHNEIDER, *La disciplina del finanziamento nel «Konzern»*, in *Riv. soc.*, 1985, 995 ss.

²² La recente tendenza, sottesa innanzitutto alla disciplina europea in materia concorsuale e bancaria, al superamento del «dogma del divieto di assistenza finanziaria al soggetto insolvente» è efficacemente descritta da RICCIARDIELLO, *Gli strumenti di prevenzione della crisi dei gruppi tra principi generali e discipline speciali*, in *Banca impresa società*, 2018, spec. 359 ss., nel contesto di un mutato rapporto tra interesse della singola impresa e interesse del gruppo nel suo complesso, in ragione del quale «il *discrimen*

In effetti, un'istanza di questo tipo, oltre ad essere sottesa alla recente regolazione della crisi dei gruppi bancari²³, poteva dirsi già presente in filigrana nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, nella sua variante "speciale" di cui al decreto Marzano: in essa, infatti, è rinvenibile una norma che abilita il commissario straordinario a porre in essere «operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo», consistenti proprio nella cessione o nell'utilizzo di beni, di aziende o di rami di aziende e finalizzate, oltre che alla ristrutturazione, anche alla mera «salvaguardia del valore economico e produttivo totale o parziale dell'impresa o del gruppo».

Già da tali osservazioni preliminari emerge allora in tutta la sua evidenza il nesso logico e funzionale esistente tra le due chiavi di lettura proposte. Non è arduo avvedersi, infatti, di come la continuazione "virtuosa" dell'attività imprenditoriale di gruppo, in presenza tanto della crisi, quanto dell'insolvenza, potrebbe richiedere interventi di riassetto delle consistenze patrimoniali delle società del gruppo²⁴: interventi che, a ben vedere, costituiscono espressione – rispettivamente – dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo *in bonis* e dell'attività, parimenti imprenditoriale, di *gestione del patrimonio responsabile da parte degli organi della liquidazione giudiziale*. Donde, in definitiva, la conferma dell'opportunità di individuare presupposti, contenuti e limiti di una fattispecie di *gestione unitaria* dell'impresa e del patrimonio del gruppo anche in pendenza di una procedura concorsuale liquidatoria²⁵.

tra assistenza finanziaria legittima e quella illegittima diviene il "motivo" del negozio di finanziamento del soggetto erogante e, sul piano oggettivo, l'attitudine di tale sostegno a provocare il risanamento dell'impresa di gruppo nel suo complesso» (*ivi*, 372 s.).

²³ Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo cfr., in luogo di molti, LAMANDINI, *La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria intragruppo: qualche considerazione di diritto societario*, in *Società, banche, crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2643 ss.; ID., *Gli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario*, in *La gestione delle crisi bancarie strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di Troiano-Uda, Padova, 2018, 177 ss.; APPIO, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 719 ss.; RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2016, 683 ss.

²⁴ È interessante richiamare al riguardo il caso, realmente accaduto, descritto da GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, 2011, 1242 ss., che allude agli «amministratori di un'impresa i quali, pure nel contesto della liquidazione, nella prospettiva della cessione in blocco del complesso aziendale e nella ragionevole convinzione che la cessione dell'azienda in esercizio ne consenta una migliore realizzazione, decidano di accrescere l'indebitamento della società accedendo a nuovi finanziamenti per realizzare un piano di ammodernamento degli impianti industriali, e ciò anche al fine di una loro a messa norma sotto il profilo ambientale e così evitare il pericolo della chiusura con sospensione della produzione attualmente in essere».

²⁵ L'interrogativo era stato posto anche da SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di Arato-Domenichini, Milano, 2017, 22, ove proprio la domanda «se la direzione unitaria o – secondo la testuale formula dell'art. 2497 c.c. – la direzione e coordinamento cui le diverse società del gruppo *in bonis* erano sottoposte giustifichi un'analoga gestione unitaria al sopravvenire altresì della crisi, per lo meno nei casi in cui questa appaia suscettibile di positivi effetti sinergici sulla liquidazione dei beni e dei complessi di beni» (enfasi aggiunta).

Tutto ciò premesso, prima di intraprendere l'indagine occorre svolgere due ulteriori considerazioni generali, funzionali a calare il tema appena tratteggiato entro la più ampia cornice del diritto del governo dei gruppi, *da un lato*, e del diritto (del governo) della crisi e della cessazione dell'impresa, *dall'altro*.

La *prima* è che una riflessione che attenga alla gestione del gruppo insolvente è oggi oltremodo pressante, e ciò anche in ragione dell'assenza o, comunque, dell'assoluta inadeguatezza delle indicazioni relative alla fase di *attuazione* delle procedure concorsuali di gruppo. Un dato, quest'ultimo, che costituisce del resto un tratto costante della disciplina del gruppo insolvente, essendo già stato stigmatizzato in dottrina con riguardo alla prima legge sull'amministrazione straordinaria²⁶; ma che risulta tuttavia ancor più evidente nell'*attuale* contesto normativo, in relazione al quale è a maggior ragione censurabile che una disciplina *generale* dell'insolvenza di gruppo dedichi alle fasi successive all'apertura della procedura una sola – e per lo più scarna – disposizione.

Quanto al *secondo* ordine di considerazioni, non v'è dubbio che i temi oggetto della presente indagine si collochino al crocevia tra norme di diritto processuale, relative ai procedimenti cui è affidato il governo dell'insolvenza di gruppo, e principi di diritto sostanziale, riguardanti la gestione del patrimonio del gruppo *prima* e *all'interno* di una procedura concorsuale. Se così è, risulta allora evidente come l'analisi della nuova disciplina non possa prescindere proprio dal tentativo di astrarre regole *sostanziali* da una cornice normativa che appare, al contrario, fornire indicazioni di stampo meramente *processuale*²⁷: con ciò sviluppando compiutamente quella *Doppelgesicht* che a ben vedere caratterizza ogni disciplina della cessazione dell'impresa organizzata in forma societaria²⁸.

²⁶ Si allude ovviamente a LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 224, ove il rilievo per cui «una volta che si sia tenuto conto del gruppo societario di estensione dell'amministrazione straordinaria, problemi inerenti al gruppo societario devono essere affrontati anche con riguardo alla *esecuzione* della procedura»: fase che tuttavia «è considerata dalla legge n. 95 come se si trattasse di situazioni idonee ad essere *meccanicamente* regolate viste le premesse» (enfasi aggiunta). Significato rimarcare è altresì come l'indagine dell'Autore si concluda proprio con la constatazione per cui una regolazione parziale del gruppo insolvente, limitata alla sola fase dell'apertura della procedura e agnostica per quanto riguarda la sua esecuzione, abbia «soltanto aperto il dibattito sul “gruppo insolvente”» (sul punto cfr. altresì le considerazioni di PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza nelle aggregazioni di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1983, 1508): rendendo allora centrale uno studio che si concentri proprio sulla gestione del gruppo insolvente in *pendenza* della procedura.

²⁷ Secondo un'impostazione a suo tempo già suggerita, proprio con riguardo ai temi oggetto della presente indagine, da LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 202. La possibilità di affrontare lo studio dell'insolvenza di gruppo da due diversi angoli visuali, «l'uno tipicamente “processuale” attinente all'estensione della procedura concorsuale aperta nei confronti di una entità del gruppo ad altra entità del gruppo medesimo. L'altro più propriamente “sostanziale” inteso ad individuare i possibili rimedi utilizzabili per eliminare gli eventuali danni sofferti dalla entità sottoposta alla procedura concorsuale in conseguenza di un illegittimo esercizio della “direzione unitaria” da parte della capogruppo o comunque causati da iniqui rapporti intercorsi tra le entità del gruppo» era stata sottolineata anche da PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 557.

²⁸ E con riguardo alla disciplina dello scioglimento e della liquidazione delle società di capitali cfr., in luogo di molti, MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999, 41 ss., ove proprio l'idea per cui «nella liquidazione coesistono due anime: “cornice per la terminazione della società”, che “tuttavia non può prescindere dall'essere anche disciplina di una forma di gestione”, “trama alternativa di un'attività economica organizzata in forma collettiva”»; TURELLI, *Gestione dell'impresa e*

3. La liquidazione giudiziale di gruppo nella cornice dei modelli comparatistici: il consolidamento sostanziale.

Come è agevole intuire, l'analisi delle procedure di regolazione dell'insolvenza di gruppo recentemente introdotte nell'ordinamento italiano non può che prendere le mosse da un tentativo preliminare di *qualificazione* delle stesse, da condurre attraverso il confronto costante con le indicazioni fornite dalla prassi internazionale²⁹. Al riguardo, infatti, è oltremodo noto come l'insolvenza dei gruppi di imprese possa essere governata in forza di regole riconducibili due modelli di fondo, che divergono in ultima istanza per un diverso *impatto sul patrimonio* delle imprese coinvolte. Volendo tracciare una direttrice che congiunga idealmente tali paradigmi, è possibile collocare, ad un estremo, il consolidamento cd. *sostanziale*, invalso nell'ordinamento statunitense, e, all'altro, il consolidamento cd. *procedimentale*, tipico dei sistemi di *civil law* e dell'impostazione invalsa a livello europeo e sovranazionale.

E precisamente, procedure del primo tipo accordano – in sintesi – piena prevalenza alla *sostanza economica* a dispetto della *forma giuridica* assunta dall'impresa di gruppo, in quanto l'esistenza in punto di fatto di un'attività unitaria, ancorché articolata su una pluralità di soggetti giuridici distinti, ne legittima un trattamento altrettanto unitario anche in sede di gestione delle relative disfunzioni. Nel loro contesto, il gruppo in crisi o insolvente viene trattato come *un'entità unica* sia nella fase preliminare dell'apertura della procedura, sia durante il suo svolgimento, e cioè a dirsi tanto ai fini dell'accertamento dei presupposti per l'ammissione (e con particolare riguardo al presupposto oggettivo), quanto in pendenza dell'accertamento del passivo e della successiva liquidazione e distribuzione dell'attivo: momento nel quale si assiste, in particolare, alla creazione di un'unica massa responsabile, sulla quale si dispiega il concorso dei creditori dell'intero gruppo³⁰.

società per azioni in liquidazione, Milano, 2012, 1 ss. e ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, Torino, 1994, 20 ss. Cfr. altresì CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 235 s., con particolare riguardo all'esercizio provvisorio dell'impresa, del quale è messa in evidenza la tensione tra una lettura che ne ha messo in risalto gli aspetti più squisitamente strutturali e processuali, e «una considerazione più sostanziale dell'istituto, frutto di una visione che rivolge l'attenzione al fenomeno per interpretarlo come un momento della vita dell'impresa, nel suo svolgimento dinamico, seppure patologico».

²⁹ Per un'efficace sintesi dei termini del problema cfr. ABRIANI-PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 3006 ss., nonché, per una sintesi del panorama comparatistico, VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 585 ss. e HIRTE, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, 213 ss.

³⁰ La tecnica è stata coniata nel caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.* [313 U.S. 215 (1941)]. Per alcune efficaci definizioni del modello cfr. BLASSES, *Redefining into Reality: Substantive Consolidation of Parent Corporations and Subsidiaries*, 24 *Emory Bankr. Dev. J.*, (2008), 469: «*Substantive consolidation is a bankruptcy procedure that redefines multiple bankruptcy estates into a single bankruptcy estate. This redefinition results in the estate's assets and liabilities being added together to create a new bankruptcy estate. Creditors with claims against any of the separate estates receive a claim against the new estate*»; e WIDEN, *Report to the American Bankruptcy Institute: Prevalence of Substantive Consolidation in Large Public Company Bankruptcies From 2000 to 2005*, 16 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2008), 1: «*In substantive consolidation, the intercompany liabilities of the subject companies are*

Come si è accennato, tale approccio all'insolvenza del gruppo è invalso negli ordinamenti di *common law* e, in particolare, in quello statunitense, nel quale esso ha trovato dapprima una significativa emersione a livello giurisprudenziale – quale soluzione legislativamente non codificata, ma plasmata dalla giurisprudenza all'interno dell'area concettuale dei rimedi di *equity*³¹ – e, successivamente, alterne vicende che, quantomeno a livello teorico, ne hanno ridimensionato l'ambito di applicazione, al punto da indurre taluno in dottrina a discorrere di un “*uncertain future*” del paradigma di riferimento³².

Benché tale modello sia stato diffusamente analizzato anche dalla dottrina italiana³³, può non essere irrilevante in questa sede menzionare come la possibilità di creare un'unica massa responsabile, corrispondente alla somma algebrica delle consistenze patrimoniali delle diverse imprese insolventi del gruppo (depurata dalle poste *inter-company*)³⁴, sia stata ricollegata alla sussistenza di una serie di presupposti di fatto, sintomatici di un uso “distorto” del modello imprenditoriale del gruppo di società³⁵. Invero, la valutazione del tribunale sulla richiesta di consolidamento si è sovente appuntata su una serie di fattori, dei quali alcuni di carattere eminentemente *soggettivo* (in particolare, l'affidamento riposto dai creditori sull'unità economica del gruppo piuttosto che sull'autonomia della singola impresa debitrice), altri invece di carattere più spiccatamente *obiettivo*.

Tra questi ultimi, in particolare, un rilievo decisivo è stato attribuito – oltre che alla sostanziale identità patrimoniale e “soggettiva” tra le diverse imprese del gruppo ovvero all'assenza o all'assoluta inadeguatezza della contabilità di gruppo – all'impossibilità o,

eliminated, the assets of these subject companies are pooled, and the third-party liabilities of the subject companies are satisfied from this single pool of assets. This pooling of assets changes the percentage recovery, for better or worse, that individual creditors of particular debtor would receive in the absence of a substantive consolidation». Sul tema cfr., in generale, GILBERT, *Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer*, 43 *Vand. L. Rev.* 207 (1990), 207 ss.; BERRY, *Consolidation in Bankruptcy*, 50 *Am. Bankr. L.J.* 343 (1976), 343 ss.

³¹ Sul punto cfr. SCHUPP, *Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power*, 96 *Com. L.J.*, 1991, 418 ss.

³² In questi termini cfr. BAIRD, *Substantive Consolidation Today*, 47 *Boston Coll. L. R.* 5 (2005), 15, ove il rilievo per cui «*substantive consolidation lacks the solid foundation one usually expects of doctrines so firmly embedded in day-to-day practices*».

³³ Si allude in particolar modo agli studi di VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni* (substantive consolidation), in *RDS*, 2010, 586 ss., ove un approccio recisamente critico al modello e alla sua replicabilità nell'ordinamento italiano, e ID., *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 378 ss., ove un commento critico al provvedimento (Trib. Benevento, decr. 18 gennaio 2012), con il quale è stato disposto il parziale consolidamento, limitato al lato attivo e non già a quello passivo, dei patrimoni delle imprese che avevano presentato una domanda di concordato preventivo unitaria.

³⁴ L'effetto è descritto da OSTRIN, *A Proposal to Limit the Availability of Substantive Consolidation of Solvent Entities with Bankrupt Affiliates*, 91 *Com. L.J.* (1986), 353, ove il rilievo per cui il consolidamento dei patrimoni elimina «*all duplicate claims, cross-corporate guaranties and inter-company claims*».

³⁵ Il nesso con l'uso abusivo del modello organizzativo del gruppo di società è ben evidenziato nella Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL sul regime dell'insolvenza, dedicata al trattamento dei gruppi d'impresa (2010) e, in particolare, al § 108: «*Substantive consolidation might be appropriate where there is no real separation between the group members and the group structure is being maintained solely for dishonest or fraudulent purposes*».

quantomeno, all'eccessiva onerosità di districare la "matassa" formata dai relativi patrimoni: un dato, quest'ultimo, dal quale si desumerebbe proprio la maggiore convenienza di una loro unificazione a fronte del ritardo e dell'incertezza che la loro separazione verosimilmente comporterebbe³⁶. Tutto ciò, peraltro, nella cornice di una valutazione complessiva circa la conseguibilità attraverso la soluzione consolidata di un *vantaggio economico differenziale*, da valutarsi secondo la logica per cui il consolidamento sostanziale deve essere necessario ad evitare un danno ovvero a produrre un beneficio per i creditori.

Ciò premesso, l'evoluzione della giurisprudenza delle corti di merito ha abbracciato, come detto, la tendenza ad interpretare in senso restrittivo i presupposti di operatività del consolidamento, e ciò in considerazione del fatto che tecniche di questo tipo derogano, in maniera ancor più incisiva rispetto al contiguo paradigma del superamento della personalità giuridica, ad uno dei capisaldi del diritto delle società di capitali³⁷. L'unificazione delle masse attive e passive, infatti, rappresenta – come è stato efficacemente scritto – il «collasso» della fondamentale funzione di *asset partitioning* insita non soltanto nei modelli "atomici" di esercizio collettivo dell'impresa in regime di limitazione di responsabilità, ma anche e soprattutto nel paradigma "molecolare" della segmentazione e segregazione del rischio d'impresa per il tramite del gruppo³⁸.

³⁶ Un simile vantaggio del modello è ben esplicitato al § 108 della citata Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL: «*A further ground that is used in some jurisdictions is where substantive consolidation leads to greater return of value for creditors, either because of the structural relationship between the group members and their conduct of business and financial relationships or because of the value of assets common to the whole group, such as intellectual property in both a process conducted across numerous group members and the product of that process*».

³⁷ Oltre a presentare indubbi svantaggi per la posizione dei creditori delle società più capienti, i quali subiscono il concorso dei creditori delle società meno capitalizzate: il consolidamento sostanziale può infatti determinare in concreto un ingiustificato travaso di valore. Si veda del resto quanto evidenziato al riguardo al § 109 della già citata Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL: «*The principal concerns with the availability of such orders, in addition to those associated with the fundamental issue of overturning the separate entity principle, include the potential unfairness caused to one creditor group when forced to share pari passu with creditors of a less solvent group member and whether the savings or benefits to the collective class of creditors outweighs incidental detriment to individual creditors*». Per alcune critiche agli effetti del consolidamento sostanziale nell'ordinamento di "provenienza" cfr. BERRY, *Consolidation in Bankruptcy*, cit., 369: «*creditors of the less healthy entity [...] will always benefit when they satisfy their claims against a pool of assets which includes those of a healthier entity. Only if the consolidated entities are in equally bad shape will there be no automatic improvement of some creditor status as a result of consolidation: obviously this will happen rarely*». In termini analoghi cfr. OSTRIN, *A Proposal to Limit the Availability of Substantive Consolidation of Solvent Entities with Bankrupt Affiliates*, cit., 353: «*substantive consolidation invariably imposes unequal treatment on creditors since those holding claims against a financially weaker entity always gain at the expense of those holding claims against a stronger one*». Nella dottrina italiana il rischio è stato opportunamente messo in luce da VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni* (substantive consolidation), cit., 604 s.

³⁸ Il virgolettato in VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni* (substantive consolidation), cit. 591. Un simile rischio è ben messo in luce nel § 105 della Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL: «*A principal concern is that consolidation overturns the principle of the separate legal identity of each group member, which is often used to structure an enterprise group to respond to various business considerations, serving different purposes and having important implications with respect to, for example, taxation law, corporate law and corporate governance rules. If the courts routinely agreed to substantive consolidation, many of the benefits to be derived from the flexibility of enterprise structure could be undermined*».

Per tali ragioni, la valutazione dei presupposti per il consolidamento sostanziale è stata allora ridotta ad un test binario³⁹: sono state cioè reputate decisive le circostanze per cui, *da un lato*, i creditori abbiano negoziato con le imprese del gruppo riponendo il proprio legittimo affidamento nella solvibilità dell'intero sodalizio piuttosto che su quella delle sue singole componenti e, *dall'altro*, gli *asset* attratti nell'orbita della procedura siano attribuibili in conto alle imprese coinvolte soltanto a prezzo di un incremento dei costi e dei tempi di svolgimento della procedura.

Da qui, in definitiva, l'impressione per cui, nel sistema statunitense, il consolidamento sostanziale risulti oggi sistematicamente accettabile in ragione di fattori che *non soltanto* lasciano trapelare la rilevanza del *substrato economico unitario* sotteso all'organizzazione e all'esercizio dell'impresa nella forma del gruppo: realizzando, sotto tale profilo, un pieno ricongiungimento tra la realtà *economica* del fenomeno e il relativo trattamento *giuridico* in sede concorsuale; ma che fanno *altresì* di quell'istituto l'*extrema ratio* alla quale ricorrere soltanto in presenza di quelli che la dottrina italiana suole definire gruppi "finti"⁴⁰ e, in ogni caso, nei limiti e nella misura in cui il consolidamento degli *assets* non pregiudichi l'interesse dei creditori concorsuali.

4. (segue) e il consolidamento cd. procedimentale.

La disamina delle condizioni in presenza delle quali l'ordinamento statunitense consente il superamento dell'autonomia patrimoniale delle imprese insolventi del gruppo parrebbe restituire, come si è accennato, la tendenza a riferire l'applicazione delle tecniche del consolidamento sostanziale ad una porzione del fenomeno regolato tutto sommato ristretta e, in particolare, ad ipotesi largamente eccezionali: ipotesi, cioè, nelle quali non soltanto appare eccessivamente oneroso districare – *a valle* – la "matassa" in cui risultano avvinti i patrimoni delle singole imprese del gruppo, imputando

³⁹ Per il quale cfr., in luogo di molte, *In re Owens Corning Corp.*, 419 F.3d 195 (3d Cir. 2005), 198-199. Le due condizioni sono, testualmente, la *prima* che «*the different debtors disregarded separateness so significantly that their creditors relied in the breakdown of entity borders and treated them as one legal entity*»; la *seconda*, che «*their assets and liabilities are so scrambled that separating them is prohibitive and hurts all creditors*».

⁴⁰ Si allude ovviamente alla definizione di «finzione di gruppo» fornita da GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, diretto da Galgano, Torino, 2001, 199, ove si allude all'eventualità in cui «si dà vita ad una pluralità di società di capitali, le cui azioni o quote appartengono ai medesimi soggetti, al solo scopo di eludere l'applicazione di norme imperative di legge, come ad esempio le norme sul licenziamento dei dipendenti». L'espressione è stata successivamente ripresa da GARCEA, *I «gruppi finti»*. *Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 205 ss., per alludere per l'appunto a quei «fenomeni di interposizione nell'esercizio di un'impresa individuale che possono tutti ricondursi a [...] quelle situazioni in cui ad una articolazione soggettiva non corrisponde un'articolazione dell'iniziativa professionale, ma solamente una finalità di elusione o di traslazione dei rischi da essa generati». Altrove si è parlato di «pseudogruppi» (GALGANO-SBISA, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 37), per alludere a fenomeni che «appaiono avulsi dall'elaborazione di un'organizzazione di gruppo funzionale alla ripartizione del rischio di impresa tra le varie entità, e piuttosto tali da integrare essenzialmente fenomeni di interposizione reale nell'esercizio dell'impresa» (MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, volume II, Milano, 2015, 2111).

separatamente gli *assets* a ciascuna di esse, ma è altrettanto complesso ricostruire – *a monte* – la realtà stessa delle situazioni di appartenenza interne al gruppo. Ipotesi, in definitiva, nelle quali si assisterebbe ad una tale *confusione* di beni e rapporti giuridici da rendere pregiudizievole per gli stessi creditori concorsuali, in termini di costi e di tempi, tanto la *ricostruzione*, a monte, quanto la *realizzazione*, a valle, del “dover essere” del patrimonio delle singole imprese.

Tali conclusioni, se correttamente intese, offrono allora lo spunto per constatare – incidentalmente – quale sia l’effettiva distanza tra un ordinamento, quello statunitense, che *ammette espressamente* la confusione concorsuale dei patrimoni, relegandola nel contempo a fattispecie di gruppo altamente *devianti* (se non addirittura estranee) rispetto al modello tipico, e il nuovo sistema concorsuale italiano: il quale, se *da un lato* eleva la regola di autonomia delle masse ad autentico *caposaldo* del trattamento dell’insolvenza di gruppo, *dall’altro* pure ammette l’estensione della *responsabilità patrimoniale* a centri di imputazione diversi, ancorché a vario titolo *collegati* con l’impresa insolvente⁴¹.

Si allude, ovviamente, alla nota tecnica della “*supersocietà di fatto*” tra società di capitali⁴²: un problema – è interessante premetterlo – la cui rilevanza è accentuata, *per un*

⁴¹ Il punto è stato colto, all’esito in particolare dell’introduzione delle procedure di regolazione dell’insolvenza di gruppo, da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 67 ss.

⁴² Si allude cioè al modello rimediabile in virtù del quale, all’esito del fallimento di una società di capitali (e generalmente di una società a responsabilità limitata), e dell’accertamento per cui essa si colloca all’interno di un più ampio contesto imprenditoriale, che vede la partecipazione – in qualità di *domini* – di ulteriori società di capitali o anche di persone fisiche, il curatore agisce ai sensi dell’art. 147, comma 5, l.fall. al fine di provocare il fallimento in estensione di tali soggetti, sul presupposto per cui essi partecipano ad una comune società in nome collettivo costituita in via di fatto (per i tratti salienti del modello e per le sue finalità concrete cfr. l’ampio saggio di RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e “superamento” della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, spec. 1047 ss.). Tale figura rientra nella più ampia congerie di rimedi attraverso i quali si intende reagire ai fenomeni di abuso della personalità giuridica attraverso il «diretto coinvolgimento, nella sistemazione del dissesto delle società di capitali, di patrimoni “responsabili” diversi da quello sociale» (NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 9, tomo II, *Profili tributari e profili concorsuali*, Torino, 1993, 436). Si tratta, più precisamente, di una tecnica risalente, alla quale faceva già riferimento ASCARELLI, *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali a una società di persone*, in *Foro it.*, 1957, spec. 1452, ove in particolare l’idea per cui, una volta «ammessa una società di fatto tra la società di capitali e un socio sarà assoggettata al fallimento detta società di fatto, fallimento che dovrà essere esteso ai suoi soci, tra i quali la società di capitali». In tempi recenti, essa era tuttavia rimasta preclusa in ragione dell’orientamento giurisprudenziale, cristallizzato con il celebre arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1988 (Cass. civ., Sez. Un., 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989 II, 708 ss., con nota di BARBIERA, *Partecipazione di s.p.a. a società commerciali di persone: una nuova motivazione dell’ammissibilità nel confronto con le ridimensionate obiezioni della giurisprudenza di legittimità*) che, sebbene in maniera non condivisibile (e cfr. infatti la serrata critica di COLOMBO, *La partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, 1518 ss., nonché le perspicaci osservazioni *ante litteram* di ASCARELLI, *Confusione del patrimonio della società, e del socio; società con una società anonima, e società anonima simulata*, in *Foro it.*, 1931, 927 s.), aveva giudicato radicalmente nulla la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone, in quanto contratta in violazione delle norme inderogabili in tema di amministrazione del patrimonio e di redazione del bilancio proprie dei tipi capitalistici (per un’ampia sintesi del problema cfr. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. I, Torino, 2006, 99 ss.). La tematica è, invece, tornata alla ribalta all’esito della riforma del diritto societario del 2003, che – con una soluzione “di compromesso” (così ancora BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., 108) – ha ammesso la partecipazione di

verso, dalla «magia delle parole» insita in tale definizione⁴³, dotata di un'innegabile carica allusiva in quanto apparentemente riferita ad un'entità *sovraordinata* rispetto alle ordinarie società di capitali, e, *per l'altro*, dalla recente proliferazione giurisprudenziale della figura, alla quale si è fatto ricorso nella prassi al fine di rimpinguare le disponibilità dei fallimenti di imprese a compagine sociale prevalentemente ristretta, altrimenti destinati alla chiusura per insufficienza dell'attivo: tutto ciò in contesti nei quali fosse riscontrabile la *subornazione* e l'utilizzo strumentale di società appartenenti ai tipi sociali capitalistici da parte di persone fisiche o giuridiche *holding*, secondo le note tassonomie dell'abuso del dominio e dell'interposizione nello svolgimento dell'attività di impresa⁴⁴.

società di capitali in società di persone, subordinandola tuttavia alla deliberazione dell'assemblea ordinaria e all'esposizione di tale partecipazione nella nota integrativa al bilancio e al contempo richiedendo, per l'eventualità in cui tutti i soci illimitatamente responsabili siano società di capitali, la redazione del bilancio «secondo le norme previste per le società per azioni». La novità ha dischiuso diversi filoni di indagine: se – sul versante del diritto *societario* – l'art. 2361 c.c. è stato interpretato quale frammento della disciplina di un nuovo «modello di organizzazione dell'attività economica caratterizzato dalla combinazione di due forme societarie [...] e finalizzato all'esercizio di un'impresa unitaria», equiparabile alla *GmbH & Co. KG* di diritto tedesco (sul punto cfr. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2006, 185 ss. e 189 per il virgolettato) o, ancora, l'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c., in concomitanza con il divieto dell'amministratore estraneo, ha fornito il presupposto per sdoganare l'ammissibilità dell'amministratore persona giuridica di società di persone (cfr. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., 123 ss.), sul versante – viceversa – del diritto *fallimentare* la riconosciuta possibilità di una partecipazione di società di capitali in società di persone ha «riaperto l'antico *fronte* usato per poter arrivare allo *squarcio del velo della personalità* attraverso il fallimento della società di fatto (od occulta) tra società di capitali e la conseguente estensione della procedura», destinata allora ad elevarsi ad «una delle reazioni all'abuso della personalità giuridica “preferite” in giurisprudenza per efficienza» (così FIMMANÒ, *L'estensione “inversa” del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e “subornati”*, in *Società*, 2016, 462 s.). Evidente è poi, sotto altra prospettiva, l'interferenza tra la riproposizione di tale tecnica di creazione pretoria e la nuova disciplina dell'attività di direzione e coordinamento: la quale, infatti, secondo la dottrina rappresenta dopo la riforma del 2003 «la strada maestra da seguire per dare una risposta efficace, ma equilibrata e legittima, al problema dell'abuso della personalità giuridica» (in tal senso cfr. GUERRERA, *Note critiche sulla cd. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 71, ma considerazioni analoghe in NIGRO, sub *Articolo 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. II, *Artt. 104 – 266*, Bologna-Roma, 2007, 2184; MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, cit., 2110 ss. e in FIMMANÒ, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusiva*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, 96 e 111).

⁴³ Il riferimento alla nota espressione di Ascarelli (adoperata in ID., *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, 397 ss.) è ricorrente ad esempio in FAUCEGLIA, *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia delle parole alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*, in *Società*, 2020, 938 ss., ove è funzionale a mettere in risalto la tendenza della giurisprudenza di legittimità nella materia che in questa sede interessa ad impiegare «espressioni che acquistano un connotato magico, fortemente evocativo, in ordine al quale poi si tesse il risultato interpretativo, che intende dare “ordine” all'incandescente forza del “magico”»: espressioni, in particolare, che hanno «finito per rappresentare il *prius* logico-argomentativo, e non già il risultato di una costruzione fondata su “norme” e su “consolidati” principi, in tal modo incidendo significativamente su quella ormai tenue “certezza del diritto” che caratterizza il governo delle relazioni giuridiche».

⁴⁴ Le esigenze alle quali la tecnica esaminata intende porre rimedio sono invero note e risalenti: già Ascarelli [in ID., *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958 ss. e in *Problemi giuridici*, vol. II, Milano, 1959 (da cui si cita), 504 ss.] evidenziava come, a fronte del sensibile deprezzamento del valore dell'attivo, determinato dalla dichiarazione di fallimento in sé e dalla lievitazione dei costi della procedura, fosse comune la tendenza di curatori fallimentari e giudici delegati a «reperire estensioni» e a ricercare,

Al riguardo, non s'intende in questa sede ripercorrere le alterne vicende che hanno investito i presupposti *teorici* di tale modello rimediale⁴⁵. In particolare, è possibile dare per acquisita l'astratta configurabilità di una società in nome collettivo partecipata in via di fatto da società di capitali, e ciò anche *in assenza* della preventiva delibera assembleare che, ai sensi dell'art. 2361, comma 2, c.c. (o, nella s.r.l., dell'art. 2479, comma 2, n. 5) c.c.)⁴⁶, integri i poteri dell'organo gestorio in ordine all'assunzione di una partecipazione

per tanto, patrimoni ulteriori, di soci o imprenditori occulti, ai quali estendere l'esecuzione concorsuale. Del pari, l'Autore mette in rilievo come tale esigenza si presenti con maggiore frequenza nelle «società con piccolo capitale e con soci che ne sono simultaneamente gli amministratori», nelle quali «il quadro di fatto che si presenta al giudice è, *prima facie*, quello della “confusione” tra patrimonio e attività di società di capitali (generalmente a responsabilità limitata) e soci amministratori»: un contesto nel quale «il problema che allora si propone è quello della ricostruzione di ciascun patrimonio, ricostruzione che importerà, secondo i casi, la reintegrazione del patrimonio della società con i beni dei soci e viceversa» (ID., *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, 405 s.).

⁴⁵ La recente diffusione giurisprudenziale del problema della fallibilità in estensione delle società di capitali socie di fatto di altre società di capitali insolventi è, come si è accennato, coincisa con la riforma del diritto societario del 2003: cfr. in particolare, per la giurisprudenza di merito favorevole alla configurabilità di una società di fatto, Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, 63 ss., con nota di GUERRERA, *Note critiche sulla cd. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria* e, per quella contraria, Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Nuovo dir. soc.*, 2007, 59 ss., con nota di IRRERA, *Un primo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*, e App. Torino, 30 luglio 2007, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 309 ss., con nota di BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*. La questione è stata poi esaminata dalla Corte di Cassazione che, con tre pronunce ravvicinate, tutte del medesimo tenore, hanno fissato il principio della configurabilità di una società di fatto tra società di capitali, anche in mancanza della delibera assembleare prevista dall'art. 2361, comma 2, c.c. (cfr. Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Società*, 2016, 453 ss., con nota di FIMMANÒ, *L'estensione “inversa del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e “subornati”*; Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, in *Giur. comm.*, 2017, II, 636 ss., con nota di JORIO, *Società di capitali socia di fatto e insolvenza*; Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2016, n. 12120, in *Fall.*, 2016, 1186 ss., con nota di FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*). Tesi, quest'ultima, che ha ricevuto l'avallo anche della Corte Costituzionale, che l'ha giudicata parte del cd. “diritto vivente” (cfr. Corte Cost., 6 dicembre 2017, n. 255, in *Giur. comm.*, 2018, II, 5 ss., con nota di FIMMANÒ, *La Consulta avalla il piercing the corporate veil all'italiana*). Successivamente, invece, all'intervento della giurisprudenza nomofilattica, si sono riscontrati *talora* una certa tendenza della giurisprudenza di merito ad indulgere nell'applicazione della tecnica della società di fatto, anche a costo di una certa semplificazione nell'accertamento dei relativi presupposti (cfr. ad esempio Trib. Bergamo, Sez. II, 5 dicembre 2018, in *Società*, 2019, 1083 ss., con nota di BARTALENA, *La cd. supersocietà di fatto*, nonché le riflessioni critiche di FAUCEGLIA, “*Così è (se vi pare)*”: *l'orientamento dei giudici di merito in tema di fallimento di una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche*, in *Giur. comm.*, 2018, II, spec. 755 ss.), *talaltra* un atteggiamento più restrittivo e rigoroso, in merito soprattutto agli elementi di prova ai quali agganciare l'esistenza di una società di fatto tra le società di capitali coinvolte (cfr. in tal senso App. Napoli, 4 gennaio 2019, in *Le società*, 2020, 49 ss., con nota di FAUCEGLIA, *Ancora sulla società di fatto tra società di capitali: l'esercizio in comune dell'attività di impresa* e Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2020, n. 7903, in *Società*, 2020, 935 ss., con nota di FAUCEGLIA, *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia delle parole alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*).

⁴⁶ L'assenza nella disciplina della s.r.l. di una norma che prescriva la deliberazione assembleare per l'assunzione di partecipazioni a responsabilità limitata – sul modello di quanto previsto dall'art. 2361, comma 2, c.c. – ha sollevato in dottrina l'interrogativo circa l'eventuale applicazione analogica dell'omologa disposizione in tema di società per azioni. Al riguardo, non potendosi addentrare in questa sede nel problema dell'integrabilità dello statuto normativo della s.r.l. attraverso il ricorso alla tecnica dell'analogia (per il quale cfr. comunque, per tutti, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, tomo Primo, *Artt. 2462-2474*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da

comportante responsabilità illimitata. Ciò, tuttavia, non prima di aver precisato che tale conclusione non discende dalla rilevanza esclusivamente *interna* della violazione della regola di competenza sancita dalle norme appena richiamate⁴⁷, e neppure da un'applicazione *ultra-estensiva* dell'istanza di protezione dei diritti dei terzi rispetto alle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli amministratori sottesa all'art. 2384 c.c.⁴⁸. È acclarato, al contrario, come nei tipi sociali capitalistici la delibera di assunzione di

Busnelli, Milano, 2010, 5 ss.), è possibile soltanto sottolineare come, se da un lato parte della dottrina ha ritenuto di poter estendere *analogicamente* l'art. 2361, comma 2, c.c., e ciò alla luce dell'*argumentum a fortiori* discendente dalla maggiore ampiezza dei poteri gestori della collettività dei soci nella s.r.l. rispetto all'assemblea di s.p.a. (così BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., 115 ss., nonché CORRIAS, *Limitazioni al potere di rappresentanza*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, 607), dall'altro taluni Autori hanno comunque ritenuto di poter collocare l'assunzione di partecipazioni a responsabilità illimitata nel novero delle «operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci», inderogabilmente riservate alla competenza della compagine sociale, e per di più con modalità necessariamente collegiali (tale parrebbe essere l'impostazione di FAUCEGLIA, *Verso la "fallimentarizzazione" del diritto societario ovvero la giurisprudenza della Cassazione nell'età dell'incertezza*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1230 ss.). Non è mancato neppure chi, pur condividendo le ragioni di politica del diritto che stanno alla base del ricorso all'analogia, ed anzi proprio per sfuggire agli inconvenienti che si celano dietro tale criterio interpretativo, abbia proposto un'applicazione *diretta* alle s.r.l. dell'art. 2361, comma 2, c.c., muovendo a tal fine da una previsione transtipica quale è l'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c. (in tal senso cfr. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, tomo Primo, cit., 919 ss.); oppure chi ha precisato come, anche a voler ritenere che l'operazione in parola possa in concreto non comportare gli effetti di cui all'art. 2479 c.c., ciò non potrebbe comunque «condurre alla conclusione che la relativa competenza spetti pertanto al consiglio di amministrazione, indipendentemente da una decisione o quantomeno un'autorizzazione dei soci»: e ciò in quanto, se è vero che «il legislatore ha inteso sottrarre agli amministratori ed attribuire alle decisioni dei soci il compimento di operazioni che possano avere come conseguenza una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale», ciò deve valere «a maggior ragione nel caso in cui la società assuma il rilevantissimo rischio della responsabilità illimitata e soprattutto quello della sottoposizione al fallimento per estensione» (così CAGNASSO, *L'acquisto da parte della s.r.l. di una partecipazione a responsabilità illimitata*, in *Giur. it.*, 2016, 1149).

⁴⁷ Sul punto cfr., in luogo delle altre, Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, cit., sul presupposto per cui, *da un lato*, «nessuna disposizione sancisce il divieto di assumere la partecipazione in una società che preveda la responsabilità illimitata della società azionaria – esistendo, al contrario, una norma di permesso – né commina al riguardo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 3, la nullità della partecipazione stessa, sol perché manchi la previa deliberazione assembleare o l'indicazione nella nota integrativa» e, *dall'altro*, «la previsione di cui all'art. 2361 c.c., comma 2 [...], è posta soprattutto a tutela dei soci nella sua prima parte ed anche dei creditori, quanto all'indicazione in bilancio». Senonché, nell'affermare tali principi, relegando cioè al solo piano dei rapporti interorganici – e, segnatamente, agli ordinari rimedi avverso gli atti di *mala gestio* compiuti dagli amministratori (così, più esplicitamente, Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, cit.) – l'inosservanza della prescrizione di cui all'art. 2361, comma 2, c.c., la giurisprudenza di legittimità parrebbe allinearsi a quella tesi, per vero minoritaria in dottrina, che intende la deliberazione assembleare richiesta dall'art. 2361, comma 2, c.c. come una semplice «autorizzazione» (in tal senso cfr. AA. VV., *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri-Presti-Vella, II ed., Bologna, 2004, 118 e, sebbene in termini dubitativi, CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 542 s.).

⁴⁸ Si tratta, com'è noto, del secondo argomento di diritto societario speso dalla giurisprudenza di legittimità al fine di relegare la mancata deliberazione dell'assemblea sul piano dei soli rapporti interni: cfr. in particolare Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, cit. La tesi riecheggia l'opinione – autorevolmente sostenuta, ma nondimeno rimasta minoritaria in dottrina (cfr. *infra*, nt. 51) – secondo la quale la riforma del 2003, nel modificare l'art. 2384 c.c., abbia sancito l'inopponibilità a terzi anche dei limiti *legali* ai poteri di rappresentanza degli amministratori (in tal senso cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 82 s.).

partecipazioni a responsabilità illimitata integri un'ipotesi – per quanto eccezionale⁴⁹ – di vera e propria *riserva di competenza gestoria* in capo all'assemblea dei soci⁵⁰: la quale, pertanto, è chiamata a rimuovere un limite *legale* ai poteri di *gestione* (oltre che di *rappresentanza*) dell'organo amministrativo e il cui mancato coinvolgimento determina,

⁴⁹ Qualificano la norma come «eccezionale in senso stretto», in quanto «rispondente a logiche estranee rispetto ai principi che governano la ripartizione di competenze fra gli organi sociali», ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 313 (ove il virgolettato) e BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Società*, 2005, 1102. Al riguardo, è appena il caso di ricordare come altra Dottrina abbia al contrario ritenuto di poter ricavare dalla norma in commento un principio generale, in forza del quale «è possibile riconoscere *eccezionalmente* [...] all'assemblea di s.p.a. una competenza gestoria in presenza di operazioni che – pur potendo anche astrattamente rientrare nella competenza dell'organo amministrativo – per la loro rilevanza economica e per la loro capacità di incidere in profondità sulla struttura organizzativa dell'impresa sociale e dei diritti dei soci (anche solo rendendoli mediati) si avvicinano a materie di competenza propria dell'assemblea» (cfr. ovviamente PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa-Portale, vol. II, Torino, 2006, 30, ma l'impostazione è condivisa anche da TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*, Milano, 2003, 23 ss. e da PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, 41 ss., nonché ID., *Le competenze legali dell'assemblea nella gestione delle cooperative azionarie*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, spec. 50 ss. e, per l'utilizzo del metodo dell'«analogia, in specie con l'art. 2361, comma 2°, c.c.»), quale «unica tecnica percorribile», nt. 44). Non è ovviamente possibile in questa sede prendere posizione su un problema di tale complessità (cfr. al riguardo le perplessità manifestate da ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, cit., 12 ss., ove il rilievo per cui dopo la riforma deve considerarsi «priva ormai di prospettive la tesi che puntava a risolvere il problema dell'intervento dei soci rispetto ad operazioni di tale pregnanza affermando l'esistenza di un obbligo degli amministratori, fondato sui principi generali di buona fede e diligenza, di devolvere la decisione all'assemblea»). Può tuttavia non essere irrilevante segnalare come la tesi che postula l'esistenza di una riserva di competenza assembleare per le cd. operazioni di interesse primordiale (per le quali cfr. ovviamente ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 44) possa condividersi soltanto nella misura in cui si assegni all'episodio assembleare – e, più in generale, ai diritti di partecipazione degli azionisti – una specifica funzione di «tutela *preventiva* a carattere partecipativo e informativo» (in questi termini PINTO, *Le competenze legali dell'assemblea nella gestione delle cooperative azionarie*, cit., 53): viceversa, infatti, laddove si assegnasse alle regole di competenza una funzione di tutela in chiave esclusivamente (o, quantomeno, prevalentemente) *decisoria*, sarebbe agevole replicare che l'attribuzione della decisione all'assemblea, con conseguente sottrazione della stessa all'organo amministrativo, si risolverebbe nella sostanza in una *riduzione* della tutela, stanti i ristretti limiti entro i quali sono oggi ammessi i rimedi demolitori e risarcitori avverso le deliberazioni assembleari invalide (per tali considerazioni cfr. ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 360 ss., ove in particolare la proposta di «ricercare la tutela auspicata sul piano dei doveri e delle responsabilità degli amministratori, piuttosto che ipotizzare uno spostamento di competenze a favore dell'assemblea»).

⁵⁰ Attualmente prevalente in dottrina è la tesi per la quale l'intervento dell'assemblea ai sensi dell'art. 2361, comma 2, c.c. assume il «valore» (riferimento mutuato da PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, spec. 444 s.) di vera e propria *decisione*: in tal senso cfr. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., 110; PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, cit., 447; BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, cit., 20; CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 147 s.

in definitiva, l'*inefficacia* anche nei rapporti esterni dell'atto di sottoscrizione o di acquisto della partecipazione⁵¹.

Ciò nondimeno, pare potersi ritenere che l'osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 2361, comma 2, c.c. non sia realmente ostativa della configurazione *in via di fatto* di un rapporto tra società di capitali del quale siano ravvisabili *ex post* gli estremi dell'esercizio in comune di un'attività d'impresa⁵². La necessità di una deliberazione assembleare che consenta ai soci di monitorare e di indirizzare le modalità di gestione dell'investimento collettivo opera infatti sul diverso piano dei *procedimenti decisionali* interni all'ente e pare pertanto attagliarsi soltanto all'ipotesi dell'assunzione *diretta e volontaria* di una partecipazione a responsabilità illimitata da parte dell'organo gestorio⁵³: nel qual caso saranno necessarie tanto l'interlocuzione *preventiva* con la collettività dei soci, quanto l'ostensione *successiva* dell'assunzione della partecipazione nella documentazione contabile della società partecipante, a tutela stavolta dell'interesse dei creditori a monitorare i maggiori rischi cui è esposto il patrimonio sociale.

Tutt'altro è, invece, la riscontrabilità *ex post* e sul piano empirico di una sequenza di atti ai quali sia ascrivibile un valore tipicamente "societario": in tali ipotesi, infatti, condizione *necessaria*, ma allo stesso tempo *sufficiente* affinché l'ordinamento ricolleggi quella «valutazione oggettiva di comportamenti in fatto realizzatisi nello svolgimento dell'attività imprenditoriale»⁵⁴, dalla quale discende l'applicazione della disciplina *residuale* dell'esercizio in forma societaria dell'impresa *commerciale*, è niente di più e

⁵¹ In questo senso cfr., per tutti, MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, cit., 317 s. È sostanzialmente pacifico in dottrina che, nonostante la mancata riproposizione del relativo precetto nel nuovo testo dell'art. 2384 c.c. risultante all'esito della riforma del 2003, le limitazioni *legali* ai poteri di rappresentanza degli amministratori esulino – e non potrebbe essere altrimenti – dalla regola che, al di fuori dell'ambito di applicazione dell'eccezione di dolo generale, vede prevalente l'interesse dei terzi e del mercato a non subire l'eccezione di difetto di potere da parte della società: in tal senso cfr., per tutti, SCIUTO-SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 1, tomo I, *Tipo – Costituzione – Nullità*, Torino, 2004, 59 s.; CALANDRA BUONAURO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. II, cit., 665 ss. (ma del medesimo Autore cfr. già *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 4, *Amministratori – Direttore generale*, Torino, 1991, 170); DELLA TOMMASINA, *Dissociazione tra gestione e rappresentanza nella società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. soc.*, 2015, 687 ss.

⁵² Che si tratti, del resto, di un problema di *qualificazione* di una fattispecie materiale è confermato dal fatto che, nelle vicende giurisprudenziali in cui è stata ravvisata l'esistenza di una società di fatto tra società di capitali, «l'iniziativa unitaria non è scomposta in una pluralità di enti in conformità di un programma imprenditoriale, bensì postulata *ex post* dall'organo giudicante nel tentativo di incrementare la tutela del ceto creditorio di un unico agente» (GARCEA, I «gruppi finti». *Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, cit., 209). Considerazioni analoghe in TUCCI, *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, in *RDS*, 2017, 570, ove – anzi – la proposta di sostituire all'espressione "supersocietà" di fatto quella di «società creata di fatto», proprio al fine di cogliere meglio «il fenomeno della qualificazione *ex post* di determinati comportamenti, ritenuti sintomatici della (o, comunque, equiparati, *quoad effectum*, alla) esistenza di un vincolo societario».

⁵³ Uno spunto in questo senso in MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 926, ma di «superfluità della questione» discorre apertamente anche FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*, in *Fall.*, 2016, 1192.

⁵⁴ Il virgolettato in ANGELICI, *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 409.

nient'altro che una «risultanza [...] oggettivamente riscontrabile, quale è lo svolgimento di un'attività economica in forma di impresa»⁵⁵.

Fatte tali necessarie premesse, degne di particolare considerazione sono poi la novità introdotte in materia dalla recente riforma del diritto concorsuale, la quale recepisce *expressis verbis* l'orientamento giurisprudenziale che aveva dilatato l'ambito di applicazione dell'art. 147, comma 5, l.fall. fino ad includervi – accanto al fallimento dei soci “occulti” di società “occulta”, dichiarato cioè a partire dall'insolvenza di un'impresa *individuale* – anche l'ipotesi in cui la procedura sia estesa in via ascendente a partire dall'iniziale fallimento di una *società*. In particolare, è noto al riguardo come, sebbene la dottrina avesse predicato la stretta eccezionalità delle ipotesi di fallimento in estensione⁵⁶, la norma in parola era stata oggetto nel “diritto vivente” di un'interpretazione estensiva⁵⁷,

⁵⁵ Il virgolettato in BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Sez. I, tomo 2.1, Torino, 2002, 101, ma per la rilevanza del principio di effettività ai fini dell'integrazione della fattispecie impresa cfr. ovviamente OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 114 e SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. VII, Torino, 1992, 41. S'intende cioè sostenere come la possibilità di ipotizzare l'esistenza di una società di fatto tra società di capitali, onde inferirne la sottoposizione al fallimento, discenda – più correttamente – dalla rilevanza sul piano *fattuale* dell'attività concretamente svolta – pur in assenza delle prescritte deliberazioni assembleari – dai diversi centri di imputazione coinvolti nella vicenda: un piano, quest'ultimo, che deve essere tenuto nettamente distinto da quello *societario*, la cui portata si esaurisce nell'osservanza (e nelle conseguenze dell'eventuale inosservanza) dei processi decisionali prescritti nei diversi tipi sociali per le operazioni che operano l'esposizione dell'investimento comune a profili di rischio ulteriori rispetto a quelli originariamente convenuti e non governabili secondo le regole organizzative proprie del tipo (per tale ricostruzione della ratio dell'art. 2361, comma 2, c.c. cfr., in luogo di molti, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 94). Non a caso è ricorrente in dottrina, a questo riguardo, il rilievo per cui il problema della società di fatto tra società di capitali si collochi *al crocevia* tra diritto dell'impresa, diritto societario e diritto concorsuale (in tal senso cfr. MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, cit., 919) e che tale convergenza di discipline non debba tradursi in una *confusione* di piani e, in particolare, di quelli «dell'atto (e, in definitiva, dell'*organizzazione societaria* dal punto di vista della società *partecipante*)» e del «fatto dello svolgimento di un'attività, che presenti i connotati dell'art. 2082 c.c. e dell'art. 2247 c.c. (problema rilevante sul piano dell'*impresa*)» (così BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., 112, ma nella medesima prospettiva – distinguendo in particolare tra il piano della *programmazione*, cui corrisponde il *contratto*, e quello della *realizzazione*, cui corrisponde l'*attività* d'impresa – cfr. altresì MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, cit., 925). In questa prospettiva, la configurabilità di una società di fatto tra società di capitali discende in altri termini quale logica conseguenza di una «traslazione dal profilo meramente organizzativo, tipico della disciplina societaria, a quello effettuale dello svolgimento di un'attività di impresa, e di impresa commerciale, che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, l.fall., costituisce il presupposto oggettivo del fallimento» (BARTALENA, *La cd. supersocietà di fatto*, in *Società*, 2019, 1088).

⁵⁶ La tesi è stata sostenuta in particolare da FIMMANÒ, *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Dir. fall.*, 2017, II, spec. 597 ss., sul presupposto per cui «la restrizione dell'alveo di applicazione traccia una linea di demarcazione netta nel senso che la norma costituisce una eccezione per i soci illimitatamente responsabili di alcuni tipi di società. Tant'è che fuori da questi casi non c'è la responsabilità patrimoniale “automatica” in estensione, ma deve esserci altro: l'autonomo accertamento dell'abuso del *dominio* sull'impresa»; laddove, al contrario, «l'applicazione estensiva dell'art. 147 comma 5, legge fallim., condurrebbe alla estensione del fallimento della persona giuridica ad altri soggetti minando “l'orrore del legislatore verso la rottura del tabù dell'autonomia patrimoniale perfetta”».

⁵⁷ Paradigmatico in tal senso è il principio espresso da Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, cit. (e avallato da ultimo dalla giurisprudenza costituzionale), secondo la quale il carattere eccezionale dell'art. 147, comma 5, l.fall. è escluso dalla decisiva considerazione secondo la quale al riferimento all'imprenditore individuale ivi contenuto deve essere attribuita una «valenza meramente indicativa dello “stato dell'arte” dell'epoca in cui la norma è stata concepita, che non può essere di ostacolo ad una sua

avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale e transitata, da ultimo, nella nuova formulazione dell'art. 256 del Codice della crisi⁵⁸: il quale – non a caso – aggancia la facoltà di procedere al fallimento in estensione all'ipotesi di «apertura di una procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di un *imprenditore individuale* o di una *società*»⁵⁹.

La parabola normativa e giurisprudenziale così sommariamente ripercorsa restituisce insomma l'impressione per cui nel diritto concorsuale riformato sia stata attribuita piena dignità normativa alla tecnica, sinora di creazione soltanto pretoria, dell'estensione della liquidazione concorsuale disposta a carico di un'impresa collettiva della quale si accerti l'inserimento all'interno di un contesto imprenditoriale più ampio. Di qui, allora, la tentazione di collocare la novità entro la più ampia congerie dei rimedi riservati all'insolvenza delle aggregazioni societarie, traendone al contempo più di una conferma circa la non assoluta estraneità delle tecniche del consolidamento sostanziale⁶⁰ ad un ordinamento, quale quello italiano, che – anche, se non addirittura a maggior ragione all'esito dell'introduzione di una regolazione organica dell'insolvenza di gruppo – pure

interpretazione estensiva che, tenuto conto del mutato contesto nel quale essa deve attualmente trovare applicazione, ne adegui la portata in senso evolutivo, includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione». Sotto la medesima prospettiva, il riferimento alla sola impresa individuale è stato interpretato in dottrina quale sintomo di un «errore ostativo» o di una «*falsa demonstratio*» in cui è incorso il legislatore fallimentare, di talché essa debba in realtà essere inteso «come una *sineddoche*, indicando cioè la parte (imprenditore individuale) per il tutto (imprenditore *tout court*)» (MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, cit., 932).

⁵⁸ E ciò a dispetto – a voler tacere d'altro – delle critiche mosse in dottrina ad una regola, quella del fallimento in estensione, che non soltanto «non è affatto una regola necessitata, ma solo il frutto di una *scelta* del legislatore», ma che altresì «ha costituito nel tempo fonte inesauribile di sempre nuovi problemi e complicazioni di tutti i tipi, generando un contenzioso veramente “mostruoso”»: sì, in definitiva, da auspicarne la radicale soppressione (in tal senso cfr. NIGRO, *La riforma «organica» delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. fall.*, 2006, 786, ove anche i virgolettati).

⁵⁹ Non a caso, nei primi commenti alla riforma si è sostenuto come essa finisca col «dare ingresso ad una prospettiva che appena qualche anno addietro avrebbe potuto ritenersi di “pura fantasia”, con esiti [...] “devastanti”» (FAUCEGLIA, *Ancora sulla società di fatto tra società di capitali: l'esercizio in comune dell'attività di impresa*, in *Società*, 2020, 53) e, per tali ragioni, non si è esitato a definire la norma quale «vero e proprio “mostro” [...] che sarà difficile “governare”» (ID., *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia delle parole alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*, cit., 939). Critica è anche la posizione di FIMMANÒ, *La supersocietà di fatto tra società a responsabilità limitata alla luce del Codice della Crisi*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 97 ss., ove il rilievo per cui la norma «espone il sistema *ad effetti destabilizzanti*» (corsivo nel testo).

⁶⁰ Non v'è chi non veda, infatti, come, pur in presenza di una norma – l'art. 148 l.fall. – che prescrive la distinzione delle masse attive e passive della società e dei soci, l'attuazione di tale separazione sia ardua proprio nel caso del fallimento di una società di fatto, «in caso di mancata spendita del nome della società e di conferimento in società senza le formalità richieste»: di talché appare evidente che, in tali ipotesi, la disciplina del fallimento in estensione «produce, nella sostanza, un risultato analogo a quello del consolidamento sostanziale» (MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, cit., 2113, nt. 36 e 37). Considerazioni analoghe in CARIDI, sub *Articolo 148. Fallimento della società e dei soci*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, tomo II, *Artt. 84-159*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 1950 s. e nt. 29, ove anche la proposta di imputare all'attivo sociale i soli beni mobili utilizzati per l'esercizio dell'impresa, ricomprendendo invece nel patrimonio dei soci illimitatamente responsabili i beni immobili di cui questi ultimi siano titolari, quand'anche essi siano strumentali all'esercizio dell'attività.

ha incentrato il fulcro del sistema dei rimedi avverso l'esercizio abusivo del potere di eterodirezione sulla responsabilità *risarcitoria* e non su quella *patrimoniale*⁶¹.

Alla luce di tale mutato contesto, è pertanto più che mai evidente la necessità di un'*actio finium regundorum* tra gli attuali ambiti di applicazione dei due modelli di tutela con i quali è stata tradizionalmente risolta la problematica dell'abuso del dominio all'interno (e all'esterno) dei gruppi di società⁶²; ciò, tuttavia, non prima di aver individuato la *fattispecie* alla quale deve essere oggi riferita, in punto di *disciplina*, la regola che consente l'estensione della liquidazione giudiziale aperta a carico di una *società* ad ulteriori soggetti ai quali la medesima impresa sia riferibile.

A questo riguardo, può non essere irrilevante muovere dalla diffusa constatazione secondo la quale la teorica della società di fatto tra società di capitali si è sovente risolta nella prassi in una «semplificazione della fattispecie»⁶³ o, ancora, in un «annacquamento» dei requisiti che, ai sensi dell'art. 2247 c.c., circondano l'esercizio di un'iniziativa economica collettiva in forma societaria⁶⁴. Forte è, in altri termini, l'impressione per cui gli stilemi della società di fatto abbiano fornito un *commodus discessus* rispetto al più impervio percorso costituito dall'accertamento dello stato di insolvenza e, *prim'ancora*, dell'*esistenza stessa* della società di fatto che si ipotizza intercorrere tra la società di capitali insolvente e la persona, fisica o giuridica, che la controlla⁶⁵: accertamento,

⁶¹ Si tratta tuttavia di un rischio, e non invece di un'opportunità (non a caso di «impropria eterogenesi delle finalità originarie del legislatore» discorre MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, cit., 2143): sul punto cfr. FAUCEGLIA, *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia delle parole alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*, cit., 938, ove il rilievo per cui il fallimento in estensione presenta il duplice rischio di «realizzare una specie di «consolidamento» sostanziale tra imprese assertivamente appartenenti ad un «gruppo» (eterodiretto da dominus ritenuto «abusivo»)» e, conseguentemente, di «defunzionalizzare l'intero impianto di cui all'art. 2497 c.c., in tal modo affermando la prevalenza della responsabilità patrimoniale su quella risarcitoria, prevista – invece – dalla legge come «modello» per le disfunzioni nel gruppo a fronte di eterogestioni non conformi alla correttezza societaria ed imprenditoriale». Del «rischio di un pericoloso spostamento dell'asse del sistema dei rimedi dalla responsabilità «risarcitoria» alla responsabilità «patrimoniale», in contraddizione manifesta con linee-guida della riforma societaria del 2003» discorre altresì GUERRERA, *Note critiche sulla cd. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, cit., 64.

⁶² Per un'efficace sintesi dei due modelli cfr., per tutti, NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 433 ss., ove anche gli opportuni riferimenti.

⁶³ Il virgolettato in TUCCI, *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, cit., 570 s.

⁶⁴ In tal senso cfr. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e «superamento» della spendita del nome*, cit., 1048. Nella tecnica della società di fatto ravvisa, non a caso, un «*escamotage* diretto a costruire per analogia una *fictio*, che viceversa configura una situazione sanzionata dall'ordinamento in termini di *responsabilità risarcitoria* derivante da attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* contro l'interesse sociale delle persone giuridiche eterodirette ed *abusate*» FIMMANÒ, *L'estensione «inversa del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e «subornati»*, cit., 475 (corsivo nel testo).

⁶⁵ Merita sul punto adesione la tesi secondo la quale l'estensione del fallimento ai sensi del quinto comma dell'art. 147 l.fall. – ed ora dell'art. 256 del Codice della crisi – sia ammissibile soltanto a condizione che sia dichiarato «il fallimento in via autonoma di una società di fatto, con la conseguente necessità dell'accertamento dei relativi presupposti, tra cui, in particolare, lo svolgimento di un'impresa commerciale e l'*affectio societatis* tra i soggetti che la esercitano» (MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, cit., 2121). In quest'ottica, il meccanismo procedimentale delineato dalla norma si risolverebbe soltanto in una «semplificazione del procedimento, evitando che si debba proceder a revocare il fallimento dell'apparente imprenditore individuale ed a

quest'ultimo, che implicherebbe viceversa il puntuale riscontro degli elementi, di natura patrimoniale e organizzativa, cui si suole riconnettere l'esistenza di un rapporto societario non formalizzato⁶⁶.

Senonché, a fronte di tale deriva⁶⁷, premeva in passato – e preme tuttora – ribadire come l'estensione del fallimento di una società di capitali *in via ascendente* alla società (di fatto e) occulta e, quindi, *in via discendente* ai suoi soci illimitatamente responsabili esiga in ogni caso l'accertamento della *riferibilità* dell'impresa esercitata dalla società insolvente alla (supposta) società di fatto. In altri termini, la liquidazione giudiziale in estensione richiede la dimostrazione che la medesima attività imprenditoriale della quale è stata accertata l'insolvenza sia concepibile non soltanto come l'oggetto dell'impresa insolvente, *singularmente considerata*, ma altresì, e nello stesso tempo, come l'attività esercitata *in comune* dalla società di fatto della quale la prima si suppone faccia parte⁶⁸.

In quest'ottica, non è arduo allora avvedersi di come l'immagine della “riferibilità” evocata dall'art. 256 del Codice altro non sia se non un'espressione sintetica che

dichiarare contestualmente il fallimento della società», ma non esimerebbe dalla necessità di «dichiarare espressamente il fallimento della società», accertandone l'esistenza e la condizione di insolvenza [sul punto cfr., per tutti, NIGRO, sub *Articolo 147*, cit., 2180 ss. e nt. 57, ove anche il virgolettato, e – con particolare riguardo alla necessità di accertare lo stato di insolvenza della società (di fatto) occulta – AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, volume I, *I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie*, Padova, 2010, 124].

⁶⁶ E ciò pur in presenza di un'espressa avvertenza in senso contrario della giurisprudenza di legittimità, la quale aveva espressamente precisato come fosse «necessario accertare scrupolosamente e con uso prudente dello strumento specie indiziario l'esistenza di una società di fatto e la sua situazione di insolvenza», richiamando pertanto il giudice di merito alla «prova rigorosa» di una serie di elementi, quali «il patrimonio e l'attività comune, l'effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite dei soggetti interessati, il vincolo di collaborazione tra i soci»: in questi termini Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, cit., ma ancor più esplicitamente Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, cit. («la prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci») e Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2016, n. 12120, cit. («la configurazione fallimentare della responsabilità non è pertanto la prima risposta all'abuso dello schermo societario, essendo diverse le due fattispecie, ma, per potersi dare, esige il *rigoroso accertamento dei parametri organizzativi ed essenziali del contratto di società*»). Non a caso, in dottrina è stata più volte stigmatizzata la tendenza della giurisprudenza di merito a “tradire” il monito circa l'accertamento rigoroso dei parametri organizzativi essenziali del contratto di società (in tal senso cfr. FAUCEGLIA, “*Così è (se vi pare)*”: *l'orientamento dei giudici di merito in tema di fallimento di una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche*, cit., 755), disvelando in tal modo «una certa pigrizia valutativa» (cfr. ancora FAUCEGLIA, *Ancora sulla società di fatto tra società di capitali: l'esercizio in comune dell'attività di impresa*, cit., 52).

⁶⁷ Interessante è, al riguardo, segnalare l'opinione di un'autorevole Dottrina, la quale, pur avendo indicato nella configurazione di una società di fatto tra la società di capitali abusata e il suo socio sovrano la «soluzione “principe”» al problema dell'abuso del dominio, avvertiva nondimeno della «pericolosità di un'ipotetica tendenza (alla quale sarebbero “naturalmente” portati i curatori di fallimenti di società di capitali) ad “inventare” società di fatto tra la s.p.a. ed il suo azionista di controllo, il quale si sia limitato a compiere atti del tutto neutrali rispetto all'assunzione della qualità di socio di fatto» (COLOMBO, *La partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, cit., 1538 s. e nt. 50).

⁶⁸ Uno spunto in questo senso in FAUCEGLIA, *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia delle parole alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*, cit., 940, ove la necessità di «ricercare un'unica attività di impresa, svolta in comune da “soci” della società collettiva [...] ma senza con questo smarrire la necessaria individuazione dell'attività oggettivamente svolta in comune, come fenomeno oggettivo di produzione di ricchezza sul mercato».

compendia il requisito dell'esercizio *in comune* di un'attività economica, coesistente alla nozione stessa di società. Il criterio di collegamento richiesto dalla norma al fine dell'estensione della procedura costituisce, in altri termini, traduzione sul piano del diritto concorsuale dell'elemento dell'*attività comune* che, com'è noto, identifica i fenomeni associativi connotati da rilievo reale: risolvendosi in tale contesto nella direzione funzionale degli atti di esercizio dell'attività medesima «in ordine ad una zona preconstituita d'interessi di gruppo»⁶⁹, con conseguente imputazione al gruppo dei relativi effetti.

Ebbene, una volta individuato il presupposto *necessario* del meccanismo estensionale nell'esistenza di un'*attività esercitata in comune* dalla società di capitali insolvente e dagli ulteriori soci – persone fisiche o giuridiche – della società in nome collettivo di fatto tra gli stessi ricostruita, con conseguente creazione di un fondo (del pari) comune e imputazione al gruppo del risultato dell'attività, inteso quale saldo globale degli effetti positivi e negativi dei singoli affari⁷⁰; una volta individuato in ciò – si diceva – la *condicio sine qua non* richiesta ai fini dell'applicazione dell'art. 256, comma 5, del Codice, non può non risultare evidente l'estraneità del modello rimediabile del fallimento in estensione rispetto ai problemi tipici della patologia dell'azione imprenditoriale di gruppo⁷¹.

Una cosa è, infatti, accertare l'esistenza di un'attività esercitata in comune tra più enti collettivi, con conseguente partecipazione ai profitti e alle perdite della società di fatto dai medesimi partecipata, onde estendere in via discendente ai secondi la liquidazione giudiziale aperta in via ascendente a carico della prima; tutt'altro è, invece, ricorrere ai meccanismi dell'estensione della liquidazione concorsuale in presenza di fenomeni che società di fatto non sono⁷², e che si prestano al contrario ad essere collocati

⁶⁹ Il virgolettato in SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 161 s.

⁷⁰ Cfr. ancora SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 167, ove la definizione di risultato quale «valore empirico globale d'una sequenza di congegni».

⁷¹ In questo senso, molto chiaramente, FAUCEGLIA, «*Così è (se vi pare)*»: *l'orientamento dei giudici di merito in tema di fallimento di una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche*, cit., 755, nonché ID., *Ancora sulla società di fatto tra società di capitali: l'esercizio in comune dell'attività di impresa*, cit., 53, ove il rilievo dell'«ontologica differenza esistente tra controllo, gruppo di società e c.d. supersocietà società di fatto».

⁷² Si tratta di considerazioni ricorrenti in dottrina: cfr., in particolare, FIMMANÒ, *L'estensione "inversa del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e "subornati"*, cit., 475, ove il convincente rilievo per cui «la norma [...] non si presta all'estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell'insolvenza di società *strumentali* utilizzate in un gruppo *verticale*, ma tutt'al più all'estensione ad un gruppo *orizzontale* di società (socio tra loro ed eventualmente di persone fisiche) *non soggetto a direzione e coordinamento*» (corsivo nel testo). Del resto, a riprova di quanto osservato nel testo milita anche l'analisi della posizione di quanti in dottrina, muovendo proprio dalla constatazione della «totale diversità dei due fenomeni», ben espressa nella «distinzione tra gruppi "veri" e gruppi "finti"» (il cui *discrimen* sarebbe da rintracciarsi «nella sussistenza nei secondi e nella assenza nei primi di condotte che realizzano un abuso dello strumento societario e che lasciano inferire non già un'articolazione imprenditorialmente razionale dell'iniziativa — per impropria che possa poi manifestarsi la gestione dell'iniziativa; quanto piuttosto un ricorso funzionalmente malizioso allo strumento societario»), hanno proposto di restringere l'ambito di applicazione della responsabilità risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c. soltanto ai primi, rintracciando al contempo un rimedio alternativo, applicabile ai fenomeni di interposizione strumentale nell'esercizio dell'attività d'impresa, proprio nell'«estensione ai soci della responsabilità per le obbligazioni sociali anche in caso di società che consentono la limitazione del rischio

entro l'ambito di applicazione degli ordinari rimedi previsti per l'abuso del potere di direzione unitaria: e cioè a dirsi, le azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. e, oggi, le procedure di regolazione dell'insolvenza di gruppo, ispirate anch'esse al principio della separazione tra i patrimoni delle società coinvolte.

Se così è, ne discende, in definitiva, un duplice ordine di considerazioni.

Per un verso, infatti, se correttamente intesa nel suo ambito di applicazione, la tecnica della società di fatto tra società di capitali si presta a ben vedere ad essere relegata a rimedio eccezionale, applicabile – a dispetto dell'atteggiamento della giurisprudenza di merito – a fattispecie a tutti gli effetti “di nicchia”⁷³, i cui elementi costitutivi dovranno peraltro essere oggetto di un accertamento rigoroso sotto il profilo probatorio: il che – è appena il caso di precisarlo – rischia all'atto pratico di restringere ulteriormente l'utilità e la diffusione della figura⁷⁴. *Per l'altro*, una volta acclarata l'inapplicabilità del meccanismo della liquidazione giudiziale in estensione a fattispecie di gruppo *in senso stretto*, non pare azzardato ipotizzare come l'introduzione di procedure appositamente concepite per le imprese appartenenti ad un gruppo possa contribuire a convogliarne il trattamento dell'insolvenza entro le coordinate tracciate dal sistema⁷⁵: rappresentando

all'investimento»: ciò muovendo – non a caso – dal presupposto per cui «fenomeni di questo tipo costituiscono [...] la negazione stessa del « gruppo », se per gruppo si intende, come ormai non può non intendersi anche per chi sviluppa l'analisi giuridica del fenomeno, una « forma » organizzativa dell'impresa che abbina l'unità della direzione alla molteplicità degli enti nei quali l'iniziativa si articola» (GARCEA, *I « gruppi finti »*. *Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, cit., 210 ss., ove anche i virgolettati).

⁷³ In questi termini cfr. infatti DE CICCO, *Riflessioni intorno alla supersocietà di fatto: da modello generale a fattispecie “di nicchia”*, in *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 198.

⁷⁴ Per la verità parte della giurisprudenza di merito parrebbe aver accolto con maggiore sollecitudine l'invito della giurisprudenza di legittimità a fornire in via rigorosa la prova degli elementi costitutivi della società di fatto ai sensi dell'art. 2247 c.c., onde evitare in tal modo «il rischio che l'art. 147, comma 5 l. fall. venga utilizzato per aggirare le disposizioni dettate dall'art. 2476 c.c., comma 7 e 2497 c.c. ed evitare l'esercizio di un'azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti» (in questi termini cfr. Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507, cit.): emblematica in tal senso – e per questo pienamente condivisibile – è la soluzione offerta da Trib. Torino, Sez. VI civile e fallimentare, 14 novembre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 1693 ss., con nota di GUERCIO, *La supersocietà di fatto e la holding: profili di differenza*, che ha in particolare precisato che il fallimento in estensione delle società di capitali socie di una società in nome collettivo di fatto «si articola sostanzialmente in due fasi. In primo luogo, deve essere acclarato se esista una supersocietà di fatto. A tal fine, deve essere verificata l'esistenza di indici specifici sui quali fondare la presunzione che le diverse società coinvolte nell'indagine, a dispetto della loro distinzione formale, operino alla stregua di un unico soggetto giuridico [...] La prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario all'interesse dei soci. Il fatto che le singole società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una *holding* di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità [...] Una volta dichiarata l'esistenza della supersocietà di fatto della quale chiesto il fallimento, sulla base degli indici fin qui riepilogati, deve essere ulteriormente accertato che la stessa versi in uno stato di insolvenza rilevante ai sensi dell'art. 5 l.fall.».

⁷⁵ Emblematiche, e conclusive, sul punto sono le osservazioni di SCOTTI CAMUZZI, *Unico azionista, gruppi*, “lettres de patronage”, Milano, 1979, 13 ss., ove l'idea per cui «il problema della disciplina del gruppo si pone nell'area della responsabilità professionale degli amministratori», e «le norme sul conflitto d'interessi e sulla responsabilità degli amministratori restano il cardine della disciplina dei gruppi», mentre «la soluzione fondata sulla responsabilità patrimoniale e sul rischio d'impresa [...] rimane di carattere

cioè un argine indiretto alla diffusione di tecniche ispirate, per contro, all'estensione concorsuale della responsabilità patrimoniale⁷⁶.

Ad ogni modo, accantonate per un momento le problematiche riconducibili all'area tematica del consolidamento sostanziale, è possibile a questo punto osservare come ispirato a logiche diametralmente opposte sia il consolidamento cd. *procedimentale*, invalso prevalentemente negli ordinamenti di *civil law* e, fra l'altro, recentemente assunto a paradigma di riferimento dell'armonizzazione europea ed internazionale del diritto dell'insolvenza dei gruppi. Esso, in particolare, si fonda nei suoi tratti essenziali sulla regola – elevata anzi a *slogan* della riflessione europea in materia – “*eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz*”⁷⁷ e, premessa proprio l'autonomia delle masse attive e passive, istituisce meccanismi più o meno estesi di concentrazione processuale, associati in ogni caso ad obblighi di collaborazione tra le curatele investite della gestione dell'insolvenza della singola impresa⁷⁸; e il tutto secondo una scala di intensità crescente che va dal mero scambio di informazioni alla conduzione in comune di fasi della procedura quali, su tutte, la liquidazione dell'attivo.

Più precisamente, tale modello interviene – come si può intuire – non tanto sull'*impresa* di gruppo e sul relativo *patrimonio*, da unificare e gestire unitariamente secondo finalità concorsuali, bensì sulla *procedura* concorsuale, il cui svolgimento è indirizzato su binari parzialmente diversi da quelli ordinari. In altri termini, il tratto caratteristico di tale modello è la considerazione *atomistica* delle imprese insolventi del

eccezionale»: ciò, in particolare, in quanto «non vi è alcun principio che colleghi né direzione dell'impresa né controllo della società alla responsabilità patrimoniale personale ed illimitata, o alla soggezione al rischio di impresa». Nel medesimo senso cfr. altresì FERRI, *Le società*, cit., 1026 s.: «non basta affermare un rapporto di dipendenza economica per eliminare le conseguenze che derivano dall'autonomia giuridica».

⁷⁶ Merita sul punto adesione l'opinione di SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit., 429, secondo la quale è «possibile che l'entrata in vigore della disciplina posta dagli artt. 284-292 CCII lasci sussistere lo spazio per l'applicazione delle menzionate regole [in tema di fallimento in estensione dei soci di una supersocietà di fatto], corroborate da una lunga tradizione applicativa giurisprudenziale; ed è verosimile che lo stesso legislatore abbia in qualche modo previsto (e non disvoluto) tale circostanza», e ciò in quanto «probabilmente si è ritenuto che, cancellandola dal nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, si sarebbe perduto altresì uno strumento utile a fronteggiare l'insolvenza di quella seconda tipologia di gruppi». Ciò che si intende al contempo sostenere è che l'attuale presenza di tecniche di regolazione dell'insolvenza dei gruppi cd. “veri”, incentrate su più penetranti poteri di ripristino dell'integrità patrimoniale delle imprese del sodalizio “abusate” dalla direzione e coordinamento, possa contribuire a relegare la tecnica del fallimento in estensione, oggi codificata nei propri presupposti applicativi, a quello che ne costituisce l'ambito elettivo di applicazione: ovverosia a fenomeni di interposizione nell'esercizio dell'impresa che, anche a volerli definire come gruppi “finti”, non possono comunque essere confusi con la *reine Tatbestand* del gruppo di imprese, se non a costo di una palese forzatura dei superiori principi di sistema in materia di esercizio collettivo dell'attività d'impresa.

⁷⁷ Per il quale cfr., da ultimo, J. SCHMIDT, *Das Prinzip “eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz” und seine Durchbrechungen vor dem Hintergrund der aktuellen Reformen im europäischen und deutschen Recht*, in *KTS*, 2015, 19 ss.; principio dal quale si è fatto discendere l'ulteriore corollario per cui «*jedes Unternehmen stirbt seinen eigenen Tod*» (SMIDT-RATTUNDE, *Der Insolvenzplan*, Stuttgart, 2005, 57).

⁷⁸ Sul problema dei flussi informativi tra organi di gestione delle procedure di gruppo – quale tecnica volta a «minimizzare i costi transattivi derivanti dalla pluralità di procedure» (MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 228 nt. 20) – cfr., nella dottrina italiana, BENEDETTI, *I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione. Atti VIII Incontro italo-spagnolo di diritto commerciale. Napoli, 25 settembre 2015*, a cura di Paciello-Guizzi, Milano, 2016, 411 ss.

gruppo, e ciò tanto nella fase dell'apertura della procedura – alla quale si procede dopo aver accertato la sussistenza dei relativi presupposti in capo alle singole imprese che ne fanno richiesta, senza attribuire alcun rilievo alla situazione economica e finanziaria “aggregata” del gruppo – quanto nel corso del suo svolgimento. In quest'ultima fase, tuttavia, la presumibile esistenza di momenti di “interferenza” tra i patrimoni delle imprese oggetto di separate procedure impone altrettanti momenti di coordinamento tra i relativi organi⁷⁹, più o meno ampi a seconda del grado di integrazione economica del gruppo insolvente.

Entro tale cornice di fondo, diverse possono essere poi le alternative astrattamente percorribili, il cui nucleo precettivo di fondo è stato efficacemente descritto in dottrina a mezzo della distinzione fra il *coordinamento*, la *concentrazione* e il *consolidamento* delle procedure⁸⁰: tre modelli, questi ultimi, ognuno dei quali risolve diversamente profili problematici di natura sia processuale che sostanziale, relativi tanto alla cooperazione interorganica nella conduzione della procedura, quanto alla giurisdizione entro la quale sono attratte le diverse imprese insolventi, quanto ancora all'incidenza di eventuali scenari patologici occorsi nell'alveo della singola sub-procedura sulla “tenuta” della strategia complessiva di gestione della crisi del gruppo⁸¹.

⁷⁹ Per un'esemplificazione delle opzioni concretamente praticabili cfr. il § 23 della Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL: «*Multiple proceedings may be streamlined in various ways through an order for procedural coordination, facilitating sharing of information to obtain a more comprehensive evaluation of the situation of the various debtors; combining of hearings and meetings; preparation of a single list of creditors and other parties in interest for the provision of notice and coordination of the provision of notice; establishment of joint deadlines; agreement on a joint claims procedure and coordinated realization and sale of assets; coordination of avoidance proceedings; and the holding of joint creditor meetings or coordination among creditor committees. Streamlining may also be facilitated by the appointment of a single or the same insolvency representative to administer the insolvency proceedings or by ensuring coordination between insolvency representatives where two or more are appointed (see paras. 139-144 below). It may also involve cooperation between two or more courts or, when permitted by domestic law, administration of the multiple proceedings concerning group members in a single court.*»

⁸⁰ La distinzione è stata proposta, nella dottrina italiana, da MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 227 ss. e in quella sede efficacemente illustrata attraverso il riferimento agli elementi della fattispecie presa in considerazione dall'art. 2497 c.c.: ciò nella misura in cui i diversi modelli di gestione della crisi e dell'insolvenza di gruppo divergono tra loro «a seconda che, in una ideale scomposizione degli elementi costitutivi della situazione di potere della capogruppo, si ponga l'accento logico sul momento del “coordinamento” oppure su quello della “direzione”». La distinzione tra coordinamento, concentrazione e consolidamento delle procedure è stata poi sviluppata da D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 278 ss.

⁸¹ Si consideri, al riguardo, il problema – sul quale è incentrato l'approfondimento di D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 286 ss. – del rapporto tra i piani di concordato «reciprocamente collegati e interferenti», così come tra le singole porzioni del «piano unitario» riferite alle diverse imprese del gruppo, in particolar modo in presenza di patologie nella fase di ammissione, di svolgimento o di esecuzione della procedura. È evidente, infatti, come l'alternativa tra un modello ispirato alla *concentrazione* ed uno incentrato sul *consolidamento* delle procedure si riallacci a due esiti alquanto diversi, e rispettivamente alla necessaria incidenza sull'intera procedura degli eventi condizionanti la risoluzione e l'annullamento del concordato, ovvero alla limitazione dei relativi effetti solo ad alcune delle procedure, collegate, ma separate. Un problema, quest'ultimo, al quale l'art. 287 del Codice della crisi risponde attraverso la previsione per la quale «il concordato di gruppo omologato non può essere risolto o annullato quando i presupposti per la risoluzione o 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».

Espressione del *primo* modello è, in particolare, l'approccio trasfuso nel Regolamento Europeo in materia di insolvenza transfrontaliera⁸². In quest'ambito, infatti, l'esigenza di individuare soluzioni della crisi che massimizzino il valore del gruppo sfruttando le sinergie esistenti in seno al medesimo e assicurando, al contempo, il rispetto della personalità giuridica delle singole imprese⁸³, sconta l'incidenza dei possibili rischi di conflitto tra ordinamenti, attestandosi di conseguenza su meccanismi di consolidamento dichiaratamente "minimali"⁸⁴. E precisamente, la gestione unitaria e coordinata dell'insolvenza del gruppo si traduce esclusivamente nella duplice previsione, indirizzata alle autorità giurisdizionali e agli organi delle singole procedure, dell'obbligo di scambiarsi ogni informazione utile ai fini della gestione efficace delle stesse e della possibilità di attivare – su base volontaria e discrezionale⁸⁵ – una procedura di coordinamento, con contestuale nomina di un unico coordinatore investito di poteri autonomi, per quanto non vincolanti.

Nei suoi tratti essenziali, pertanto, la disciplina europea si segnala esclusivamente per l'istituzione di un (per vero blando) dovere di cooperazione nella gestione e nella sorveglianza degli affari⁸⁶, preordinato a minimizzare i costi di transazione

⁸² Si allude al Reg. (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 sulle procedure di insolvenza (refusione), pubblicato sulla G.U. della UE il 5 giugno 2015 ed efficace a far data dai procedimenti avviati il 26 giugno 2017. Sul regolamento cfr., in luogo di molti, PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fall.* 2016, 1153 ss.

⁸³ L'adesione del Regolamento al modello del consolidamento *procedimentale*, con conseguente ripudio della *substantive consolidation*, emerge sin dai considerando introduttivi. Si legga al riguardo il considerando n. 54, a mente del quale «al fine di migliorare ulteriormente il coordinamento delle procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società e di consentire la ristrutturazione coordinata del gruppo, il presente regolamento dovrebbe introdurre norme *procedurali* relative al coordinamento delle procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società. Tale coordinamento dovrebbe cercare di assicurare l'efficienza del coordinamento, *rispettando nel contempo la distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo*». Gli obiettivi delle procedure di coordinamento di gruppo sono poi ulteriormente precisati ai successivi considerando n. 57 e 58, ove si prevede che «le procedure di coordinamento di gruppo dovrebbero sempre mirare a facilitare l'efficace gestione delle procedure d'insolvenza di società del gruppo e avere un impatto generalmente positivo per i creditori» e che «i vantaggi delle procedure di coordinamento di gruppo non dovrebbero essere minori dei costi di tali procedure».

⁸⁴ La dottrina ha nel complesso reagito in maniera critica all'approccio invalso nell'ordinamento europeo, sottolineandone in particolar modo lo scarso tenore precettivo: cfr., in luogo di molti e per limitare lo spettro agli Autori italiani, MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 228 e nt. 21 e LATELLA, *La crisi dei gruppi di società nella riforma dell'insolvenza transfrontaliera: profili generali*, in *Giur. it.*, 2018, 484 s., ove in particolare «la sensazione di un coordinamento "debole", tradotto nella possibilità di gestire le procedure mediante azioni a base volontaristica, a efficacia ridotta e, comunque, non cogente, la cui "forza" giuridica non appare essere quella di incidere su posizioni soggettive – quali sono quelle spettanti ai creditori delle società del "gruppo insolvente" –, quanto piuttosto quella di generare "protocolli" e "accordi" dai quali è sempre possibile recedere senza (apparente) sanzione legale».

⁸⁵ Anzi, il considerando n. 56 al Regolamento ha cura di precisare proprio che «per assicurare il carattere facoltativo delle procedure di coordinamento di gruppo, gli amministratori delle procedure di insolvenza coinvolti dovrebbero potersi opporre alla loro partecipazione alla procedura entro un termine stabilito» e, allo stesso modo, che «un amministratore delle procedure di insolvenza che abbia inizialmente obiettato all'inclusione nella procedura di coordinamento di gruppo dovrebbe successivamente essere in grado di chiedere di prendervi parte».

⁸⁶ Del resto, è stato al riguardo sottolineato in dottrina come «l'attuale assetto lascia, dunque, presagire un possibile funzionamento del sistema elaborato dal Reg. UE n. 848/2015 solo ove vi siano una comunione di intenti tra gli organi delle varie procedure e l'assenza di forti conflitti tra i protagonisti delle stesse»

inevitabilmente connessi ad un'eventuale azione "disaggregata" da parte del singolo organo; un dovere al quale può far seguito la misura – che di quella disciplina condensa il massimo livello di integrazione – della predisposizione di un piano di coordinamento di gruppo, espressione di un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza e preordinato al ripristino della redditività e della solidità finanziaria del gruppo o di una parte di esso, anche attraverso la composizione delle controversie infragruppo e le azioni revocatorie⁸⁷.

Ebbene, di là dell'estrema genericità di tali indicazioni e del contenuto che, di conseguenza, può essere assunto dal piano di coordinamento di gruppo, la disciplina europea lascia trasparire l'assenza di qualunque prospettiva di contaminazione del principio di separazione delle procedure con le logiche del consolidamento, *tanto* sostanziale *quanto* processuale. Tant'è vero, infatti, che – finanche all'esito dell'apertura di una procedura di coordinamento – non soltanto resta esclusa qualunque ipotesi di confusione patrimoniale, ma non è previsto neppure alcun margine di accentramento della giurisdizione e della competenza territoriale in favore di un unico foro, con conseguente apertura di una procedura unitaria. Il che equivale allora a dire che ciascuna impresa insolvente resta soggetta alla sola procedura eventualmente aperta a suo carico, senza che, nella cornice del diritto concorsuale europeo, i legami di gruppo giustifichino alcuna deroga al principio di corrispondenza biunivoca tra soggetto, patrimonio e insolvenza.

Se il modello europeo si pone nel solco dell'impostazione condivisa a livello internazionale con riguardo all'insolvenza dei gruppi transfrontalieri, espressivo di un maggior livello di integrazione è il paradigma della *concentrazione* delle procedure. La sua cifra caratteristica, in particolare, può essere colta alla luce del confronto con il terzo dei modelli summenzionati (il *consolidamento* procedimentale vero e proprio), rispetto al quale la distinzione corre sul piano della "quantificazione" delle procedure aperte a carico delle diverse imprese del gruppo⁸⁸. Detto altrimenti, se nel modello della *concentrazione*

(GRACI, *Le procedure d'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società*, in *Giur. it.*, 2018, 490).

⁸⁷ Possibilità analoga è riconosciuta, con riguardo al trattamento dell'insolvenza dei gruppi multinazionali, dalla Raccomandazione n. 251 della Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL, ove la facoltà per i tribunali di pervenire all'«*appointment of a single or the same insolvency representative to administer insolvency proceedings concerning members of the same enterprise group in different States*»; e ritenuta foriera di non poche difficoltà, specialmente qualora all'unico soggetto incaricato di amministrare i patrimoni di diverse società insolventi si prospettino da compiere azioni idonee a «determinare uno spostamento di "valore" da una procedura ad un'altra», da VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, cit., 619.

⁸⁸ Per la distinzione tra concentrazione e consolidamento delle procedure cfr., in luogo di molti, D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 279 s., ove la conclusione per cui «nella prima vi è un fascio di procedure distinte, sia pure innanzi allo stesso tribunale e con gli stessi organi; nel secondo, vi è un'unica procedura». A questo riguardo, può non essere irrilevante sottolineare come il problema della natura giuridica del collegamento tra distinte procedure si sia posto anche nell'ordinamento interno in relazione all'art. 148 l.fall., il quale – com'è noto, e come si approfondirà meglio nel prosieguo dell'indagine – regola il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili. Anche in tale ipotesi, infatti, si assiste alla convergenza di più procedure di regolazione dell'insolvenza in un unico contesto di tempo e di spazio, il che ha dato luogo in dottrina al tradizionale dibattito tra concezioni monistiche e teorie pluralistiche del fallimento in estensione: un dibattito che, in sintesi, investe proprio l'alternativa tra l'opzione ricostruttiva in favore di un'unica procedura e la tesi che ravvisa, invece, più

si assiste esclusivamente all'accentramento presso un unico foro di procedimenti *distinti*, in quello del *consolidamento* la deroga agli ordinari criteri di competenza e la nomina di organi unici costituiscono, rispettivamente, presupposto e conseguenza dell'apertura di una procedura a tutti gli effetti *unitaria*; fermo restando, tuttavia, che in entrambi i casi l'unicità del procedimento e dell'ufficio concorsuale giammai prelude al consolidamento dei patrimoni⁸⁹.

5. Concentrazione di procedure e consolidamento procedimentale nella gestione dell'insolvenza di gruppo.

Così delineata la distinzione tra i diversi modelli di gestione della crisi dei gruppi astrattamente prospettabili, diviene allora agevole constatare come la disciplina italiana della liquidazione concorsuale delle imprese insolventi del gruppo si collochi tanto nell'alveo del *consolidamento* procedimentale vero e proprio, quanto in quello della mera *concentrazione* di procedure⁹⁰. I possibili sbocchi dell'insolvenza di gruppo si riducono, infatti, all'alternativa tra l'instaurazione di un obbligo di cooperazione tra gli organi di procedure *separate* e l'apertura di una procedura *unitaria*: l'unica peraltro che, a ben vedere, può essere etichettata quale procedura liquidatoria "*di gruppo*", quantunque essa abbia ad oggetto, al pari dell'amministrazione straordinaria, non già il *gruppo insolvente* in quanto tale, bensì (la mera sommatoria del)le *imprese insolventi* dello stesso⁹¹.

procedimenti *distinti*, sebbene collegati da un rapporto di «pregiudizialità necessaria *ex lege*» (per una sintesi cfr. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società di persone*, in *Il fallimento delle società. Gli aspetti processuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. X, *Il fallimento delle società*, Padova, 1988, 164 ss., ove anche il virgolettato, nonché, per l'idea secondo la quale il fallimento del socio sarebbe «distinto dal fallimento della società ma, al tempo stesso, a quest'ultimo intimamente *connesso*», NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 103, ove anche il rilievo per cui il primo è dotato di «caratteristici connotati di procedura ibrida e *sui generis*, in cui alla tendenziale autonomia si contrappone la forma dei collegamenti profondi e necessari con il collegamento della società»; da ultimo, in argomento cfr. DE CICCO, sub *Articolo 148. Fallimento della società e dei soci*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, *Artt. 124-215*, Milano, 2010, 261 ss.).

⁸⁹ In questo senso cfr., del resto, le indicazioni desumibili dalla Parte III della Guida Legislativa dell'UNCITRAL, § 22: «*Although administered in a coordinated manner, the assets and liabilities of each group member involved in the procedural coordination remain separate and distinct, thus preserving the integrity and identity of individual group members and the substantive rights of claimants. Accordingly, the effect of procedural coordination is limited to administrative aspects of the proceedings and does not touch upon substantive issues*».

⁹⁰ Tale è la conclusione cui del resto è giunta la dottrina che ha sinora esaminato la disciplina delle procedure di gruppo: cfr. in particolare (benché con prevalente riguardo al concordato preventivo di gruppo) D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 286 ss. Con riguardo invece alla liquidazione giudiziale di gruppo cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 312.

⁹¹ Al pari della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, nella sua variante "*di gruppo*" di cui agli artt. 80 ss. del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 [e cfr. sul punto, ovviamente, LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 152 ss. (ma per la prospettiva opposta, *id est*, per «una ipotesi del gruppo insolvente anziché solo di imprese insolventi del gruppo», tesi che tuttavia l'Autore non ritiene «possa essere avanzata già adesso», cfr. pp. 207 ss.); MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013, 100 ss.; NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 233 s.; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella*

In tal senso depone, infatti, la lettura degli artt. 287 e 288 del Codice, i quali, secondo una logica comune anche alla disciplina delle soluzioni negoziali della crisi del gruppo, sottendono una bipartizione di fondo. Il *primo*, infatti, prevede la facoltà per due o più imprese appartenenti al medesimo gruppo di presentare un «*unico ricorso*» per l'accesso ad una «procedura di liquidazione giudiziale *unitaria*»⁹², mentre il *secondo*, per quanto palesemente mal collocato all'interno del relativo Capo⁹³, regola l'eventualità in cui vengano aperte «*separate procedure di liquidazione giudiziale*»: ciascuna, cioè, a carico della *singola* impresa insolvente del gruppo e ciascuna nel rispetto degli ordinari criteri di competenza territoriale. Il tutto, infine, con la precisazione per cui soltanto nella *prima* eventualità – per le ragioni di cui si dirà nel prosieguo del lavoro – è espressamente previsto che sia garantita «l'autonomia delle masse attive e passive» delle singole imprese del gruppo.

Ciò posto, non resta che chiarire come allo scioglimento dell'alternativa nell'uno senso oppure nell'altro concorrano tanto il contenuto della domanda di parte, quanto la valutazione del tribunale in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge ai fini dell'unificazione delle procedure. A tale conclusione conduce, infatti, il tenore letterale dell'art. 287 del Codice, nella parte in cui la norma qualifica espressamente la presentazione dell'unico ricorso per l'accesso alla procedura unitaria nei termini di una mera *facoltà* e non di un obbligo per le imprese insolventi del gruppo⁹⁴: una scelta, allora, che in quanto tale non potrà che competere in prima battuta alla capogruppo⁹⁵, costituendo – anzi – espressione anch'essa dell'attività di direzione e coordinamento e prestandosi,

disciplina dei gruppi di società, cit., 55 s.], anche il Codice della crisi non sembra aver regolato l'insolvenza “del gruppo” (o, sotto altra prospettiva, il “gruppo insolvente”), in quanto destinatarie della procedura restano pur sempre – nella sua variante unitaria – «più imprese in stato di insolvenza, appartenenti al medesimo gruppo» e – nella variante coordinata – «più imprese appartenenti a un medesimo gruppo [che] siano assoggettate a separate procedure di liquidazione giudiziale». Il che implica allora come sia esclusa qualunque considerazione, ai fini dell'apertura della procedura, dell'insolvenza del gruppo unitariamente considerato.

⁹² Ricorso, peraltro, che la dottrina processualistica che per prima ha commentato le disposizioni del Codice della crisi relative ai gruppi ha definito come un «atto cumulativo o complesso, risultante dalla combinazione di più atti semplici imputabili alle distinte imprese del gruppo»: escludendo cioè che l'art. 287 del Codice abbia introdotto un'ipotesi nuova di legittimazione straordinaria ad agire (così MONTANARI, *Profili processuali del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 909 s., ove anche il virgolettato).

⁹³ Per tale rilievo, che non fa che confermare la scarsa qualità della tecnica legislativa con cui sono state concepite le norme del Codice dedicate ai gruppi, cfr. SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, in *Giur. it.*, 2019, 2024.

⁹⁴ In tal senso cfr. NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 24; SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2018 e MONTANARI, *Profili processuali del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, cit., 910 s. e nt. 97.

⁹⁵ Si consideri al riguardo quanto sostenuto in chiave critica da MEO(-PANZANI), *Procedure unitarie “di gruppo” nel codice della crisi*, in *www.ilcaso.it.*, *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 20 dicembre 2019, 29 s., il quale, muovendo proprio dal presupposto per cui «l'unitarietà della procedura dipende sempre dal ricorso» ed «è compito dei ricorrenti allegare e dimostrare la sussistenza delle opportunità di coordinamento nella liquidazione degli attivi in funzione del miglior interesse dei creditori», evidenzia come si sia in presenza di una «curiosa novità del sistema», in quanto il procedimento per l'accesso alla procedura unitaria sostanzialmente «imbriglia il curatore nel percorso delineato dal ricorrente».

pertanto, ad essere valutata secondo i paradigmi propri di tale categoria concettuale⁹⁶. Il che allora potrebbe non escludere che, alla luce dell'entità e delle caratteristiche della crisi in atto, nonché della struttura del gruppo insolvente, l'accesso alla procedura unitaria costituisca in concreto un'opzione *latamente doverosa* per la capogruppo, nell'ottica dell'adozione delle strategie di gestione dell'insolvenza più idonee alla salvaguardia del valore del gruppo⁹⁷.

Tanto premesso, resta comunque il fatto che l'apertura della liquidazione giudiziale di gruppo è testualmente subordinata ad una positiva valutazione, da parte del tribunale investito della domanda, in ordine all'opportunità di «forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione del miglior soddisfacimento delle imprese del gruppo»⁹⁸: una valutazione, quest'ultima, che si baserà – tra i vari fattori – «[sui] preesistenti reciproci collegamenti di natura economica o produttiva, [sulla] composizione dei patrimoni delle diverse imprese e [sulla] presenza dei medesimi amministratori» e il cui esito negativo metterà verosimilmente capo alla riproposizione, dinanzi ai singoli tribunali territorialmente competenti, di tante domande quante sono le imprese insolventi del gruppo⁹⁹. Ciò con la precisazione per cui, nell'eventualità in cui vengano disposte procedure distinte, l'art. 288 del Codice prevede che «gli organi di gestione [...] cooperano per facilitare la gestione efficace» delle stesse, avvalendosi a tal fine, anche in assenza di ulteriori indicazioni legislative, dei canali in concreto più confacenti all'assetto industriale, nonché alle caratteristiche della crisi del singolo gruppo¹⁰⁰.

Sotto tale ultimo profilo, è del resto opinione comune – ed in linea di principio condivisibile – come, al pari delle norme di diritto societario applicabili ai gruppi¹⁰¹, anche le relative regole *concorsuali* debbano essere connotate da un sufficiente grado di

⁹⁶ Uno spunto già in SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, cit., 29, ove il rilievo per cui «la gestione della crisi è pur essa atto di organizzazione e gestione del gruppo, come tale rimessa alla discrezionalità imprenditoriale della capogruppo» e, *amplius*, 36.

⁹⁷ Sul tema dei doveri della capogruppo in relazione alla prevenzione e alla gestione della crisi dei gruppi, funzionali ad evitarne la propagazione “a catena”, cfr., per tutti, TOMBARI, *Crisi d'impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della capogruppo. Prime considerazioni*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, cit., 67 ss. e MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, cit., 2693 ss.

⁹⁸ In tal senso cfr. SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 56, ove il rilievo per cui la liquidazione giudiziale di gruppo è «soltanto *eventuale*, come si ricava espressamente dalla lettura dell'art. 289 CCI, che a tale riguardo lascia la decisione al tribunale adito».

⁹⁹ In tal senso depono infatti la constatazione per la quale il dovere di coordinamento tra gli organi delle varie procedure aperte a carico delle singole imprese in crisi o insolventi del gruppo è stato concepito dalla riforma quale «soluzione di *default* nel caso di mancanza dei presupposti per la concentrazione o consolidamento» (D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 280).

¹⁰⁰ Per un primo commento alle potenzialità e alle criticità della norma cfr. VATTERMOLI, *Le procedure concorsuali autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, cit., 81 ss.

¹⁰¹ Al riguardo cfr. – ovviamente – SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 517 ss.

flessibilità, in modo tale da attagliarsi alla mutevole fenomenologia del gruppo di imprese¹⁰². È da tempo acquisito, in altri termini, come un'ottimale regolazione della crisi e dell'insolvenza del gruppo debba scartare un approccio analitico e, potrebbe dirsi, "vincolistico" alle soluzioni concorsuali praticabili, per orientarsi al contrario verso modelli di gestione che, all'interno di una cornice di principi e di criteri direttivi, rimettano alla capogruppo e agli organi della procedura la scelta in ordine al livello di integrazione delle strategie concretamente opportuno: il tutto in considerazione, per l'appunto, della *morfologia* del singolo gruppo insolvente¹⁰³.

In quest'ottica, può allora ipotizzarsi come, nell'architettura del Codice della crisi, l'alternativa tra il consolidamento e la cooperazione tra procedure riposi in linea di massima sulla distinzione fattuale tra gruppi *accentrati* e gruppi *decentrati*¹⁰⁴. Soltanto nei primi, infatti, è ragionevole prevedere l'esistenza di quelle ragioni di opportunità che giustificano l'unificazione delle procedure e la gestione "in comune" delle relative fasi, con particolare riguardo alle operazioni di liquidazione degli attivi; laddove, al contrario, al cospetto di gruppi "disintegrati" sotto il profilo economico e organizzativo, la salvaguardia e l'ottimizzazione del valore del gruppo potrebbe transitare anche attraverso la mera cooperazione, finanche blanda, tra gli organi di separate procedure¹⁰⁵.

¹⁰² In tal senso cfr., in luogo di molti, NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 23 s.; VATTERMOLI, *Le procedure concorsuali autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo*, cit., 77; SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 677 s., ove anche l'evidente parallelismo tra la regolazione del gruppo *in bonis* e il trattamento giuridico della relativa insolvenza in sede concorsuale. L'approccio era stato suggerito con particolare enfasi da SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, II, 656, ove la constatazione del «pressante bisogno di nuove regole per disciplinare le peculiari tecniche di gestione di una crisi di gruppo congegnate dall'autonomia privata. Regole che, però, sarebbe opportuno fondare su clausole generali le quali, adattando al peculiare contesto delle procedure concorsuali principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale già presenti nel diritto societario, [...] [siano] idonee ad assicurare [...] un efficiente esercizio della discrezionalità del giudice nell'includibile comparazione dei presumibili vantaggi che, nella peculiare ottica dell'interesse comune dei creditori di tutte le società del sodalizio, prospetta nel caso specifico una gestione aggregata della crisi o dell'insolvenza del gruppo».

¹⁰³ Una rassegna dei fattori che diversificano la fenomenologia dei gruppi è rinvenibile da ultimo in SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 676 s., ove anche la distinzione tra «gruppi di società che hanno in comune soltanto l'identità del socio in posizione di controllo o la fonte di approvvigionamento finanziario e gruppi in cui le società che ne fanno parte esercitano ciascuna una fase o un frammento di un'impresa economicamente unitaria, o comunque *verticalmente integrata* in senso forte; gruppi nel cui ambito si esercitano attività economiche ad alto grado di interrelazione e complementarità reciproca e gruppi, per converso, ad attività fortemente eterogenee e non correlate, se non sul piano meramente finanziario; gruppi ad elevata integrazione organizzativa (in cui le diverse società esibiscono amministratori in comune, uffici e servizi in comune, uso promiscuo del personale dipendente e talora persino una medesima sede ed un medesimo recapito telefonico) e gruppi in cui le diverse entità sono organizzativamente del tutto distanti e separate l'una dall'altra» (enfasi aggiunta).

¹⁰⁴ Una proposta analoga – combinata per la verità con l'ulteriore criterio dell'«ambito "geografico"» in cui i vari modelli di gestione sono destinati ad operare – era stata già avanzata da MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 230 e nt. 26.

¹⁰⁵ In tal senso cfr. già PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 603, ad avviso del quale «l'estensione di procedure concorsuali da una ad altra entità legate da vincoli di gruppo [...], se può giustificarsi quando si tratta di imprese gestite in tutto o in parte dal medesimo apparato organizzativo, ed

6. La liquidazione unitaria dell'attivo e la prosecuzione dell'impresa nella liquidazione giudiziale (di gruppo e non).

Appurato, quindi, che l'accesso ad una procedura *unitaria* di liquidazione giudiziale costituisce – quantomeno in astratto – lo strumento elettivo per la gestione dell'insolvenza dei gruppi connotati da un certo grado di integrazione economica ed industriale, non resta che chiedersi in quali termini ed entro quali limiti le relative regole consentano l'accentramento e l'unificazione degli adempimenti e delle fasi in cui è scandita la procedura, così attuando sul piano operativo i principi teorici del consolidamento procedimentale.

Viene in rilievo a tal fine lo stesso art. 287 del Codice della crisi, a mente del quale – come si è accennato – la domanda di accesso alla liquidazione giudiziale di gruppo viene ammessa qualora «risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo». Da tali indicazioni, infatti, potrebbe essere ragionevole desumere come la procedura unitaria sia stata concepita quale cornice di una *liquidazione coordinata* dell'attivo del gruppo, prodromica, nelle intenzioni della riforma, ad una cessione aggregata dell'intero complesso aziendale o di una parte rilevante dello stesso: e ciò secondo priorità non dissimili da quelle che risultano da tempo sottese alla disciplina *generale* della liquidazione dell'attivo nel fallimento e, oggi, nella liquidazione giudiziale.

Non è arduo avvedersi, in effetti, delle analogie esistenti sul piano funzionale tra una liquidazione coordinata degli *assets* di pertinenza del gruppo e «la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco» che, ai sensi dell'art. 214 del Codice (ma già dell'art. 105 l.fall.)¹⁰⁶, deve essere disposta *con prevalenza* rispetto alla «liquidazione dei singoli beni» dell'impresa insolvente¹⁰⁷. Ciò che distingue le due fattispecie è infatti il diverso *perimetro oggettivo* della cessione aggregata¹⁰⁸: la quale coinvolge cioè, *nell'un caso*, cespiti afferenti ad una sola impresa,

in particolare quando le imprese operano nel medesimo settore od in settori complementari, non ha solido fondamento in assenza di tale presupposto».

¹⁰⁶ Da taluno definita quale «sorta di *Grundnorm* della liquidazione fallimentare» (così ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano, 2013, 74). Nella medesima prospettiva, tutto il complesso di norme che ruota intorno alla prosecuzione dell'impresa, all'affitto dell'azienda e alla sua cessione aggregata, ivi compresa l'istanza di programmazione della liquidazione sottesa alla redazione del programma di liquidazione, è stato definito il «punto focale» della nuova disciplina del fallimento (così RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 191) o il suo «baricentro [...] primo tassello di un modello disciplinare» che si presta ad essere trattato unitariamente (così PACIELLO, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 916).

¹⁰⁷ E ciò sul presupposto – da tempo evidenziato in dottrina – per cui la «disintegrazione dell'azienda» rappresenta «uno degli inconvenienti più temibili della procedura fallimentare» (così RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, 1).

¹⁰⁸ L'analogia è evidenziata da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 55 s., ove proprio il rilievo per cui «la *ratio* dell'unitarietà della procedura di gruppo [...] non risulta allora eterogenea rispetto a quella che guida la stessa liquidazione dell'attività delle imprese monadi, come indicata dall'art. 214 del CCI: dare preferenza alla realizzazione unitaria dell'intero complesso aziendale –

intesa in senso soggettivo, e *nell'altro* i beni di più imprese soggettivamente distinte, ma nondimeno considerate in una prospettiva unitaria in ragione dei collegamenti esistenti tra i relativi patrimoni¹⁰⁹.

Senonché, il riferimento testuale alle sole operazioni di monetizzazione dell'attivo quale terreno del coordinamento tra procedure parrebbe lasciar intendere altresì come le stesse costituiscono la fase procedurale nella quale (si traduce e al contempo) *si esaurisce* il rilievo dell'unità di contesto impressa alla liquidazione giudiziale di gruppo. Un'impressione, quest'ultima, che sembrerebbe del resto confermata dalla lettura del terzo comma dell'art. 287 del Codice, a mente del quale «nel programma di liquidazione il curatore illustra le modalità del coordinamento nella *liquidazione degli attivi* delle diverse imprese».

Il combinato disposto delle due norme potrebbe cioè essere interpretato nel senso che il *presupposto* per l'apertura della procedura unitaria ne costituisca al tempo stesso il suo *limite*¹¹⁰: il che confermerebbe allora l'idea – peraltro autorevolmente sostenuta nei primi commenti alla riforma – per cui i profili di specialità della liquidazione giudiziale di gruppo risiederebbero *non tanto* nella «gestione della procedura (o delle procedure), dove potranno essenzialmente presentarsi ragioni di convenienza nel coordinamento delle attività liquidative, là dove nelle diverse masse attive fossero presenti cespiti complementari che possa essere più proficuo realizzare insieme», *quanto* negli «effetti della procedura sulla passata attività gestoria dell'“unica” impresa, ossia sull'intreccio dei rapporti tra le diverse unità»¹¹¹.

in questo caso riferibile all'impresa di gruppo, ma giuridicamente dislocato, *in thesi*, in capo ai diversi soggetti che vi concorrono – oppure, in via gradata, di suoi rami o di rapporti in blocco, anziché dei singoli beni che lo compongono».

¹⁰⁹ In una prospettiva speculare a quella evidenziata nel testo, si è del resto sostenuto come la situazione sia in concreto destinata complicarsi in presenza di «procedure di insolvenza non “di gruppo” in contesti “di gruppo”», che ricorrono in tutti quei casi in cui «l'azienda sia formalmente articolata in più unità autonome sul piano giuridico-formale e tuttavia inscindibilmente connesse sul piano operativo e gestionale, ove non addirittura su quello patrimoniale e finanziario» ma, ciò nondimeno, si assista soltanto al «fallimento della società che controlla altre società non fallite o addirittura non fallibili»: uno scenario, quest'ultimo, in cui «l'eterogeneità dei fini della procedura di insolvenza rispetto a quelli di un'operazione di ristrutturazione che coinvolga anche le controllate non fallite implica la formulazione, da parte dell'organo di procedura, di piani di dismissione del compendio aziendale unitario rispetto a cui potrebbero risultare confliggenti gli interessi sottostanti alle singole unità del compendio inscindibile» (MEO, *Ristrutturazione mediante circolazione dell'azienda e modelli competitivi*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 442).

¹¹⁰ Soluzione, quest'ultima, che parrebbe essere stata prospettata – se ben se ne intende il pensiero – da SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 675 s., secondo la quale «meno intenso il significato che la medesima qualificazione “di gruppo” assume quando si discorre della procedura di liquidazione giudiziale (l'odierno fallimento), risiedendo in questo caso il profilo dell'unità in “forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi” (art. 287 c.c.i.i.)», nonché, seppur in termini dubitativi, da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 30 s. Più esplicita è la posizione dell'Autore in ID.-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, V ed., Bologna, 2021, 499, ove il rilievo per cui «nessuno spostamento di risorse da un gruppo di creditori ad un altro è possibile in sede di liquidazione unitaria», ragion per cui «la liquidazione giudiziale di gruppo [è] in realtà “unitaria” solo dal punto di vista meramente procedurale».

¹¹¹ Il virgolettato in D'ALESSANDRO, *Gruppi, codice della crisi e incroci coasiani*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, cit., 13 s. (enfasi aggiunta), muovendo a tal fine dal presupposto per cui «le ragioni dell'impresa come tale non possono [...] se non dissolversi totalmente con l'apertura della procedura

Ora, se del rilievo centrale delle azioni di responsabilità e delle revocatorie infragruppo nel quadro delle regole sull'insolvenza di gruppo non è dato dubitare, tant'è vero che alla seconda tematica sarà necessario dedicare alcune considerazioni più approfondite, ciò su cui è invece consentito interrogarsi è l'effettiva correttezza di un'interpretazione *escludente* dell'art. 287 del Codice della crisi e del riferimento, ivi contenuto, alla sola liquidazione degli attivi: trattandosi, cioè, di verificare se momenti di coordinamento in pendenza della procedura siano concepibili anche nella fase *precedente* la cessione degli *assets* di pertinenza del gruppo e, segnatamente, in uno scenario nel quale al curatore si imponga, per ragioni di convenienza e proprio in funzione della massimizzazione del valore dell'attivo, l'opportunità della *prosecuzione interinale* dell'attività del gruppo¹¹².

Si tratta, d'altra parte, di un problema dal rilievo teorico e pratico non trascurabile. Ed invero, sul piano innanzitutto operativo, non dovrebbero esservi dubbio sul fatto che la gestione dell'impresa di gruppo in costanza della procedura possa dischiudere esigenze e problematiche non dissimili, a livello empirico, da quelle che si profilano in presenza della direzione unitaria del gruppo *in bonis*. Sia sufficiente considerare, al riguardo, l'eventualità in cui l'esercizio dell'impresa disposto venga disposto anche soltanto ai fini dell'ultimazione dei cicli produttivi in corso, nell'ambito di una filiera articolata – come sovente accade – su più imprese distinte, ciascuna incaricata di una specifica lavorazione: in tale contesto non può non apparire non solo economicamente, ma anche logicamente

concorsuale», trascinando con sé «le ragioni dell'unità del fenomeno, quella direzione comune che, come siamo soliti rendere conto del gruppo come unica impresa e che dunque, cessata irreversibilmente l'attività imprenditoriale, resta senza oggetto e si dissolve».

¹¹² Del resto, è alla luce di quanto rimarcato nel testo – ovverosia, della ravvisata esistenza di un nesso di strumentalità o, quanto meno, di *pregiudizialità* in senso logico e temporale tra la liquidazione in blocco del patrimonio dell'impresa insolvente e un'eventuale opzione da parte del curatore per la prosecuzione interinale dell'attività (della continuazione dell'attività quale «premessa logicamente necessaria alla forma di vendita preferita», ovverosia la cessione in blocco dell'azienda, discorre infatti MASTURZI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. II, Artt. 64-123, Milano, 2010, 962) – che si spiega la posizione di quanti in dottrina si siano interrogati sul «se la regola in materia di vendite, che obbliga alla liquidazione in blocco se in previsione più vantaggiosa per i creditori, e che quindi impone implicitamente un confronto tra le due alternative, “retroagisca” in qualche modo su tutte le precedenti decisioni degli organi della procedura» (così FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011, 34 s.), imponendo, ad esempio, la proposta di esercizio provvisorio o di affitto d'azienda nelle eventualità in cui una soluzione conservativa rende percorribile la liquidazione in blocco del complesso aziendale: quesito, al quale, pur con tutte le precisazioni del caso concreto, pare potersi fornire una risposta affermativa (uno spunto in questo senso in MEO, *Ristrutturazione mediante circolazione dell'azienda e modelli competitivi*, cit., 446, ove il convincente rilievo per cui «l'interesse cui la liquidazione è servente è quello dei creditori al massimo riparto, e, tuttavia, ogni volta che il bene oggetto di cessione sia un'azienda, i profili concernenti la prosecuzione dell'attività non sono privi di rilevanza»). Peraltro, proprio con riguardo alla gestione dell'insolvenza di gruppo un interrogativo analogo a quello prospettato nel testo era stato già posto, seppure con riguardo alla disciplina di cui alla legge fallimentare – e, quindi, in assenza di una cornice processuale unitaria in cui attrarre le imprese insolventi del gruppo – da F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010, 34 ss., ove l'idea della configurabilità di una «sorta di esercizio provvisorio di gruppo», veicolato attraverso scelte gestorie «consone a realizzare quelle sinergie che anche nella fisiologia del gruppo avevano consigliato lo svolgimento coordinato dell'attività d'impresa», sebbene a condizione che sia «preservata e conservata la separatezza delle masse attive e passive».

insostenibile l'avvio di *singoli* esercizi provvisori dell'impresa, ciascuno destinato ad esaurire i propri effetti nella relativa fase del ciclo produttivo.

Basterebbero tali elementari considerazioni di carattere empirico a confermare l'assoluta rilevanza del problema. L'impressione della sua indifferibilità è tuttavia destinata a crescere esponenzialmente non appena si tenga a mente la centralità assegnata alla continuità aziendale nel diritto concorsuale riformato, e ciò *tanto* all'interno delle procedure negoziali, *quanto* in una certa misura anche nella nuova liquidazione giudiziale.

Se, infatti, è oltremodo noto l'atteggiamento di favore per la prosecuzione dell'attività nel concordato preventivo, oggi cristallizzato nelle preclusioni erette dall'art. 85 del Codice della crisi ai piani concordatari *non* in continuità¹¹³, considerazioni analoghe valgono, tuttavia, anche per l'esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale: rispetto al quale, anzi, la riforma introduce alcune novità di non poco momento, che parrebbero addirittura ribaltare il tradizionale modo d'intendere un istituto sino ad oggi considerato una parentesi tutto sommato *eccezionale*¹¹⁴ nell'ambito di una procedura il cui avvio rappresenta tendenzialmente la "pietra tombale" dell'attività d'impresa e l'inevitabile preludio della sua integrale dissoluzione¹¹⁵.

¹¹³ Si mutua al riguardo l'impostazione adottata da PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, cit., 391 ss., secondo il quale l'unica fattispecie di concordato positivamente definita dal Codice della crisi è il concordato in continuità, mentre quello liquidatorio non presenta connotati suoi propri, costituendo al contrario «una *fattispecie residuale*, suscettibile di essere determinata soltanto per "sottrazione" in rapporto al perimetro del concordato in continuità».

¹¹⁴ Ravvisa non a caso nella continuazione dell'esercizio dell'impresa una «decisione di una gravità eccezionale, perché, dando luogo a debiti della massa, può portare all'assorbimento da parte dei nuovi creditori di tutto l'attivo esistente con pregiudizio non solo dei creditori chirografari, ma degli stessi privilegiati» FERRARA *sr.*, *Il fallimento*, Milano, 1974.

¹¹⁵ Per tali considerazioni cfr., in luogo di molti, GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559, ove altresì il nesso tra tale concezione della prosecuzione dell'attività e il «sistema economico concorrenziale secondo il classico modello liberale», nella cornice del quale «il fallimento, come fattispecie di estinzione liquidativa dell'impresa inefficiente, libera risorse male impiegate per porle a disposizione di impieghi più efficienti e produttivi»: realizzando così, unitamente all'interesse dei creditori, anche quello generale della collettività. A conferma dell'influenza dei principi economici sul modo tradizionale di intendere istituti di diritto concorsuale – quale, su tutti l'esercizio provvisorio dell'impresa – è sempre utile richiamare il pensiero di EINAUDI, *Intorno al credito industriale – Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, 119 s., ove proprio il rilievo per cui finalità precipua del fallimento è quella di «lasciar fallire coloro che meno sono in grado di vivere [...] evitando di mantenere in vita i deboli con scarso vantaggio e con molto danno dei forti e dei prudenti i quali possono sperare un ritorno a condizioni normali solo quando il terreno sarà liberato dalla vegetazione parassitaria che l'intristisce». Un'idea, quest'ultima, che non ha mancato di influenzare la ricostruzione in ambito giuridico delle finalità del fallimento, le quali sono state sovente identificate in «soddisfazione forzata dei creditori, eliminazione dei pregiudizievole effetti dell'insolvenza, inibizione degli effetti futuri di questa», e ciò mediante «l'eliminazione dell'impresa del debitore mediante l'integrale liquidazione della massa attiva di lui» (così ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 282 s.). Del resto, anche all'esito delle recenti riforme è rimasta diffusa in dottrina l'idea per la quale «l'esercizio provvisorio ad opera della curatela, nonostante l'ampliamento normativo che ne contempla le potenzialità di istituto funzionale alla valorizzazione dell'attivo, o almeno al contenimento del depauperamento dei valori aziendali, rimane nel suo complesso un fenomeno eccezionale, e meglio ancora residuale (rispetto all'affitto), estraneo per sua natura alla fisiologia dei compiti dell'ufficio fallimentare, che può essere autorizzato solo in casi particolari e nei limiti e con le garanzie previste dalla legge» (in questi termini

Due sono in quest'ottica le indicazioni di diritto positivo a venire in rilievo.

Ed innanzitutto, l'art. 211 del Codice della crisi oblitera, già a partire dalla sua rubrica, il riferimento al carattere "provvisorio" dell'esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale¹¹⁶, al contempo invertendo il tradizionale rapporto tra *regola* ed

FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. III, *Il fallimento. Inventario – Gestione dell'impresa – Liquidazione e distribuzione dell'attivo – Chiusura – Esdebitazione – Disciplina del sovraindebitamento – Procedure concorsuali transfrontaliere*, Milano, 2016, 149, ma la constatazione è risalente: con riguardo alla disciplina previgente cfr. già LIBONATI, *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Scritti giuridici*, vol. II, *Società quotate e mercati finanziari. Titoli di credito e strumenti finanziari. Banche e operazioni bancarie. Crisi delle imprese. Saggi di vario diritto*, Milano, 2013, 712, 714, 717 e 719 e JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 526). Al riguardo, merita tuttavia soffermarsi su due aspetti del problema. *Da un lato*, infatti, è significativo notare come la diffusa constatazione della natura eccezionale dell'istituto durante la vigenza della legge fallimentare del 1942 si spieghi in misura determinante alla luce di considerazioni di carattere storico (per le quali cfr. l'analisi diacronica di RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 123 ss.): basti considerare sul punto come nel vigore del Codice di commercio del 1882 la continuazione dell'impresa del fallimento era divenuta la regola, al punto che, al fine di evitare «deplorati abusi» sotto forma di «speculazione per il curatore a danno dei creditori» (così PUPA, *Del fallimento, del concordato preventivo e dei piccoli fallimenti*, Torino, 1931, 314 e nt. 2, *non vidi*, ma citato da BASSI, *L'esercizio provvisorio*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi, vol. III, *La custodia e l'amministrazione. L'accertamento del passivo. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura del fallimento*, Padova, 2011, 307 s.), la legge 10 luglio 1930, n. 995 restrinse l'ambito di applicazione dell'istituto, privando il giudice delegato del potere di disporlo nella fase iniziale della procedura (trasferendo il relativo potere al tribunale) e ancorandolo *solo* all'eventualità che dall'interruzione improvvisa dell'attività derivasse un «danno grave e irreparabile ai creditori»; il che giustifica l'atteggiamento di «sfiducia» o di «diffidenza» (così RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 132 s.) con il quale il legislatore del 1942 e la prassi concorsuale hanno reagito all'applicazione dell'art. 90, prima, e 104, poi, l.fall. *Dall'altro*, e in una prospettiva diametralmente opposta, merita segnalare come, già con riguardo alla disciplina vigente prima della stagione di riforma del diritto fallimentare del 2006, vi fosse al contrario chi, muovendo dalla «duplicità di disciplina» che distingue la «materia civile» dalla «materia commerciale» e che, in ambito fallimentare, non può che comportare «una diversa tutela del diritto di credito», notava come l'esercizio provvisorio dell'impresa non potesse essere visto come «uno strumento destinato solo ad agevolare od a rendere più redditizia la liquidazione o comunque più pingue il ricavato dalla vendita dell'attivo fallimentare»; al contrario, ad esso andava riconosciuta «una vera e propria funzione di amministrazione, se pure nei limiti che il Tribunale in ogni caso dovrà fissare» (in questi termini SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 200).

¹¹⁶ La novità è stata notata anche da PANZANI, *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, in *Fall.*, 2019, 1149 s., il quale tuttavia, pur avendo segnalato come la riforma abbia «dettato norme in tema di esercizio provvisorio per incentivare la prosecuzione dell'attività d'impresa, purché compatibile con la tutela dei creditori» e come «coerentemente con tale impostazione non si parla più di esercizio provvisorio, ma più genericamente di "esercizio dell'impresa"», giunge nondimeno alla conclusione per cui «nonostante la riduzione dei vincoli alla prosecuzione dell'attività d'impresa, di fatto i casi in cui vi si farà luogo rimarranno limitati». Di «declamazione formale» discorre, al riguardo, anche D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 71. Interessante è comunque rilevare, al riguardo, come l'argomento testuale sia stato talora valorizzato in dottrina (cfr. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007, 290) al fine di restringere la portata applicativa dell'istituto dell'esercizio – appunto – "provvisorio" dell'impresa, ritenendolo strumento «non fine a sé stesso, ma finalizzato a una migliore liquidazione, e dunque a un maggiore realizzo per i creditori». Ora, non s'intende certo sostenere che la sola eliminazione dell'aggettivazione "provvisorio" valga di per sé a sdoganare l'impiego dell'esercizio provvisorio per qualunque finalità astrattamente concepibile, e in particolare anche per scopi non liquidatori (o, meglio ancora, di mero risanamento dell'iniziativa) o non strettamente concorsuali (e quindi di politica sociale o lavoristica). Contro tale deriva depongono infatti *non soltanto* la collocazione dell'istituto

eccezione sino ad oggi pacificamente considerato vigente in materia di effetti del fallimento sull'attività d'impresa esercitata dal debitore. Sia sufficiente osservare, al riguardo, il diverso tenore letterale delle pertinenti disposizioni concorsuali: se, infatti, l'art. 104 l.fall. lasciava intendere, pur in assenza di un'indicazione espressa, che l'apertura della procedura determina quale suo effetto *naturale* la cessazione dell'impresa, salvo che ricorrano i presupposti per una sua provvisoria continuazione, la norma del Codice dispone invece, sebbene con una certa enfasi, che «l'apertura della liquidazione giudiziale *non* determina la cessazione dell'attività d'impresa», qualora ricorrano le condizioni che, ai sensi dei due successivi commi, abilitano il tribunale ovvero il giudice delegato ad autorizzare il curatore a «proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda»¹¹⁷.

Potrebbe a dire il vero obiettarsi che, quantunque i termini del rapporto tra prosecuzione e cessazione dell'impresa siano stati indubbiamente invertiti, la prima continui a costituire un'opzione tutto sommato marginale, in quanto comunque vincolata alla sussistenza di presupposti e condizioni che, nel loro complesso, rendono quello scenario tuttora di *non automatica* applicazione. Ciò nondimeno, non appare azzardato ipotizzare che la presenza di una norma formulata *in positivo* possa fornire una precisa indicazione agli organi della procedura e, segnatamente, tracciare un *ordine di priorità*

all'interno della liquidazione giudiziale, procedura alla quale sono per definizione estranee finalità di mero risanamento dell'iniziativa, *ma altresì* il nesso inscindibile tra prosecuzione dell'impresa e liquidazione dell'attivo: un legame, cioè, in virtù del quale, se è certamente vero che «amministrazione e liquidazione sono attività complementari nelle procedure concorsuali», nella misura in cui «la seconda presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività sino a quando non vengono venduti» (in questi termini FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, cit., 142 s.), non è men vero che l'istituto assume carattere intrinsecamente e – potrebbe dirsi – ontologicamente temporaneo, in quanto fruibile «a partire dalla fase embrionale fino a quella terminale della liquidazione dell'attivo» (così ancora FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, cit., 150). Piuttosto, l'intervento sul tenore della disposizione si presta ad essere esaminato – e conseguentemente valorizzato – nel più ampio contesto della riforma complessiva dell'istituto, dalla quale emerge da più parti l'intenzione di ampliare l'ambito di applicazione dell'esercizio dell'impresa, svincolandolo da presupposti espliciti (il danno derivante dall'interruzione dell'attività, del quale si tratterà *infra* nel testo) e, al contempo, da vincoli impliciti, quali quelli derivanti dalla sua espressa qualificazione come misura ontologicamente e necessariamente “provvisoria”.

¹¹⁷ Del resto, si veda al riguardo quanto illustrato nella Relazione di accompagnamento al Codice della crisi, nella quale si legge come «l'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività di impresa, fermo restando, al fine di tutelare i creditori, che la prosecuzione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte del curatore deve essere autorizzata espressamente». Il principio sotteso alla novità è stato non a caso ritenuto «non una premessa scontata, ma la sedimentazione di una visuale» da LEUZZI, *L'esercizio dell'impresa e la liquidazione dell'attivo nel codice della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 18 febbraio 2019. L'impatto della novità è stato minimizzato da PANZANI, *Dal “fallimento” alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, cit., 1149, ad avviso del quale «se si prescinde dalla dichiarazione contenuta nel comma 1 della nuova norma, secondo la quale l'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa, quando ricorrano le condizioni previste dai commi successivi, in concreto la disciplina è rimasta la medesima»; nonché da LEUZZI, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 854 ss. e in www.dirittodellacrisi.it, 31 marzo 2019 (da cui si cita), 2 s., che ravvisa nelle novità introdotte dal Codice «mere correzioni di contorno». Tali opinioni, tuttavia, non tengono in considerazione le ulteriori novità recate dal decreto correttivo al Codice della crisi, delle quali si darà conto nel testo e che, se lette nel loro complesso, appaiono in grado – stavolta sì – di impattare in misura non marginale sulla funzione e sull'ambito di applicazione dell'istituto.

nella valutazione del provvedimento da emettere nel caso concreto¹¹⁸: nel senso cioè di privilegiare *in linea di principio* la prosecuzione dell'attività, valutandone invece la cessazione *soltanto* qualora non ricorrano i presupposti della prima.

Senza contare, peraltro, che la nuova formulazione della norma parrebbe altresì sottendere l'intenzione della riforma di evitare quanto più possibile *soluzioni di continuità* tra la gestione dell'impresa prima della presentazione della domanda di accesso alla procedura e la situazione destinata a determinarsi per effetto della sua apertura¹¹⁹. Un'esigenza – quella, cioè, di consentire la prosecuzione *interinale* dell'impresa anche nel corso dell'istruttoria prefallimentare e in funzione di un successivo esercizio provvisorio disposto con la sentenza dichiarativa di fallimento – della quale del resto si era fatta carico anche la prassi applicativa. A tal fine, invero, erano state sperimentate soluzioni che, valorizzando il contenuto testualmente atipico dei «provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o *dell'impresa*» di cui all'art. 15, comma 8, l.fall., avevano consentito di congegnare una sorta di esercizio provvisorio *anticipato*, da disporsi per l'appunto nell'eventualità e nei limiti in cui tale misura «appa[risse] l'unica idonea a preservare il patrimonio e l'impresa, proprio in funzione dell'esercizio provvisorio che verrà concesso con la sentenza di fallimento»¹²⁰. Una prassi,

¹¹⁸ In tal senso si sono orientati, del resto, i primi commenti alla riforma: cfr. LAMANNA-GALLETTI, *Dall'emergenza Covid al correttivo del Codice della crisi d'impresa. Commento alla legislazione concorsuale nell'emergenza pandemica e al D.Lgs. 147/2020 con tavole sinottiche*, Milano, 2021, 294, ove il significativo rilievo per cui il primo comma dell'art. 211 del Codice «“normalizza” la prosecuzione» dell'impresa, enfatizzando «il corso allo strumento come ipotesi “ordinaria”, salvo che non consti la probabilità di arrecare danno alla massa»: in piena coerenza, del resto, «con l'innovazione terminologica per cui viene abbandonato il sintagma tradizionale di “esercizio provvisorio”».

¹¹⁹ Un'esigenza alla quale del resto già poteva essere ascritta la stessa scelta della riforma del 2006 di assegnare il potere di disporre l'esercizio provvisorio cd. “urgente” (per tale classificazione cfr. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, banche, crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, vol. III, cit., 2869) allo stesso tribunale già in sede di emissione della sentenza dichiarativa di fallimento (per tali considerazioni cfr. MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo II, *Fallimento: accertamento del passivo, liquidazione, azioni di responsabilità, chiusura ed esdebitazione – Concordato fallimentare – Fallimento delle società*, Torino, 2009, 1169).

¹²⁰ Sul tema – ritenuto in dottrina «uno tra i più complessi del nuovo diritto fallimentare» (cfr. BELLÈ, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Fall.*, 2011, 5) – cfr. DE SANTIS, sub *Articolo 15. Istruttoria prefallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. I, *Artt. 1 – 103*, Bologna-Roma, 2007, 328, ove l'idea per cui i provvedimenti cautelari in questione possono riguardare anche «la gestione o gli assetti dell'impresa [...] al fine di assicurare la sopravvivenza e l'integrità del patrimonio o dell'avviamento»; FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, cit., 58 ss. e 64 ss.: ID., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 61 ss.; FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, cit., 476 ss.; ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., spec. 60 ss.; contrario ad un simile «uso alternativo dell'istruttoria prefallimentare», in ragione del fatto che «l'art. 104 l.fall. rappresenta un sistema in sé conchiuso, da cui si evincono i casi tassativi nei quali può farsi luogo all'esercizio provvisorio, attribuito in via esclusiva al curatore e come tale in nessun modo configurabile prima del fallimento» è, fra gli altri, AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, vol. XI, tomo II, Padova, 2009, 528. Ciò nondimeno, la giurisprudenza ha espressamente recepito le sollecitazioni esposte nel testo: cfr. infatti Trib.

quest'ultima, che non a caso trova oggi un espresso riconoscimento nel nuovo art. 54 del Codice della crisi, e ciò nella misura in cui tra i provvedimenti cautelari «idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale» figura altresì «la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio»¹²¹, strumentale – è agevole intuirlo – ad evitare qualunque interruzione dell'attività tanto durante, quanto al termine dell'istruttoria¹²².

Ancor più rilevante è, tuttavia, la *seconda* delle indicazioni emergenti dalla riforma. Quasi sottotraccia nell'ulteriore intervento di modifica del Codice della crisi di cui al recente decreto correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147), è stata infatti inserita una disposizione che interviene direttamente sull'art. 211, prevedendone la soppressione dell'inciso «se dall'interruzione può derivare un grave danno», presente anche

Terni, decr. 3 marzo 2011, in *Fall.*, 2011, 852 ss., con nota di PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*; Trib. Vicenza, 15 gennaio 2018, in *Giur. comm.*, 2018, II, 758 ss., con nota di FIMMANÒ, *Fallimento della società di calcio, nomina cautelare del "pre-curatore" ed effetti sull'ordinamento sportivo*, ove quella misura è stata giustificata proprio in ragione dell'opportunità di «disporre una misura a tutela del patrimonio [...] e dell'esercizio stesso dell'impresa, in attesa dello svolgimento dell'udienza in sede prefallimentare, attesa la necessità di garantire senza dilazione la regolarità gestionale».

¹²¹ Una soluzione – quella della nomina di un custode con poteri di gestione dell'impresa, da affiancare agli organi della società insolvente – che, prima della riforma, era stata ritenuta in dottrina compatibile tanto – sul versante *processuale* – con i limiti della tutela cautelare in sede fallimentare, quanto – sul piano *sostanziale* – con quelli segnati dagli effetti della dichiarazione di fallimento sul solo *patrimonio*, e non sulla struttura organizzativa della società insolvente (per tali conclusioni cfr., in luogo di molti, PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2011, 860 s.): ciò a differenza dell'altro provvedimento, che pure si era talvolta affacciato nella prassi giurisprudenziale (cfr., oltre alla citata Trib. Vicenza, 15 gennaio 2018, Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 340 ss., con nota di PACCHI, *Provvedimento cautelare e conservativo su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, e Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, 854 ss., con nota di FERRO, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell'efficacia del fallimento successivo* e in *Giur. comm.*, 2010, II, 493 ss., con nota di GHIGNONE, *I provvedimenti cautelari e conservativi nell'ambito dei giudizi di dichiarazione di fallimento: prime applicazioni giurisprudenziali*), consistente nella revoca dell'organo gestorio e nella sua conseguente sostituzione con un amministratore giudiziario, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2409 c.c. Invero, tale misura – che il tenore letterale dell'art. 54 del Codice parrebbe oggi consapevolmente escludere (in tal senso cfr. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 442 e, pur sottolineando l'impossibilità di fornire «una visione riduzionistica dei poteri del tribunale», FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 855) – era stata condivisibilmente giudicata in dottrina *non soltanto* ultronea rispetto agli effetti tipici della sentenza dichiarativa di fallimento (in tal senso cfr. FARINA, *Uso (e abuso) della tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, spec. 108 ss.), *non soltanto* insuscettibile di essere fondata sull'art. 2409 c.c., norma eccezionale ancorata a presupposti specifici e, in quanto tale, non replicabile nell'istruttoria prefallimentare (anche alla luce dei diversi interessi tutelati: in tal senso cfr. INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 352), *ma altresì* lesiva dei diritti di difesa della società insolvente, in quanto idonea a privarla della possibilità di tutelare i propri interessi, attraverso i propri organi, nei rapporti con la procedura fallimentare (per tale rilievo cfr. FIMMANÒ, *Fallimento della società di calcio, nomina cautelare del "pre-curatore" ed effetti sull'ordinamento sportivo*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 769 ss., nonché DE CESARI-MONTELLA, *Le misure cautelari e conservative nell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 800 s., che coerentemente vi ravvisano – oltre ad «una pericolosa, e comunque ingiusta, mutazione in senso inquisitorio del processo prefallimentare» – una violazione del diritto costituzionale di difesa).

¹²² In questo senso cfr., da ultimo, l'autorevole conferma di RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 13.

nell'attuale art. 104 l.fall.¹²³. Si assiste in tal modo alla radicale eliminazione di uno dei due requisiti che sino ad oggi avevano supportato l'esercizio provvisorio disposto dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento e che, peraltro, era stato oggetto in tempi recenti di un processo di graduale affievolimento, già coinciso con l'eliminazione, ad opera della riforma del 2006, del carattere dell'*irreparabilità* del danno derivante dall'interruzione repentina dell'attività, che viceversa figurava, accanto a quello della *gravità*, nel previgente art. 90 l.fall.¹²⁴.

¹²³ Ed in quella sede riferito «non tanto ai creditori in sé, quanto ad eventuali interessi concorrenti», dal momento che «l'interesse preminente dei primi viene infatti preso in espressa e separata considerazione come limite esterno, condizione ostativa alla prosecuzione dell'attività ("purché", dice infatti la legge, la prosecuzione "non arrechi pregiudizio ai creditori")» (il virgolettato in SCIUTO, *Il fallimento. Gli effetti del fallimento*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Cian, II ed., Torino, 2019, 106; la tesi è stata sostenuta – con riguardo alla disciplina previgente – da RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., 136 ss. (con la opportuna conclusione per cui «funzione e presupposti dell'esercizio fallimentare dell'impresa non coincidono nelle due fasi [...] malgrado l'unificazione formale in un unico articolo di legge, sotto la comune rubrica "esercizio provvisorio") e condivisa, in luogo di molti, da CAVALLO BORGIA, *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 747; ANDOLINA, *Liquidazione dell'attivo ed esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 181; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, II, 2, Torino, 2002, 149, ove in particolare il rilievo per cui l'elemento del danno grave ed irreparabile di cui al vecchio art. 90 l.fall. dovesse essere «liberamente apprezzato dal tribunale, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti dal fallimento», senza tuttavia che ciò consentisse di «prescindere dai diritti primari ai quali il processo esecutivo fallimentare è destinato ad assicurare tutela e perciò i diritti di credito verso il fallito»; più di recente, e con riguardo alla nuova disciplina, cfr., in luogo di molti, BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, cit., 2869; FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, cit., 146; BASSI, *L'esercizio provvisorio*, cit., 311; AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, cit., 525 s.; FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 69 ss., che giunge a ritenere consentito il perseguimento di «qualsiasi interesse, lecito e meritevole di tutela», purché nella cornice del «limite negativo del pregiudizio ai creditori»; più prudente, ma del pari condivisibile, è la posizione di ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., 73, ove il rilievo per cui «con maggiore certezza si può soltanto escludere che il "danno grave" di cui all'art. 104 l.fall. sia riferibile soltanto ai creditori concorsuali»). In giurisprudenza cfr. l'interessante contributo di Trib. Bologna, 14 agosto 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1174 ss., con nota di ANT. ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, ove il rilievo per cui «al tribunale si demanda nella contestualità della sentenza dichiarativa di fallimento, la valutazione del danno grave insito nell'interruzione dell'esercizio dell'attività d'impresa, nei limiti in cui l'autorizzazione non arrechi pregiudizio ai creditori: il danno grave costituisce espressione dei valori sociali insiti nell'impresa, soprattutto laddove si proponga come "fabbrica di imprese" evidenziando la possibilità di dare ingresso a processi valutativi più estesi di quelli confinati nell'interesse del ceto creditorio, che compare come limite estremo ed invalicabile del potere autorizzativo ma giammai come suo elemento esclusivo» (enfasi aggiunta).

¹²⁴ L'eliminazione del requisito dell'*irreparabilità* – che nella previgente disciplina veniva da taluno interpretato quale indice della rilevanza del solo "danno emergente" derivante dalla cessazione dell'impresa (l'unico, in effetti, del quale sarebbe stata predicabile l'eventuale irreparabilità: così RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., 144) – consente oggi di attribuire alla nozione di danno una portata «tale da abbracciare tanto il danno emergente quanto il lucro cessante», e vale a dire «il mancato guadagno derivante dalla cessazione dell'attività o la perdita della legittima aspettativa di un vantaggio patrimoniale ragionevolmente prevedibile nel breve periodo per i creditori stessi» (così F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 56 s.). Ad ogni modo, l'eliminazione del connotato di irreparabilità del danno – che a ben vedere si colloca in un rapporto di *genere a specie* con quello della gravità, essendo il primo ricompreso all'interno del secondo (così ancora, correttamente, F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 57) – è valso a conferire all'esercizio provvisorio presupposti di applicabilità più ampi rispetto alla disciplina previgente, non essendo richiesto

La novità è destinata a ben vedere ad impattare in misura non marginale sulla natura e sulla funzione stessa dell'esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale¹²⁵. Se agganciata, infatti, ad un requisito di *strumentalità* rispetto all'esigenza di evitare un pregiudizio per l'azienda derivante dalla cessazione improvvisa e repentina dei cicli produttivi, la prosecuzione dell'attività in sede concorsuale non può che essere concepita quale misura non soltanto *strutturalmente* provvisoria, ma altresì *funzionalmente* vincolata¹²⁶. Essa, cioè, *da un lato* è destinata naturalmente ad esaurirsi con il completamento degli affari in corso – il che, d'altronde, giustifica l'assenza di una previsione che impone al *tribunale* di indicare la *durata* dell'esercizio provvisorio, diversamente da quanto indicato per il *giudice delegato* dal secondo comma dell'art. 104 l.fall. – e, *dall'altro*, non rappresenta altro che una parentesi eccezionale nel normale corso della procedura, preordinata a *conservare* all'impresa e al complesso aziendale quel maggior valore che gli deriva dal normale esercizio dell'attività e che può andare invece disperso in caso di sua brutale interruzione¹²⁷. Donde allora la diffusa constatazione secondo la quale la conduzione dell'impresa in sede concorsuale deve essere ispirata a criteri di gestione *conservativa* e soltanto eccezionalmente possa invece avvalersi di interventi *innovativi* sull'attività e sull'azienda¹²⁸, da ritenersi in ogni caso subordinati

quel *quid pluris* costituito dall'ineluttabilità del pregiudizio derivante dall'interruzione repentina dell'attività ed essendo pertanto quella misura fruibile anche in presenza di scenari di minore gravità.

¹²⁵ Nel senso che «la modifica dell'art. 211, comma 2, potrebbe sembrare di portata minima, ed invece pare poter alterare non poco il campo di operatività della norma» cfr. LAMANNA-GALLETTI, *Dall'emergenza Covid al correttivo del Codice della crisi d'impresa. Commento alla legislazione concorsuale nell'emergenza pandemica e al D.Lgs. 147/2020 con tavole sinottiche*, cit., 293. La novità, insomma, potrebbe contribuire a suffragare l'idea – già pionieristicamente sostenuta in dottrina – per la quale «l'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali debba essere considerato come una loro fase naturale, che si sviluppa in coerenza con la loro rispettiva finalità e struttura» (SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, cit., 205).

¹²⁶ È stato al riguardo sottolineato come i poteri gestori dei quali dispone il curatore investito dell'esercizio provvisorio disposto ai sensi del primo comma dell'art. 104 l.fall. debbano essere compatibili «con i caratteri della provvisorietà di una misura volta esclusivamente a preservare intatte le potenzialità ancora esistenti nell'impresa», ragion per cui «l'azione gestoria affidata alla curatela deve limitarsi ad impedire l'interruzione della continuità aziendale» e tradursi, pertanto, nel compimento dei soli atti urgenti o di quelli comunque «necessari ad evitare quel danno grave che la mancata prosecuzione determinerebbe» (così PACIELLO, *Prosecuzione dell'impresa fallita e poteri gestori della curatela*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, cit., 94 s.). Nel medesimo senso, sottolinea che «almeno nella lettera della norma, la previsione nella sentenza di fallimento della continuazione dell'esercizio dell'impresa appare solo come uno strumento per evitare un pregiudizio grave, e non in positivo, come uno strumento per la conservazione e l'incremento dell'attivo» SANDULLI, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *La riforma della legge fallimentare*, tomo II, cit., 606.

¹²⁷ Emblematica, al riguardo, è la posizione occasionalmente assunta dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all'art. 90 l.fall.: cfr. Cass. civ., 9 gennaio 1987, n. 71, in *Dir. fall.*, 1987, II, 351 ss. e in *Giur. comm.*, 1987, II, 562 ss. e in part. 569, ove si afferma con nettezza che «l'esercizio provvisorio non ha la finalità di conservare l'azienda e di gestire l'impresa con i normali criteri, né ha lo scopo di risanamento aziendale dell'amministrazione straordinaria [...], ma esclusivamente quello di consentire una liquidazione dell'impresa a condizioni più favorevoli».

¹²⁸ In tal senso cfr. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, cit., 2874 s.; FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 55 ss. e 64 s.; F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 113. Prima della riforma, riteneva fossero «impensabili nuove iniziative, che nella logica della procedura sarebbe perfino superfluo vietare, tanto è insito nella natura, ispirazione e finalità della stessa»,

all'assenza di profili di rischio diversi e ulteriori rispetto a quelli già insiti nell'attività esercitata prima del fallimento¹²⁹.

Nel nuovo diritto concorsuale, invece, venuto meno il presupposto del grave danno all'azienda derivante dall'interruzione repentina, la prosecuzione dell'attività nella liquidazione giudiziale resta condizionata esclusivamente a (quello che parrebbe essere) un duplice limite, operante l'uno nella fase *genetica* e l'altro in quella *attuativa* dell'esercizio dell'impresa.

Quanto a quest'ultimo, in particolare, l'ultimo comma dell'art. 211 del Codice della crisi dispone che «il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto». La disposizione, tuttavia, richiede di essere coordinata con l'art. 110, comma 3, del Codice degli appalti pubblici (d.l.gs legislativo 18 aprile 2016, n. 50)¹³⁰, il quale – con disposizione apparentemente contraddittoria – abilita i curatori autorizzati all'esercizio provvisorio dell'impresa a proseguire e a partecipare *ex novo* a procedure ad evidenza pubblica, a condizione che ciò sia autorizzato dal giudice delegato¹³¹: il che, a ben vedere, induce a ritenere che la norma in commento individui non tanto un *limite* alle scelte gestorie, quanto piuttosto un'*opportunità* della quale

così come fosse vietato «reinvestire nella produzione anche gli eventuali utili derivanti dall'esercizio fallimentare dell'impresa» CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, cit., 259; del medesimo avviso RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., 160 (ove la conclusione per cui «gli eventuali profitti della continuazione dell'attività non andranno, di norma, reinvestiti nell'impresa, ma, coperte le spese di procedura, andranno ripartiti tra i creditori fallimentari»). e, più di recente, ANT. ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, cit., 1195. Può al riguardo notarsi come prevedere in capo al curatore un divieto di avviare nuove iniziative imprenditoriali equivalga nella sostanza ad importare nel campo della gestione fallimentare dell'impresa la previsione, in materia di rappresentanza legale dell'incapace, per la quale è consentita – previa autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. – la sola prosecuzione di un'attività imprenditoriale già avviata e non l'inizio di una nuova impresa, della quale risulterebbe impossibile – o, quantomeno, altamente complessa ed opinabile – la valutazione in ordine alla necessità od utilità evidente per l'interesse dell'incapace. Un'esigenza, quest'ultima, che non si pone nei medesimi termini nel contesto di una procedura concorsuale, nella quale – *da un lato* – la valutazione della maggiore rischiosità dell'avvio di nuove iniziative imprenditoriali può ben essere rimessa alla discrezionalità degli organi della procedura e del comitato dei creditori, chiamato a pronunciarsi sull'esercizio provvisorio ai sensi del secondo comma dell'art. 104 l.fall. e – *dall'altro* – la funzione del curatore «non è amministrazione di un patrimonio statico, ma gestione di un'impresa», che in quanto tale ben può implicare interventi innovativi sull'attività (il virgolettato in FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 60).

¹²⁹ Tale è la conclusione cui perviene F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 111 ss., la quale, pur muovendo dal presupposto per cui le gestioni provvisorie «non possano incontrare il limite assoluto ed aprioristico delle “nuove operazioni”», conclude nel senso che «gli unici atti di impresa davvero incompatibili con la provvisoria prosecuzione della stessa sono, appunto, quelli che si traducono nell'esposizione dell'azienda o delle attività ad un nuovo e diverso rischio di impresa», costituendo in particolare l'esercizio di «facoltà del tutto estranee al potere di sostituzione dell'amministrazione fallimentare».

¹³⁰ Oggetto, peraltro, di un espresso richiamo da parte del sesto comma dell'art. 211 del Codice della crisi.

¹³¹ Il coordinamento tra le due norme è risolto per l'appunto nel senso che il curatore «necessiterà sempre di un titolo autorizzatorio, resogli dal giudice delegato, al fine di instaurare rapporti negoziali con stazioni appaltanti pubbliche, accedendo previamente alle procedure di gara da queste indette» da LEUZZI, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 14, ove anche il virgolettato.

legittimamente avvalersi in sede di programmazione della gestione endoconcorsuale dell'impresa.

Quanto al *primo* limite, invece, la possibilità per il tribunale di autorizzare *ab origine* l'esercizio dell'impresa è tuttora subordinata all'assenza di un *pregiudizio* per i creditori. E d'altra parte non potrebbe essere altrimenti, dal momento che un simile vincolo è intrinsecamente connesso al regime della continuità aziendale nelle procedure concorsuali *generali*: un ambito, cioè, nel quale è necessario in ogni caso che, al momento dell'*ammissione* della soluzione in continuità, non si profili in astratto alcun rischio di sacrificio per l'interesse dei creditori¹³², la cui attuazione è e resta – anche nel diritto della crisi *post* riforma – l'obiettivo prevalente ed *assorbente* delle procedure concorsuali¹³³.

Nondimeno, fermo restando ovviamente tale limite minimo, può essere fondato ipotizzare che, nella cornice della nuova liquidazione giudiziale, la prosecuzione nell'impresa potrà essere disposta *non soltanto* nell'ipotesi in cui una scelta in tal senso rappresenti l'*extrema ratio* per preservare il compendio aziendale dal rischio di un repentino deterioramento, *ma altresì* laddove, pur non esistendo un simile rischio, il mantenimento dell'impresa in esercizio si riveli un'opzione astrattamente profittevole in termini di valore del compendio aziendale o, quantomeno, *neutra* nella prospettiva della sua successiva liquidazione¹³⁴.

Soltanto la prassi applicativa consentirà di comprendere se la contrazione dei presupposti di operatività dell'istituto avrà – come parrebbe nelle intenzioni della riforma – un impatto inversamente proporzionale sul suo successo in sede concorsuale. Per adesso, è possibile comunque osservare come, se quanto sinora affermato è astrattamente

¹³² Da individuarsi – in termini generali, prima, e con particolare riguardo alla continuazione dell'attività nel fallimento, poi – con «l'astratto interesse alla migliore soddisfazione possibile attraverso la liquidazione del patrimonio sottoposto a concorso» (in questi termini cfr., in luogo di molti, PACIELLO, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, cit., 922).

¹³³ Per tale osservazione cfr., anche dopo la riforma, D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 70 s. ma, con accenti parzialmente diversi e più sfumati, 84, ove la proposta di «un'interpretazione basata su criteri meno rigidi, legittimando un limitato pregiudizio dell'interesse dei creditori derivante da una prosecuzione dell'attività, ma comunque tale da non compromettere il contenuto minimo garantito del diritto di credito e da assicurare un ragionevole contenimento tra il danno subito dai terzi per l'interruzione dell'attività e la minore soddisfazione dei creditori».

¹³⁴ Dovendosi cioè intendere il requisito negativo dell'assenza di pregiudizio per i creditori come condizione di ammissibilità non soltanto dell'esercizio provvisorio che apporti un *vantaggio* per i creditori, ma anche di quello che «sia per essi semplicemente *indifferente*» [così ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., 83 s. (corsivo nel testo), ma nel medesimo senso cfr. altresì AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, cit., 526; in giurisprudenza, cfr. Trib. Catania, 18 giugno 2016, in www.ilcaso.it, che ha autorizzato l'esercizio provvisorio ritenendolo «*neutrale* per i creditori»]. Nei primi commenti alla riforma, è stato non a caso ritenuto che tutte le modifiche intervenute sulla norma in materia di esercizio dell'impresa – dall'eliminazione dell'aggettivazione “provvisorio”, all'inversione del binomio regola ed eccezione nel rapporto tra interruzione e continuazione dell'attività, per arrivare infine all'eliminazione del requisito della gravità del danno derivante dalla cessazione dell'impresa – possano e debbano essere lette quale conferma del fatto che oggi «il tribunale sembrerebbe tenuto a disporre come regola generale la prosecuzione dell'attività d'impresa, salvo che non si possa percepirne la portata pregiudizievole per gli interessi del ceto creditorio» (così LAMANNA-GALLETTI, *Dall'emergenza Covid al correttivo del Codice della crisi d'impresa. Commento alla legislazione concorsuale nell'emergenza pandemica e al D.Lgs. 147/2020 con tavole sinottiche*, cit., 294).

corretto, non poche e non irrilevanti sono già le implicazioni *teoriche* della modifica legislativa.

In effetti, l'innesto in misura sempre più consistente della prosecuzione dell'attività in una procedura liquidatoria alimenta l'impressione di un autentico mutamento di paradigma nel modo stesso di concepire la liquidazione concorsuale dell'impresa. La tendenziale assenza di soluzioni di continuità rispetto alla fase precedente la sua apertura parrebbe cioè confermare l'idea per cui le procedure concorsuali liquidatorie non coincidano *in ogni caso* con la "fine" dell'impresa e, specularmente, che il diritto della crisi non sia riducibile alla mera disciplina dell'esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore che esercita un'attività imprenditoriale¹³⁵: quasi come se la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza "attualizzasse" la spettanza in favore dei creditori concorsuali di un vero e proprio, ma oggi del tutto anacronistico, diritto di *pegno collettivo* sul patrimonio del debitore¹³⁶.

Piuttosto, la liquidazione concorsuale rappresenta oggi a tutti gli effetti una "fase" nuova e per certi versi "atipica" del ciclo vitale dell'impresa¹³⁷: una fase, in particolare,

¹³⁵ Non v'è chi non veda, del resto, come la stessa idea dominante per la quale il fallimento costituisca una «procedura meramente esecutiva tendente a soddisfare "rapidamente" i creditori dell'imprenditore insolvente» trovi a ben vedere fondamento «nella reazione culturale alla teoria istituzionale dell'impresa, che con l'ideologia corporativa si era tentato di affermare nella codificazione del 1942, piuttosto che in una serena valutazione (anche sotto il profilo storico e sistematico) del dato normativo» (SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, cit., 199).

¹³⁶ Si tratta, come noto, dell'impostazione sostenuta da ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 690 ss. e Id., *Il fallimento: teoria generale e origine storica*, Milano-Torino-Roma, 1917, 40 ss. e 85 ss. D'altra parte, l'idea per la quale il fallimento si esaurisce innanzitutto in un processo, con la conseguenza per cui «gli effetti di diritto materiale sono connessi e conseguenti ad atti processuali e non pensabili isolatamente» e, in quanto tali non possono che essere indagati «in occasione dell'esame degli atti processuali a cui si ricollegano», è stata a lungo ritenuta in dottrina esatta e non seriamente contestabile: cfr., in luogo di molti, FERRARA *sr.*, *Il fallimento*, cit., 65 (ove i virgolettati) e 70 ss., ove in particolare una difesa della concezione del fallimento quale «procedura disposta per la realizzazione coatta dei diritti dei creditori» o, meglio ancora, come «processo esecutivo». Il punto, d'altra parte, appare talmente pacifico da non richiedere, nelle trattazioni istituzionali dell'istituto, più di un cenno: emblematica al riguardo è la posizione di PROVINCIALI, voce *Fallimento*, in *Noviss. Dig. Italiano*, vol. VI, Torino, 1967, 1125 s., ove i caratteri di esecuzione «soggettivamente e oggettivamente universale», in quanto «promossa nell'interesse dell'università dei creditori, e che incide su tutti i beni del debitore».

¹³⁷ Efficaci le parole di PACCHI, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 28, ad avviso della quale, già prima della riforma di cui al Codice della crisi (ma in misura ancora maggiore all'esito della stessa, «è stata sostituita la "cifra" dell'ordinamento della crisi d'impresa che da capitolo conclusivo del diritto delle obbligazioni ha assunto il ruolo di quadratura del cerchio del diritto dell'impresa», ma uno spunto già in BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, cit., 2873. D'altra parte, un'analoga concezione della liquidazione concorsuale quale momento della vita dell'impresa era stata già suggerita da RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., *passim* e spec. 3 ss. e 232 ss., attraverso l'inserimento dell'esercizio fallimentare nel novero delle sostituzioni nella gestione dell'impresa, e ripresa recentemente da ALLECA, *Fallimento e regole societarie*, Milano, 2016, spec. 47 ss., nel quadro della ricostruzione in via interpretativa di una «disciplina dell'impresa in liquidazione». Un'evoluzione, quest'ultima, che d'altra parte è stata resa possibile proprio da quel graduale processo di distacco dell'impresa, oggettivamente considerata, dalla persona del suo titolare che aveva consentito di considerare la prima quale realtà autonoma e, in quanto tale, quale autonomo oggetto di disciplina e di tutela (per tale processo cfr. ovviamente OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591 ss.). La riconduzione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel quadro delle gestioni sostitutive [intendendosi per "sostituzione" l'«esercizio di un diritto (nel caso particolare, [...]) l'amministrazione di

che è destinata a protrarsi sino a quando, con la completa cessazione dell'attività e la disgregazione del complesso aziendale nella fase di liquidazione dell'attivo, viene meno qualunque rilievo dell'*impresa*, intesa quale oggetto *dinamico* della procedura¹³⁸, e ad essa subentra il relativo *patrimonio*, inteso in senso *statico* quale complesso di beni sul quale si appunta la garanzia generica dei creditori e si apre l'esecuzione collettiva a tutela dei loro diritti¹³⁹.

un patrimonio) da parte di persona diversa dal titolare del diritto (o del patrimonio) non nell'interesse esclusivo del titolare, ma anche, o solo, in un interesse diverso, che può pure essere pubblico» (SACCHI, *La gestione commissariale nell'amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, II, 55, sulla scorta di RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., 34 ss., ove anche una rassegna dei tratti comuni e costanti alle diverse ipotesi di sostituzione nell'esercizio dell'impresa, ivi compresa la gestione fallimentare da parte del curatore)], con conseguente propensione ad «attribuire al curatore una latitudine di poteri, sempre in funzione della finalità della gestione provvisoria, addirittura maggiore di quella riconosciuta ai liquidatori di una società *in bonis*», non era stata condivisa invece da CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, cit., 258 ss., sul presupposto per cui «nell'esercizio provvisorio è piuttosto difficile scorgere il significato dinamico, organizzato e finalizzato proprio dell'attività d'impresa»: ciò con la conseguenza per cui la gestione dell'impresa nel fallimento costituirebbe piuttosto «un'attività riconducibile ai doveri istituzionali di custodia ed amministrazione del patrimonio fallimentare», anch'essa tuttavia dotata «di quella dinamicità minima dovuta dalla particolarità dell'oggetto dell'attività della custodia stessa, trattandosi di azienda». In senso contrario si veda tuttavia la posizione di CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, 205 ss., ad avviso del quale «sembra difficile poter condividere le tesi che vorrebbero vedere nell'esercizio provvisorio [...] soltanto un mezzo di liquidazione, o anche di conservazione del patrimonio del fallito»; esso, al contrario, «potrà essere disposto per diverse, concrete finalità, ogni qual volta si presenti appunto anche la semplice "opportunità" del loro perseguimento»: finalità che vanno «dal compimento di nuove operazioni per sfruttare una congiuntura favorevole di mercato, al completamento di operazioni già in corso al momento della dichiarazione di fallimento nel tentativo di realizzare l'utile di alcuni costi già sostenuti, fino al puro mantenimento in vita del complesso aziendale allo scopo di tentarne la vendita come tale, ancora in efficienza».

¹³⁸ Nella medesima prospettiva – e cioè quella che assegna rilevanza all'*impresa*, piuttosto che al *patrimonio*, quale oggetto della procedura, quanto meno fin quando non si è ultimata la disgregazione del complesso aziendale – devono leggersi le considerazioni di quanti in dottrina hanno proposto di ravvisare nelle norme in tema di esercizio provvisorio nel fallimento «non solo e non tanto uno dei momenti più significativi della liquidazione, bensì la cd. amministrazione "strategica" del patrimonio sottoposto a concorso» (così PACIELLO, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, cit., 916) o, ancora, una «disciplina dell'azione gestoria» e, segnatamente, «di limiti e modalità dei poteri gestori», che in quanto tale si presta ad essere ricompresa «nell'ambito delle vicende tipiche del diritto dell'impresa, sia pure di un'impresa connotata dalla specificità del conclamato dissesto» (così ancora ID., *Prosecuzione dell'impresa fallita e poteri gestori della curatela*, cit., 94). Un'impressione, quest'ultima, che del resto è espressamente confermata dal fatto che, nella disciplina dell'esercizio provvisorio, «particolare attenzione sia riservata all'informazione sull'andamento dell'attività economica» (così ancora ID., *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, cit., 927) e che, nel complesso, rende oramai acclarato che l'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali costituisca a tutti gli effetti una vicenda dell'amministrazione e non della liquidazione del patrimonio del fallito (in questo cfr. già RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, cit., 155 ss. e CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 206 s., in contrapposizione alla tesi sostenuta da PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, V ed., Milano, 1970, 1219 ss.)

¹³⁹ In altri termini, l'idea per la quale l'esercizio dell'impresa nel fallimento e, a monte, la sua stessa liquidazione concorsuale si prestino a tutti gli effetti ad essere collocate «nell'ambito delle vicende tipiche d'impresa» implica altresì che «fin quando non sono esauriti gli atti funzionali a disgregare il compendio aziendale, non si producono pienamente gli effetti della cessazione dell'impresa»: e, viceversa, che è solo a partire dall'ultimazione delle operazioni di liquidazione dell'attivo che – come si è accennato nel testo – si esaurisce il rilievo dell'*impresa*, per lasciar spazio a quello del *patrimonio* responsabile (il virgolettato in PACIELLO, *Prosecuzione dell'impresa fallita e poteri gestori della curatela*, cit., 96). In quest'ottica, non è

7. *L'esercizio dell'impresa di gruppo quale sviluppo naturale della liquidazione giudiziale unitaria.*

Si è già constatato come l'art. 287 del Codice della crisi non contenga alcun riferimento all'esercizio dell'impresa di gruppo e, più in generale, ometta qualunque indicazione di rilievo in relazione agli adempimenti successivi all'apertura della procedura¹⁴⁰. Rientra, quindi, nella porzione del fenomeno non espressamente regolata anche la fase *intermedia* e a ben vedere più delicata della liquidazione giudiziale di gruppo, nella quale si colloca la concertazione tra il ceto creditorio e gli organi della procedura circa l'indirizzo da imprimere alla medesima, attraverso la predisposizione e l'approvazione del programma di liquidazione.

Si tratta, del resto, di un passaggio che non pare azzardato elevare a vero e proprio *snodo centrale* della procedura, e ciò in quanto in quel documento dal carattere eminentemente programmatico non soltanto trovano spazio valutazioni dall'impatto per nulla marginale sul "successo" della stessa, quali l'opportunità di avvalersi, per l'appunto, di istituti conservativi del valore dell'impresa e dell'azienda, strumentali ad una loro più proficua collocazione sul mercato¹⁴¹. Piuttosto, è proprio la recente riforma del diritto

arduo allora avvedersi di come lo stadio della "vita" della società successivo all'ammissione ad una procedura concorsuale possa essere letto – al pari di quanto accade in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento – nei termini di una «"successione" di discipline dell'attività, dunque nella *prospettiva di una sua tendenziale continuazione* (o comunque dell'inesistenza di un obbligo di sua immediata interruzione), sebbene diversamente organizzata»: o, *ancora*, come momento nel quale si assiste all'«attualizzarsi di un *diverso* interesse (individuale), quello al disinvestimento (collettivo)»; ma, *in ogni caso*, come «momento *indefettibile* della più ampia operazione di gestione dei valori investiti nell'impresa» (dove peraltro la difficoltà di «presumere l'esistenza di una antitesi tra le finalità di quella fase e la prosecuzione, sia pure provvisoria, di quella gestione») [MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 300 ss. (corsivi nel testo), ma per considerazioni analoghe cfr. altresì PACCHI, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, cit., 10, la quale – muovendo proprio dall'idea per cui «così come la liquidazione della società è divenuta con la Riforma del 2003 una fase peculiare della gestione dell'impresa, così anche la liquidazione fallimentare può costituire una fase di sfruttamento dell'azienda» – perviene alla conclusione per la quale «il curatore non è più l'amministratore statico di un patrimonio, che deve oggi gestire nell'ottica del miglior sfruttamento possibile», bensì il responsabile di una «fase dell'impresa mirata alla dismissione dei beni nella massima valorizzazione degli stessi»]. Per un'impostazione analoga a quella adottata nel testo, seppur con riferimento ad un contesto imprenditoriale affatto diverso (quale la situazione di crisi certificata dall'accesso ad una procedura di concordato preventivo), cfr. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2017, 116 s. e nt. 41, ove il riferimento ad una «modificazione qualitativa» delle regole di produzione dell'azione sociale, funzionale ad «adeguarne la portata a una nuova fase (se si vuole, "atipica") in cui l'azione societaria è condizionata dal vincolo di attuazione del piano concordatario nell'interesse dei creditori».

¹⁴⁰ Il problema è stato colto anche da FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1009, ove il rilievo per cui, rispetto al concordato preventivo di gruppo, nella liquidazione giudiziale «cambia naturalmente il presupposto», ma altresì «scompare ogni riferimento alla continuità aziendale». Un'analoga lacuna era stata evidenziata nella prima disciplina dell'amministrazione straordinaria da LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 150, il quale aveva tuttavia giudicato «irragionevole» una preclusione alla continuazione dell'impresa, specie se giustificata sulla base dell'assunto per cui «le imprese facenti capo alle diverse società soggette allo stesso commissario rimangono rigorosamente autonome».

¹⁴¹ Sotto altro profilo, appare pienamente condivisibile l'idea per cui la natura di «atto di pianificazione e di indirizzo della liquidazione dell'attivo fallimentare» del programma di liquidazione vale, in una prospettiva di sistema, ad inserire nella procedura di fallimento «un'istanza di programmazione dell'attività

della crisi d'impresa a rendere il programma di liquidazione e il suo possibile contenuto lo strumento elettivo attraverso il quale *potenziare* i poteri del curatore¹⁴², implementandone la legittimazione sostanziale con attribuzioni sinora sconosciute alle procedure concorsuali liquidatorie: com'è paradigmaticamente a dirsi con riguardo al nuovo art. 264 del Codice della crisi, che gli attribuisce inediti poteri *corporativi*, comprensivi finanche dei poteri normalmente spettanti all'assemblea delle società insolventi¹⁴³.

Non appena, poi, a ciò si aggiunga l'assenza di una norma finale di rinvio, che funga da cerniera tra le disposizioni *generali* del Codice della crisi e il "sottosistema" di *regole speciali* relative all'insolvenza di gruppo¹⁴⁴, diviene allora agevole avvedersi della necessità di riflettere – *a monte*, e preliminarmente – sulla collocazione stessa della disciplina di gruppo nella più ampia cornice delle regole sulla crisi d'impresa e, segnatamente, sulla sua integrabilità in via interpretativa a completamento di quelli che – almeno *apparentemente* – sembrerebbero atteggiarsi a spazi vuoti di diritto.

A tal fine, può essere allora opportuno partire dal presupposto per cui un'analoga impostazione di vertice alla regolazione del gruppo insolvente – tradottasi, cioè, in una disciplina del fenomeno altrettanto "parziale" – fosse sottesa già alla prima legge sull'amministrazione straordinaria: quasi come se, in entrambe le circostanze, fosse prevalsa l'esigenza di *introdurre* nell'ordinamento una procedura di gruppo, delineando a tal fine regole speciali che consentissero l'accentramento dei procedimenti in deroga, *nell'un caso*, ai requisiti dimensionali e occupazionali e, *nell'altro*, agli ordinari criteri di competenza territoriale. Tant'è vero, infatti, che anche le disposizioni del Codice della crisi, fatta eccezione per quelle che plasmano i poteri giudiziali del curatore in ordine alle azioni revocatorie e risarcitorie, sono preordinate in misura del tutto prevalente a risolvere

che costituisce un elemento naturale, se non anche essenziale, della stessa fattispecie impresa» (ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., 103): così confermando la riconducibilità dell'attività di amministrazione dell'impresa e del patrimonio responsabile da parte del curatore nel cono d'ombra della gestione e dell'impresa.

¹⁴² Il punto è stato colto anche da SANTOSUOSSO, *Abuso di eterodirezione e poteri del curatore*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, cit., 163 s., ove proprio il rilievo di un «ruolo di curatore sempre più centrale per il raggiungimento degli obiettivi del diritto della crisi di impresa nel quadro di un generale accentramento di funzioni a vantaggio degli organi delle procedure concorsuali e un ridimensionamento della neutralità procedurale rispetto all'assetto di poteri e competenze tra gli organi della società debitrice».

¹⁴³ Non pare azzardato ritenere che la norma – alla quale sarà opportuno dedicare considerazioni più approfondite nel prosieguo della presente indagine – si ponga quale vero e proprio principio generale di "diritto societario della crisi", segnando il definitivo tramonto della logica della neutralità delle procedure concorsuali rispetto all'organizzazione sociale e – a questo punto – anche dell'organizzazione imprenditoriale di gruppo. Per un primo commento alla riforma cfr. D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, in *Fall.*, 2019, 1259 ss. e NIGRO, *Le ristrutturazioni societarie nel diritto italiano delle crisi: notazioni generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 392 ss.

¹⁴⁴ Un problema analogo si pone a ben vedere anche con riguardo alla disciplina del sovraindebitamento e, in particolare, della procedura di liquidazione controllata del patrimonio del debitore cd "civile": in tale contesto non è dato tuttavia dubitare della possibilità di integrare le regole speciali con le omologhe disposizioni di diritto concorsuale generale, e ciò nella misura e nei limiti in cui tale operazione sia funzionale a riempire le lacune di una disciplina in sé scarna e non "autosufficiente": sul punto sia consentito il rinvio a COVINO, *Gli effetti dell'apertura della "nuova" liquidazione controllata del patrimonio del debitore sovraindebitato*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Pellicchia-Modica, Pisa, 2020, 311 ss.

problemi di natura strettamente *processuale* e, per di più, relativi alla sola fase dell'*apertura* della procedura.

Ad ogni modo, quali che siano le ragioni della riforma, la tendenza ad affidare la disciplina della fase esecutiva delle procedure di gruppo alle norme di diritto concorsuale generale, lungi dal sottendere una lacuna normativa, assume a ben vedere un preciso rilievo in chiave di sistema. Essa, cioè, si presta ad essere letta quale conferma dell'idea, già suggerita dalla riforma del diritto societario del 2003, per cui il gruppo non costituisca un fenomeno del tutto *eterogeneo* rispetto all'archetipo assunto a riferimento dai redattori del codice civile e della legge fallimentare, e costituito, com'è noto, dall'impresa esercitata in forma (individuale e) *autonoma*. Donde allora la possibilità che la sua regolazione si esaurisca – e ciò, si badi, in ogni settore dell'ordinamento – nel solo *adeguamento selettivo* alle peculiarità del “tipo” di talune disposizioni generali e, al contempo, in un rinvio *implicito*, per quanto non espressamente normato, alla disciplina generale dell'impresa e delle società, rispettivamente, *in bonis* e insolventi¹⁴⁵.

Se, dunque, anche con riguardo alla crisi dei gruppi la sostanziale *omogeneità* del fenomeno regolato persuade ad *escludere in radice* l'esistenza di lacune nella nuova disciplina¹⁴⁶, resta comunque il fatto che l'applicazione al gruppo di disposizioni tarate sull'insolvenza dell'impresa monade dischiuda non pochi dubbi in ordine alla piena compatibilità delle seconde con le peculiarità del primo, rendendo comunque indifferibile

¹⁴⁵ Per un approccio analogo, ancorché al diverso (ma contiguo) problema della tutela dell'integrità del capitale nei gruppi, cfr. già PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, cit., 1849, sul presupposto, mutuato dalla dottrina tedesca, secondo il quale «*im Konzern ist alles anders*» e, pertanto, ogni norma di diritto societario o concorsuale deve essere esaminata tenendo conto della necessità di un suo adattamento alla fattispecie del gruppo.

¹⁴⁶ Parzialmente diverso nelle conclusioni è, al riguardo, l'approccio di NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., in part. 30 ss., il quale, pur muovendo dalla premessa per cui «non dovrebbero aversi dubbi su ciò che, là dove nulla sia stabilito nella disciplina particolare, debbano trovare applicazione appunto le regole generali», perviene nondimeno alla conclusione per cui l'assenza di una disposizione generale di rinvio produce il «risultato non solo e non tanto di porre le premesse per una serie infinita di incertezze e di problemi, ma anche e soprattutto di lasciare nella nuova normativa una serie infinita di *lacune*, la più gigantesca e impressionante delle quali è costituita dalla totale mancata considerazione (e quindi mancata regolamentazione) di un istituto fondamentale nella disciplina della liquidazione giudiziale, quale è il *concordato liquidatorio giudiziale*, che, assurdamente, risulta puramente e semplicemente *ignorato* dal Codice». Lacuna, peraltro, che l'Autore considera «non rimediabile in via interpretativa», e ciò in quanto «non si può far ricorso direttamente alla disciplina generale del concordato liquidatorio giudiziale, dal momento che la Cassazione ha stabilito con estrema nettezza che le procedure concorsuali di gruppo richiedono una *apposita* disciplina in tutte le loro fasi», né si può procedere – come del resto non potrebbe essere altrimenti – all'applicazione analogica delle disposizioni relative al concordato preventivo di gruppo. Analoga è poi, a ben vedere, l'impostazione assunta da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 67, ove anzi il tentativo di intravedere nel «totale silenzio (in ogni caso però inopportuno) del legislatore su un profilo così rilevante della liquidazione giudiziale» un indizio – addirittura – dell'«inammissibilità di un concordato di liquidazione giudiziale di gruppo»: un percorso, quest'ultimo, che «in quanto rimesso alla determinazione dei creditori, o di un terzo, o al limite dello stesso imprenditore [...], sfuggirebbe alle finalità e al presidio che la procedura di gruppo parrebbe voler affidare, solamente, al curatore unico. Ebbene, le considerazioni svolte nel testo dovrebbero non lasciare adito a dubbi sul fatto che il concordato nella liquidazione giudiziale sia certamente *ammissibile*, salvo ovviamente ricercarne la disciplina positiva nel complesso (a dir poco) adattamento delle disposizioni relative alle procedure d'insolvenza dell'impresa monade.

l'intervento dell'interprete¹⁴⁷. E si consideri al riguardo – limitando l'attenzione ai temi connessi alla presente indagine – il problema delle modalità di approvazione e dei possibili contenuti dell'unitario programma di liquidazione¹⁴⁸, in relazione al quale occorrerà chiedersi proprio se l'art. 264 del Codice della crisi consenta anche al curatore di una procedura di gruppo di avvalersi di *operazioni straordinarie di riorganizzazione*, anche concentrativa, delle società insolventi del gruppo¹⁴⁹.

Con riguardo, invece, all'esercizio in sede concorsuale dell'impresa di gruppo, più di un indizio desumibile dalle norme di recente introduzione conduce a ritenere come, pur in assenza di un'espressa previsione sul punto, tale opzione costituisca uno degli *sbocchi naturali* della liquidazione giudiziale di gruppo, in analogia con quanto si è constatato emergere dalla lettura del nuovo art. 211 del Codice della crisi.

Ed invero, si consideri innanzitutto che, sebbene le “ragioni” della procedura unitaria siano, come noto, testualmente limitate alla sola opportunità di realizzare «forme di coordinamento nella *liquidazione degli attivi*», nondimeno la valutazione del tribunale circa la sua apertura si appunta anche su parametri che trascendono la comunanza o l'interconnessione tra gli *assets* afferenti alle singole imprese del gruppo: fatti sintomatici, questi ultimi, della maggiore convenienza di una loro cessione aggregata. A ben vedere, infatti, accanto all'esame della «composizione dei *patrimoni* delle diverse imprese», lo scrutinio del tribunale investe altresì la sussistenza di eventuali «preesistenti reciproci *collegamenti di natura economica o produttiva*», nonché la «presenza dei medesimi *amministratori*»: due indici, questi ultimi, che nulla parrebbero suggerire in ordine ad un possibile coordinamento delle operazioni di liquidazione, costituendo invece altrettanti indizi dell'esistenza di un'*attività d'impresa* gestita da un *management* comune e altamente *integrata* dal punto di vista strutturale e funzionale¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. ancora NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 30, ove l'idea per cui «l'applicazione delle regole generali, nell'ipotesi di procedure di gruppo, prospetta problemi di non agevole soluzione, che avrebbero richiesto adeguata attenzione da parte del legislatore» e, in particolare, «una accurata *analisi* della disciplina generale di quella procedura per *verificare* fase per fase, profilo per profilo se certe regole avrebbero potuto trovare piena applicazione o avrebbero dovuto essere modificate o comunque adattate alla realtà di una procedura unitaria di gruppo».

¹⁴⁸ Non a caso definito quale «punto nodale, nel quale si potrà registrare, ed apprezzare, la migliore efficienza della procedura di gruppo rispetto all'ipotesi di procedure autonome, quantunque eventualmente coordinate» da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 65.

¹⁴⁹ L'interrogativo è stato acutamente posto da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 30 s., ove il rilievo per cui «in materia di *programma di liquidazione*, non ci si poteva limitare alla scarna regoletta che è stata introdotta [...], ma si sarebbe dovuto considerare, da un lato, il profilo procedimentale (che succede se uno dei comitati dei creditori – che debbono essere, ricordo, diversi per ognuna delle società del gruppo – *non* approvi il programma?) e, dall'altro, tutti i possibili contenuti di quel programma», con particolare riguardo proprio all'applicabilità dell'art. 264 del Codice.

¹⁵⁰ Il requisito della comunanza degli amministratori, mutuato all'evidenza dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (cfr. infatti l'art. 81, comma 2, d.lgs. 270/1999), è stato ritenuto «meno perspicuo» da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 54, e ciò sulla base del rilievo per cui «questi, restando tendenzialmente esautorati dai loro poteri gestori in seno alla procedura, non dovrebbero poter incidere significativamente, né in positivo né in negativo, sulle sue probabilità di successo, ovvero condizionarne i presupposti». Ciò nondimeno, non è arduo avvedersi di come quel fattore acquisti un autonomo e significativo rilievo indiziario ove lo si legga – come suggerito nel testo – in combinazione con l'ulteriore parametrato valutato dal tribunale in sede di ammissione della

Ancor più indicativa è, poi, la stessa *conseguenza organizzativa* che costituisce l'effetto primario e in linea di principio costante dell'apertura di una procedura unitaria di liquidazione giudiziale a carico del gruppo¹⁵¹. Al riguardo, si intende cioè mettere in evidenza come la nomina di organi unici e, segnatamente, di un *unico curatore* per tutte le imprese del gruppo possa ben giustificarsi anche nella sola prospettiva di una programmazione unitaria degli adempimenti procedurali e delle operazioni di liquidazione dell'attivo. Ciò nondimeno, se riguardata in un'ottica – per l'appunto – *organizzativa*, l'unicità dell'ufficio concorsuale si presta a ben vedere ad una lettura ancor più ambiziosa, rivelandosi cioè «strumentale al miglior conseguimento dei fini di una particolare (e, per giunta, e almeno in astratto, solo eventuale) fase della procedura: quella in cui è *proseguito l'esercizio dell'impresa*»: un contesto, quest'ultimo, rispetto al quale la nomina di un unico curatore si lascia allora apprezzare proprio alla luce dell'esigenza di «assicurare al gruppo, anche nella fase patologica del dissesto e della procedura concorsuale, quella stessa *unicità di gestione* onde lo stesso era caratterizzato nella sua vita fisiologica, prima della crisi»¹⁵².

Interpretati in questi termini, le indicazioni di diritto positivo delle quali si è appena discusso non appaiono allora trascurabili, in quanto sembrerebbero deporre entrambe per la percorribilità – accanto all'ipotesi, potrebbe dirsi *minimale*, della *liquidazione unitaria*

liquidazione giudiziale unitaria, ovverosia con l'eventuale esistenza di «preesistenti reciproci *collegamenti* di natura economica o produttiva»: costituendo entrambi indici dell'elevato grado di integrazione economica, produttiva ed organizzativa del gruppo che presenta la domanda di accesso alla procedura unitaria. Ed in effetti cfr. in tal senso l'intuizione di SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 688, ove il rilievo per cui il requisito della comunanza degli amministratori è sintomatico della «preesistenza di un forte coordinamento nella gestione, testimoniata dalla presenza delle medesime persone nell'organo di amministrazione delle diverse imprese»; considerazioni analoghe in RACUGNO, *I gruppi di imprese nella regolazione della crisi e dell'insolvenza. Appunti*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 1285 e, con riguardo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 101 e nt. 1.

¹⁵¹ Il secondo comma dell'art. 287 del Codice prevede infatti che in caso di apertura di una procedura unitaria il tribunale nomina un unico giudice delegato e un unico curatore «salvo che sussistano specifiche ragioni», lasciando allora intendere come nella liquidazione giudiziale di gruppo l'unicità dell'ufficio concorsuale costituisca la *regola* e la nomina di organi distinti l'*eccezione*, alla quale ricorrere soltanto in presenza di ragioni ostative, che devono in ogni caso possedere i caratteri della *specificità*. In questa prospettiva, non convince allora l'impostazione di SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 66, ove il rilievo per cui tra le «specifiche ragioni» che potrebbero indurre a scindere l'ufficio concorsuale vi è anche – se non prioritariamente – il rischio di conflitti di interesse in capo al medesimo curatore. Ebbene, fermo restando che quello dei conflitti è un tema al quale occorrerà dedicare un approfondimento più ampio nel corso della presente indagine, in questa sede può essere sufficiente rilevare come, se effettivamente il rischio di un conflitto d'interessi fosse *di per sé* un fatto idoneo a giustificare la nomina di curatori distinti, l'unicità dell'ufficio concorsuale non troverebbe *pressoché mai* applicazione, essendo i conflitti d'interesse immanenti alla gestione dell'insolvenza del gruppo al pari di quanto lo sono nella cornice del gruppo *in bonis*. Il che, allora, non può che suggerire l'opportunità di rimeditare *tanto* il senso e l'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 287 del Codice della crisi, *quanto* – e *a monte* – la stessa reazione dell'ordinamento a fronte dell'affidamento al medesimo curatore della gestione di interessi diversi e talvolta confliggenti.

¹⁵² Il virgolettato in D'ALESSANDRO, *Pluralità di procedure ed unicità dell'ufficio concorsuale*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Esperienze, riflessioni e prospettive. Atti del Convegno SISCO (28 novembre 1987)*, Milano, 1989, e in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Tomo I, Milano, 1999 (da cui si cita), 925.

dell'attivo, resa opportuna in ragione della composizione dei patrimoni delle imprese insolventi del gruppo – di una *gestione del pari unitaria* dell'impresa comune¹⁵³, giustificata dai medesimi collegamenti di natura economica, industriale e produttiva sulla base dei quali si era dispiegata l'attività di direzione e coordinamento del gruppo *in bonis*¹⁵⁴. Due scenari, questi ultimi, che del resto non si porrebbero in un rapporto di reciproca esclusione, bensì di *strumentalità* dell'uno rispetto all'altro o, meglio ancora, di piena *complementarità*, e ciò in quanto è ormai acquisito come la liquidazione unitaria di un complesso aziendale *in tanto* risulti praticabile ed economicamente vantaggiosa, *in quanto* il suo deprezzamento e la sua disgregazione vengano evitate proprio attraverso la prosecuzione interinale dell'impresa¹⁵⁵: da condursi allora, in presenza di un gruppo in

¹⁵³ Dubitativa è, al riguardo, la posizione di SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 54, ove il rilievo per cui «nella liquidazione giudiziale [...] di gruppo l'efficienza della procedura può perseguirsi entro un cono di possibilità più ristretto rispetto a quello consentito dal concordato di gruppo, in quanto necessariamente consono alla finalità liquidatoria tipica della liquidazione giudiziale in generale [...] per quanto questo non paia poi escludere, al pari della liquidazione giudiziale delle imprese monadi, il ricorso a forme di prosecuzione dell'attività d'impresa – esercizio provvisorio o affitto – che siano strumentali ad una migliore liquidazione». In termini non dissimili cfr. FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1009.

¹⁵⁴ Un approccio analogo era stato del resto già suggerito da LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 163, ove il rilievo per cui «il piano di risanamento e la liquidazione programmata possono essere perseguiti in termini utili solo se vi sia modo di tenere conto di *tutte le connessioni che le imprese dissestate hanno avuto*» (enfasi aggiunta). Ancor più esplicita nel senso di una «“gestione unitaria” per le imprese del gruppo» che versano in stato di insolvenza è la posizione di PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 622, nonché ID., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, cit., 568 s., ove l'idea per cui anche «nell'ipotesi che l'irreversibilità dell'insolvenza comporti l'apertura di una procedura di fallimento», non è esclusa «la possibilità di una prosecuzione, sia pure temporanea, dell'attività di impresa; prosecuzione che può rivelarsi opportuna anche al fine di conservare l'eventuale valore di avviamento e consentire la sua realizzazione all'atto della liquidazione dei beni aziendali». In questa prospettiva, peraltro, proprio l'apertura di una procedura unitaria, con il conseguente «affidamento delle operazioni concorsuali ai medesimi organi non solo consente agli stessi di acquisire in via diretta tutti gli elementi utili per ricostruire i rapporti concretamente intercorsi tra le diverse entità sottoposte a concorso, ma rende anche possibile formulare *unitari programmi di riorganizzazione e di liquidazione* delle imprese insolventi, con economie di costi e prospettive di maggior realizzo agevolmente intuibili» (enfasi aggiunta).

¹⁵⁵ Lo stretto collegamento funzionale – efficacemente espresso in dottrina, sebbene nel contesto della liquidazione volontaria delle società di capitali con l'apparentemente ossimorico binomio del «liquidare esercendo» (così NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime osservazioni sulla riforma*, in *Riv. soc.*, 2003, 899) – esistente tra la cessione unitaria del compendio aziendale e la gestione intermedia dell'impresa, strumentale alla sua «liquidazione riallocativa» è messo bene in evidenza da FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, cit., 447. In termini ancor più netti PACIELLO, *Prosecuzione dell'impresa fallita e poteri gestori della curatela*, cit., 87, ove il rilievo per cui la continuazione temporanea dell'attività può addirittura rappresentare «una *necessità* tutte le volte che vi sia una ragionevole possibilità di vendita del compendio aziendale» (corsivo nel testo), e PACCHI, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, cit., 7, secondo la quale «la disciplina del fallimento mostra finalmente che la liquidazione concorsuale non è incompatibile con operazioni tese a valorizzare il complesso aziendale quali tappe funzionali alla cessione unitaria dell'azienda. Anzi sono proprio le operazioni di valorizzazione dell'attivo che possono essere condotte, quando non vi sia pregiudizio per i creditori, a partire dalla pronuncia di fallimento, ad essere essenziali alla cessione unitaria dell'azienda e, quindi, alla sua conservazione». In giurisprudenza, cfr. l'interessante applicazione dell'art. 104 l.fall. fornita da Trib. Lecco, 9 luglio 2013, in www.ilcaso.it, ove la decisione di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita è stata motivata proprio in ragione del fatto che «la pur momentanea interruzione potrebbe pregiudicare l'avviamento aziendale [...], così da pregiudicare la cessione *dell'azienda* e rendere necessaria la liquidazione *dei singoli cespiti* a prezzo decisamente più basso» (enfasi aggiunta). Al riguardo, è tuttavia appena il caso di precisare

tutto o in parte insolvente, nella medesima prospettiva “aggregata” impresa dalla direzione unitaria nella fase precedente l’emersione della crisi¹⁵⁶.

Tali considerazioni consentono a questo punto di tracciare una prima conclusione e, segnatamente, di sottoporre a revisione critica l’idea secondo la quale l’apertura di una procedura d’insolvenza coincida – *di per sé e in ogni caso* – con la “fine” o, meglio, con la *dissoluzione* del gruppo insolvente¹⁵⁷. Più precisamente, non appare in alcun modo sostenibile – contrariamente a quanto è stato autorevolmente scritto in dottrina – che *per il solo fatto* dell’apertura della liquidazione concorsuale a carico del gruppo, le «ragioni dell’impresa» non possano che «dissolversi totalmente», lasciando il posto alla sola «pluralità, costituita da *distinte esecuzioni collettive* su ciascuna componente del gruppo»¹⁵⁸.

Vero è, al riguardo, che lo spossessamento che discende (anche) dall’apertura della liquidazione giudiziale di gruppo rende oltremodo arduo postulare la *permanenza in capo alla controllante dei medesimi poteri di direzione unitaria* cui era sottoposto il gruppo in

– in aggiunta a quanto già osservato nel testo – come il giudizio di convenienza della prosecuzione interinale dell’attività d’impresa in pendenza di una procedura liquidatoria richieda una serie di valutazioni nient’affatto semplici, che si appuntano *non soltanto* sulla previsione di un migliore realizzo all’esito della liquidazione *unitaria* del complesso aziendale – resa possibile, quest’ultima, proprio dalla continuazione dell’impresa – a fronte del prevedibile risultato della vendita *atomistica* dei singoli beni aziendali, *ma altresì* sul raffronto tra il valore iniziale del patrimonio liquidabile e l’impatto del presumibile risultato “di periodo” della gestione endoconcorsuale dell’impresa (per un quadro delle possibili valutazioni comparative cfr. FIMMANÒ, *La gestione dell’impresa nell’ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, cit., 158). È evidente, infatti, come la continuazione dell’attività in tanto possa essere disposta in quanto *entrambi* i giudizi restituiscano un esito positivo: ad essa ostando, cioè, *tanto* l’assenza di convenienza della liquidazione aggregata, *quanto* – a maggior ragione – la previsione dell’incremento delle passività di gestione in misura tale da assorbire integralmente l’eventuale plusvalore derivante dalla soluzione liquidatoria prescelta (in tal senso cfr., in luogo di molti, FREZZA, *Il programma di liquidazione*, in *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, cit., 276, nonché, in termini generali, D’ATTORRE, *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente*, cit., 67 s., ove il rilievo per cui «la cessione unitaria dei complessi aziendali, anche se oggetto di *favor*, non è un valore in sé, ma solo uno strumento per consentire il maggiore soddisfacimento dei creditori, consentendo un migliore realizzo monetario, così da poter essere attuata solo e nella misura in cui sia strumentale al più alto realizzo dell’attivo»).

¹⁵⁶ Uno spunto in tal senso in FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999, 186, ove l’intuizione per cui «la stessa utilizzazione dello strumento dell’esercizio provvisorio appare il più delle volte inadeguata per ottimizzare la liquidazione dei cespiti patrimoniali se l’impresa, gruppo in senso economico, è parcellizzata in tante imprese sottoposte a procedure concorsuali in aree geografiche diverse»: un’osservazione, quest’ultima, dalla quale si desume implicitamente come, nel contesto – viceversa – di una procedura unitaria aperta a carico del gruppo e gestita da organi unici, l’esercizio dell’impresa condotto in prospettiva “aggregata” consenta la migliore valorizzazione del patrimonio del gruppo.

¹⁵⁷ I concetti di “fine del gruppo” o, ancora, di sua “dissoluzione” in coincidenza con l’apertura della liquidazione giudiziale sono adoperati da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 58 s., al fine di concludere nel senso che «il gruppo di imprese [...] è presupposto per l’accesso alla procedura di liquidazione giudiziale di gruppo; ma dove comincia questa, finisce quello». Ad una conclusione analoga giunge altresì SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l’insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 675, sul presupposto per cui «la direzione e coordinamento di gruppo è attività che presuppone il *going concern*; appare pertanto arduo assumere che essa possa continuare, nei medesimi termini e con le medesime modalità della fase *in bonis*, nella vicenda liquidatoria e dissolutiva dell’impresa insolvente».

¹⁵⁸ Il virgolettato in D’ALESSANDRO, *Gruppi, codice della crisi e ircocervi coasiani*, cit., 13 s. (enfasi aggiunta).

bonis, quantomeno se intesi alla stregua della fattispecie descritta dall'art. 2497 c.c.¹⁵⁹: e ciò se non altro in ragione del fatto che gli effetti dell'ammissione alla procedura privano l'organo amministrativo della capogruppo di quella capacità di «influenzare» – secondo la nomenclatura impiegata dall'art. 2497-ter c.c. – le scelte gestorie e strategiche nella quale si manifesta la direzione unitaria codicistica¹⁶⁰. Donde allora la fondata impressione per cui, una volta venuta meno la “cinghia di trasmissione” tra l'influenza dominante scaturente dal rapporto partecipativo o contrattuale e l'*esercizio dell'impresa* delle società controllate, possa dirsi addirittura ribaltata la presunzione semplice di esercizio dell'eterodirezione di cui all'art. 2497-sexies c.c.¹⁶¹.

Ciò nondimeno, anche a voler prescindere per un momento dall'inevitabile permanenza in caso alla controllante di taluni poteri a carattere strettamente endoprocedimentale, da esplicitarsi cioè nei rapporti tra la società insolvente e gli organi della procedura e preordinati alla tutela di talune prerogative marcatamente difensive e reattive¹⁶², non appare comunque azzardato ipotizzare che, in presenza di complessi produttivi ancora *viabiles* e in ragione, quindi, della scelta di disporre l'esercizio dell'impresa, l'unico curatore possa essere investito, al pari della controllante, di un inedito potere di *gestione unitaria* del patrimonio del gruppo¹⁶³. Un potere cioè che, *per un verso*, si riallaccia direttamente allo «statuto legale» delle funzioni e, segnatamente, alle attribuzioni di carattere *sostanziale* delle quali il curatore è intitolato in ragione del

¹⁵⁹ In questi termini cfr. SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 58 s., ove il rilievo per cui «la liquidazione giudiziale di gruppo [...] decreta la fine dell'attività di direzione e coordinamento, almeno quanto alle società sottoposte alla procedura. E con ciò – se queste siano tutte le società che lo formano, o comunque la capogruppo – anche la *fine del gruppo*, se inteso a stregua dell'art. 2497 c.c.».

¹⁶⁰ Considerazioni analoghe da ultimo in ABRIANI, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 25 marzo 2021, 3 s.

¹⁶¹ Considerazioni analoghe in SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 59, ove proprio l'inevitabile constatazione per la quale lo spossessamento che deriva dall'apertura di una procedura liquidatoria «preclude che possa ulteriormente dispiegarsi, da parte della capogruppo, un qualche potere di direzione e coordinamento dell'attività delle controllate che entrano in procedura; determinando con ciò, sul piano strettamente giuridico, lo svanire dello stesso elemento costitutivo (il collante, potrebbe dirsi) della fattispecie delineata dall'art. 2497 c.c.»: e ciò in quanto «la partecipazione di controllo, che pur continuerà, almeno nell'immediato, ad essere detenuta dalla *ex capogruppo* [...] non potrà più fungere da leva per indirizzare la gestione delle controllate».

¹⁶² Una rassegna dei quali può leggersi da ultimo in FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, Milano, 2020, 273 ss., che muove dal presupposto per cui «la permanenza in carica degli esponenti societari è imprescindibile per la tutela dei diritti della società nei confronti della procedura concorsuale», per concludere nel senso della «sopravvivenza di una serie di prerogative delle figure apicali della società fallita [...] intimamente connesse allo svolgimento della procedura concorsuale», limitate tuttavia a tutte quelle attività che possano dirsi neutre rispetto alla stessa. In questo senso cfr. già NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 322 ss., ove la conclusione secondo la quale l'apertura del fallimento non determina una compressione dei poteri degli organi sociali, quanto meno con riguardo agli «ambiti non toccati dalle esigenze della procedura e non interessanti il patrimonio oggetto dello spossessamento».

¹⁶³ Un potere in particolare che, a seconda del criterio di gestione che si riterrà di individuare e di preferire, potrà assumere i connotati dell'«amministrazione *conservativa*, nella quale i beni amministrativi sono fine a sé stessi», dell'«amministrazione *produttiva*, nella quale invece i beni hanno una funzione strumentale per la produzione di un risultato utile e di un lucro», ovvero dell'«amministrazione *liquidativa*, o liquidazione, nella quale lo scopo è la conservazione in danaro dei beni stessi oggetti di amministrazione» (secondo la nota tassonomia coniata da CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 123).

proprio ufficio: tra le quali oggi certamente rientra, anche (se non a maggior ragione) nelle procedure di gruppo, l'impiego produttivo degli *assets* acquisiti all'attivo, in funzione di una loro più ampia valorizzazione¹⁶⁴; e che, *per l'altro*, si presta a supportare una forma di continuazione dell'attività che, pur non implicando una «continuità dell'impresa» in senso *sogettivo*, si caratterizza nondimeno per la «continuità dell'*organizzazione aziendale*, mediante l'esercizio di altra impresa altrimenti imputata, la quale di quell'organizzazione si avvale»¹⁶⁵.

Sul punto conviene tuttavia intendersi.

Vero è, infatti, che l'insolvenza costituisce, secondo la ricostruzione oggi più accreditata, l'epifenomeno di una disfunzione dell'*organizzazione* e del *finanziamento* dell'impresa esercitata in forma societaria¹⁶⁶: tant'è che, con riguardo al gruppo, essa potrebbe consistere, se non addirittura trovare le sue cause proprio nel collasso del tessuto produttivo del quale l'attività si avvale. Altrettanto certo è, poi, che il particolare contesto "ambientale" in cui la gestione del patrimonio del gruppo si colloca impone un consistente "slittamento" di obiettivi e di priorità gestionali, trattandosi non a caso di individuare a tal fine criteri di *gestione* e di *destinazione* del valore del gruppo che siano consoni alla finalità liquidatoria, seppur *riallocativa*, cui la liquidazione giudiziale di gruppo è preordinata¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Il riferimento allo «statuto legale dell'ufficio, peraltro pubblicistico» che il curatore ricopre è valorizzato da SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 59, al fine tuttavia di *smiunirne* il ruolo nella gestione del patrimonio e dell'impresa del gruppo in liquidazione giudiziale e, segnatamente, di escludere «che il potere di gestire le imprese di gruppo, o meglio la liquidazione dei loro attivi, che oramai spetterà al curatore, possa venire descritto nei termini di un mero avvicendamento nell'attività di direzione e di coordinamento (come se il curatore, cioè, diventasse un anomalo "capogruppo"), anziché come una sua dissoluzione». Nella prospettiva delineata nel testo, è invece proprio il *tenore* dei poteri pubblicistici attribuiti al curatore nella nuova disciplina dell'insolvenza del gruppo e, prim'ancora, delle imprese autonome – come delineati sulla scorta delle indicazioni desumibili dal Codice della crisi – a suggerire una valorizzazione del *profilo gestionale* dell'impresa e del patrimonio del gruppo nella liquidazione giudiziale unitaria: ben potendo allora il curatore svolgere funzioni *sostanzialmente* analoghe, benché *funzionalmente* diverse, da quelle esercitate dalla capogruppo nell'ambito del gruppo *in bonis*.

¹⁶⁵ Il virgolettato in DI SABATO, *Ricostruzione e unificazione del gruppo nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Esperienze, riflessioni e prospettive. Atti del Convegno SISCO (28 novembre 1987)*, cit., 40 (enfasi aggiunta). Merita quindi sotto questo profilo adesione la posizione di SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 59, ove l'idea per cui il subentro del curatore nella gestione dell'impresa di gruppo non può essere inteso quale anomalo "avvicendamento", in senso atecnico e puramente descrittivo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento che aveva avuto ad oggetto il gruppo *in bonis*.

¹⁶⁶ Per tale interpretazione del presupposto oggettivo del fallimento e dell'attuale liquidazione giudiziale sia sufficiente rinviare, quanto all'impresa *tout court*, a GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, *passim* e, quanto all'impresa collettiva, a FERRI jr., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria, in La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, cit., 37 ss.; in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, 279 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 2011, (da cui si cita), 413 ss.

¹⁶⁷ E d'altra parte, con riguardo alla gestione dell'impresa sociale nella fase successiva al verificarsi di una causa di scioglimento, è stato autorevolmente sostenuto che sia assista ad una mera modificazione della «modalità operativa», ma non della «finalità lucrativa dell'organizzazione», tant'è vero che tra le modalità di liquidazione del patrimonio sociale «l'*optimum* sarebbe di continuare l'esercizio dell'impresa per addivenire alla cessione in blocco dell'azienda» (LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 549).

Ciò nondimeno, resta comunque il fatto – e ciò non pare francamente revocabile in dubbio – che anche l’attuale disciplina di *diritto comune* del gruppo insolvente, al pari della legge sull’amministrazione straordinaria, si fonda sul «riconoscimento di un *fatto sostanziale* a monte della procedura: la considerazione unitaria del gruppo nei suoi momenti organizzativi insolventi». Invero, la stessa possibilità di disporre una procedura unitaria a carico della parte insolvente del gruppo non può non giustificarsi se non in ragione della considerazione del gruppo come «fenomeno rigorosamente unitario» e delle società controllate insolventi come «momenti di organizzazione giuridica di un unico tessuto economico»¹⁶⁸: organizzazione imprenditoriale che potrebbe allora “resistere” all’insolvenza¹⁶⁹, rendendo pertanto obbligato che la prosecuzione endoconcorsuale dell’impresa segua i medesimi programmi di gestione in cui si era tradotta la pianificazione “aggregata” dell’attività del gruppo *in bonis*¹⁷⁰.

Ciò, del resto, trova un suo solido fondamento anche sul piano teorico. S’intende cioè sostenere come, se riguardato nella prospettiva *dell’impresa*, il mero fatto costituito dall’apertura della procedura a carico del gruppo si atteggi a ben vedere a soluzione di continuità della sola *imputazione* dell’attività sotto il profilo *soggettivo*, e non anche invece a *fattore disgregante* dell’organizzazione produttiva e dell’unitario programma imprenditoriale svolto dal gruppo. Il che, in definitiva, riecheggia l’opinione di quella dottrina che, muovendo dalla gestione dell’impresa di gruppo nell’amministrazione straordinaria, ha alquanto “pionieristicamente” ipotizzato che, «se si assume che l’esercizio dell’attività durante la procedura non implica continuazione dell’impresa nel suo profilo soggettivo, ma si configura come una distinta impresa che si avvale della medesima organizzazione produttiva, il passo è breve per considerare la gestione del [...] curatore nel caso dell’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento come un’impresa diversa, facente capo all’organo della procedura e non al soggetto che vi è sottoposto»¹⁷¹.

¹⁶⁸ I virgolettati in LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 154 s.

¹⁶⁹ Spunti in tal senso nella fondamentale indagine di LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 40, ove il rilievo per cui nelle procedure di gestione dell’insolvenza di gruppo l’attenzione deve soffermarsi «sul complesso di connessi e di interdipendenze di cui il gruppo si compone, indipendentemente dall’imputazione soggettiva dei singoli momenti. Ciò che è oggetto di considerazione [è] il “fatto” globale dell’organizzazione [...]. L’organizzazione, vista nella sua unitarietà, dovrà allora avere rilievo, ed essere regolata in conseguenza».

¹⁷⁰ Pienamente condivisibile appare quindi, per le ragioni espresse nel testo, la posizione di SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l’insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 675, secondo la quale, sebbene «il legislatore non si lasci ora guidare dall’idea che lo scopo della disciplina debba necessariamente essere quello di riprodurre, nella fase della crisi o dell’insolvenza, la medesima unità di direzione finanziaria e strategica che aveva caratterizzato il gruppo *in bonis*», vero è comunque che l’obiettivo delle nuove regole è quello di «munire le imprese di strumenti di gestione della crisi e dell’insolvenza tarati sulla dimensione del gruppo e sulla forma “a gruppo” dell’impresa, che consentano di valutare, con riferimento a ciascuna fattispecie concreta, se sia il caso di far prevalere il profilo economico-finanziario dell’unità (i.e., la direzione unitaria del gruppo, o, per usare il lessico del nostro codice civile, la direzione e coordinamento di gruppo) rispetto al principio di separatezza giuridica delle società o imprese del gruppo, *eventualmente giustificando soluzioni parzialmente difformi da quelle che sarebbero coerenti, a rigore, con il rispetto assoluto di quel principio*» (enfasi aggiunta).

¹⁷¹ Il virgolettato ancora in DI SABATO, *Ricostruzione e unificazione del gruppo nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, cit., 40 s. Per uno spunto nel senso della «permanenza, anche nel fallimento, dell’impresa come organizzazione produttiva» cfr. altresì GAMBINO, *Profili dell’esercizio*

Una gestione, in definitiva, che, proprio in quanto ispirata alle medesime finalità imprenditoriali e alla medesima vocazione efficientista che intimamente contraddistinguono la direzione unitaria codicistica, si presterà a costituire in sede concorsuale lo strumento elettivo di ottimizzazione del valore del patrimonio del gruppo: ciò in piena coerenza con quelle stesse “ragioni” economiche che puntellano *funditus* l’opzione per l’apertura di una procedura *unitaria* di liquidazione giudiziale di gruppo.

8. *La gestione unitaria del gruppo insolvente e il suo finanziamento: la centralità a livello ordinamentale del sostegno finanziario infragruppo.*

Nel diritto concorsuale riformato la prosecuzione dell’attività è stata elevata a strumento prioritario di *tutela del valore* dell’impresa in crisi, costituendo, nelle procedure liquidatorie, il presupposto necessario di quelle soluzioni riallocative unitarie dell’azienda in esercizio che, tanto nella disciplina *speciale* del gruppo insolvente, quanto in quella *generale*, risultano tuttora collocate al primo posto nella gerarchia delle opzioni percorribili nella fase della liquidazione dell’attivo. In tale contesto, non stupisce allora come l’esercizio dell’impresa costituisca, a dispetto del silenzio delle norme sul punto, uno scenario niente affatto marginale anche nelle nuove procedure di gruppo, nel contesto delle quali quell’istituto si pone peraltro quale naturale prosecuzione dell’attività di direzione e coordinamento del gruppo *in bonis* e presupposto per la realizzazione di un *plusvalore*, da destinare (non già a remunerazione dell’investimento di maggioranza nell’impresa di gruppo, bensì) a beneficio dei creditori concorsuali.

La centralità nel sistema della continuazione endoconcorsuale dell’attività imprenditoriale (anche) di gruppo – oltre ad evocare interrogativi di carattere pratico ai quali si tenterà di fornire risposta nel prosieguo della presente ricerca – dischiude sul piano teorico un’ulteriore prospettiva d’indagine, per quanto consta inedita negli studi sull’insolvenza del gruppo. Si intende cioè mettere in evidenza come la prosecuzione dell’impresa nelle procedure di gruppo evochi immediatamente la tematica del *finanziamento* dell’esercizio provvisorio, già oggetto di studio in relazione all’attuale art. 104 l.fall.¹⁷² e destinata, proprio in ragione dell’ampliamento dei margini di operatività dell’istituto, ad acquisire una rinnovata centralità nel diritto concorsuale riformato.

Più precisamente, è ormai acclarato come l’ostacolo principale al successo dell’esercizio provvisorio sia rappresentato non tanto (o non soltanto) dalle condizioni di

dell’impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese, cit., 563.

¹⁷² E si veda al riguardo l’accurata indagine di FABBIO, *L’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento*, cit., spec. 265 ss., il quale muove tuttavia dal presupposto per cui il problema del finanziamento dell’esercizio provvisorio, pur essendo «cruciale per l’impresa in crisi», è tuttavia «pressoché ignorato», in ragione della tradizionale «marginalità dell’esercizio provvisorio nella prassi» e della «diffusa convinzione della sua eccezionalità nel sistema normativo». Un cenno al problema, definito come «uno dei profili più delicati dell’intero tema dell’esercizio provvisorio nel fallimento», e al quale fa seguito, senza ulteriore approfondimento la constatazione per la quale «gli esercizi provvisori tendono nella pratica ad autofinanziarsi, ossia a consumare le risorse già proprie», anche in F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell’impresa nel fallimento*, cit., 92 s.

avanzata decozione in cui abitualmente versano le imprese fallite, bensì dalla difficoltà di reperire fonti di finanziamento che rendano i risultati della prosecuzione dell'attività quantomeno neutri, se non addirittura vantaggiosi per i creditori. Tant'è vero, del resto, che quanti in dottrina si sono fatti carico del problema hanno concluso nel senso che l'unica soluzione *concretamente* percorribile – nell'assenza di quel mercato delle imprese in crisi, la cui formazione pure ha costituito uno dei principali obiettivi delle recenti riforme¹⁷³ – sia rappresentata dall'*autofinanziamento*: e cioè a dirsi, dal reimpiego nell'attività d'impresa delle risorse, nella maggior parte dei casi esigue, acquisite all'attivo della procedura¹⁷⁴.

Non è arduo avvedersi, tuttavia, di come il problema del finanziamento dell'esercizio provvisorio, se calato nello scenario delle procedure di regolazione dell'insolvenza del gruppo, assuma caratteristiche oltremodo peculiari¹⁷⁵. È a dir poco evidente, infatti, come il perimetro delle risorse alle quali in astratto è possibile attingere sia inevitabilmente più

¹⁷³ Si tratta dell'obiettivo al quale è intimamente ispirata, da ultima, la riforma del diritto fallimentare del 2015, che ha introdotto nella disciplina del concordato preventivo i due strumenti delle proposte e delle offerte concorrenti (e per tale osservazione cfr., da ultimo e in luogo di molti, AIELLO, *La competitività nel concordato preventivo. Le proposte e le offerte concorrenti*, Torino, 2019, 1 ss.). Con il primo, infatti, ai creditori è stata accordata non soltanto la facoltà di assicurare una piena valorizzazione degli *assets* concordatari, ma finanche di subentrare nella titolarità stessa dell'impresa in crisi: con il che appare allora sostenibile come anche le proposte concorrenti si prestino ad essere valutate quali strumenti di riallocazione del valore attuale e futuro dell'impresa in concordato e preordinati a garantire, attraverso la cooperazione del mercato, una più efficace tutela positiva del valore dell'azienda e dell'impresa in crisi. *Ratio* che, d'altra parte, si presta ad essere colta nella interezza alla luce del confronto con l'ulteriore novità introdotta dalla riforma, vale a dire l'istituto delle cd. offerte concorrenti di cui all'art. 163-bis l.fall. (per la possibilità di fornire «una lettura unitaria in termini teleologici» delle novità introdotte con la riforma del 2015 cfr. DELLA TOMMASINA, *Offerte concorrenti per l'acquisto di «specifici beni» e contratti preliminari pendenti nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 939 ss.).

¹⁷⁴ Si tratta, del resto, della conclusione alla quale perveniva già CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, cit., 256 s., e alla quale perviene oggi anche FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., spec. 283 ss., pur nel contesto di un'impostazione più liberale che, muovendo dal presupposto per cui per l'attività d'impresa «l'indebitamento è un fatto naturale e di regola anzi essenziale», valuta come «desiderabile che la procedura possa attingere anche a risorse "esterne", cioè fornite da terzi, i quali potrebbero scegliere di fare affidamento sul buon esito della liquidazione fallimentare, oppure accettare di finanziare l'esercizio provvisorio in cambio di vantaggi di altro tipo». Con riguardo all'autofinanziamento, poi, si pone in particolare la questione – affrontata diffusamente da FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 286 ss. – sul se possano essere reinvestite nell'attività tutte le disponibilità della procedura o se, al contrario, non sia necessario introdurre delle distinzioni, fondate ad esempio sulla preesistenza o meno – e sull'eventuale legame diretto con la prosecuzione dell'attività – delle risorse da investire. Ebbene, una volta accolta l'idea per la quale l'esercizio dell'impresa nel fallimento non differisca troppo, dal punto di vista funzionale, dalla gestione della medesima attività prima dell'insolvenza, non v'è ragione di introdurre artificiose distinzioni all'interno della più ampia categoria – potrebbe dirsi – dei *mezzi propri* della procedura; fermo restando, è ovvio, che il reinvestimento di quote dell'attivo, indipendentemente dalla loro provenienza, deve essere supportato dalla ragionevole previsione della convenienza dell'intera operazione per l'interesse dei creditori.

¹⁷⁵ Non v'è chi non veda, del resto, come il ricorso in via esclusiva – o comunque prevalente – all'autofinanziamento dell'esercizio provvisorio di gruppo corrisponda a quanto accade, all'interno del gruppo *in bonis*, in presenza della prevalenza del finanziamento cd. "interno" su quello cd. "esterno" (mutuando al riguardo, seppur con un lieve slittamento semantico, le tassonomie coniate da MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, cit., 4 ss. e, prim'ancora, da SCHNEIDER, *La disciplina del finanziamento nel «Konzern»*, cit., 999): uno scenario nel quale, cioè, le risorse finanziarie non vengono reperite dalle singole società direttamente sul mercato, ma semplicemente riallocate all'interno del gruppo.

ampio rispetto all'omologo scenario nelle procedure d'insolvenza dell'impresa monade, in quanto comprende non soltanto gli attivi di tutte le imprese *insolventi* del gruppo ammesse alla procedura, ma anche gli *assets* di pertinenza di eventuali imprese *in bonis*, un cui apporto potrebbe in concreto risultare strategicamente opportuno, se non addirittura economicamente necessario¹⁷⁶.

Ma è possibile a ben vedere ipotizzare scenari ancor più complessi, connessi ad esempio con l'apertura della liquidazione giudiziale a carico della capogruppo e di *una parte* del gruppo e la contestuale ammissione di altre imprese ad una procedura di concordato preventivo. In tale contesto, il relativo piano potrebbe incentrarsi sulla deliberazione di operazioni sul capitale, funzionali a garantirne la prosecuzione dell'attività in ragione della sua *essenzialità* rispetto all'unitaria iniziativa economica di gruppo: aumenti di capitale la cui sottoscrizione spetterebbe prioritariamente alla capogruppo, pena l'inattuazione della soluzione concordataria e un'ulteriore perdita in termini di valore complessivo del gruppo¹⁷⁷.

In quest'ottica, il finanziamento dell'impresa di gruppo in sede concorsuale si traduce allora in un ulteriore capitolo nel quale è declinata la più ampia tematica del *sostegno finanziario infragruppo a fini riorganizzativi*¹⁷⁸, già emersa in altri settori dell'ordinamento e oggetto anche a livello internazionale di indicazioni che

¹⁷⁶ E si vedano al riguardo gli interrogativi posti da GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Questione giustizia*, 2019, 233, che evidenzia come «l'interesse "di gruppo" al salvataggio o, più in generale, alla risoluzione della crisi può essere perseguito mediante l'assunzione, da parte delle imprese sane, di obblighi di devoluzione, garanzia, finanziamento, investimento, prestazione di beni e servizi a condizioni di favore etc., generalmente subordinati all'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, o alla stipula dell'accordo di risanamento». Nell'ambito del concordato di gruppo, l'Autore riduce il possibile coinvolgimento di entità *in bonis* nella riorganizzazione del gruppo in crisi al mero concorso "esterno" «nella posizione di assuntori, garanti o sovventori, sottoscrivendo la domanda di concordato o l'accordo in aggiunta ai soggetti legittimati o assumendo impegni collaterali e strumentali».

¹⁷⁷ Emblematico è al riguardo l'esempio evocato da D'ALESSANDRO, *Pluralità di procedure ed unicità dell'ufficio concorsuale*, cit., 927, ove si allude proprio all'eventualità in cui le unità operative di un gruppo ammesso all'amministrazione straordinaria necessitano di reperire credito sul mercato e, al contempo, la società capogruppo sia sufficientemente patrimonializzata da poter prestare fideiussione in favore delle prime: esempio, quest'ultimo, che parrebbe confermare come gli organi della procedura potrebbero «sfruttare le possibili sinergie di gruppo nei limiti in cui queste avvantaggino alcune delle imprese senza danneggiarne alcuna delle altre».

¹⁷⁸ In quest'ottica, il sostegno finanziario deve essere inteso in senso lato come «l'insieme di operazioni di erogazione di credito o di concessione di garanzia, nonché di messa a disposizione di beni, le quali rientrano a pieno titolo nei trasferimenti infragruppo, in specie laddove esse siano poste in essere a condizioni non di mercato e comportino, piuttosto, un'attribuzione patrimoniale a favore dell'impresa in crisi al fine di consentirle l'accesso al credito» (MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 315). Nozione, quest'ultima, che può essere a sua volta fatta rientrare in quella di «finanziamento interno», intendendosi come tale «il complesso di operazioni attraverso cui una delle società del gruppo provvede alle esigenze finanziarie di un'altra, o di tutte le rimanenti società del gruppo stesso» (MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, 6): tecniche, queste ultime, attraverso le quali a ben vedere «si realizza in via convenzionale un contemperamento rispetto all'autonomia patrimoniale e alla distinta personalità delle società del gruppo, permettendo che la società controllante, o comunque la società che presenta una migliore situazione patrimoniale, provveda a rifornire delle risorse necessarie la società dotata invece di capitale insufficiente allo svolgimento dell'attività ricompresa nel proprio oggetto sociale» (MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, cit., 15).

tendenzialmente incoraggiano l'impiego delle disponibilità economiche del gruppo nell'ottica di far fronte alla crisi che ne interessa o può interessarne alcune componenti¹⁷⁹.

Tralasciando in questa sede l'analisi degli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario, e ciò per l'ovvia ragione della specificità del settore interessato e della finalità strettamente *preventiva* dell'istituto, è al contrario significativo rilevare come un frammento di tale tendenza sia già rinvenibile – come si è accennato in apertura – nella disciplina della variante speciale dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. L'art. 5 del cd. decreto Marzano consente invero agli organi della procedura di disporre – previa autorizzazione ministeriale – la cessione o l'utilizzo di beni, di aziende o di rami di aziende di pertinenza di imprese ammesse alla procedura, e ciò in funzione – non a caso – della «salvaguardia del *valore economico e produttivo* totale o parziale dell'impresa o del gruppo»; salvo poi aggiungere che, anche prima dell'approvazione del programma, il commissario straordinario può richiedere l'autorizzazione a porre in essere ogni altra operazione o categoria di operazioni che sia necessaria «per la *salvaguardia della continuità aziendale* delle imprese del gruppo», eccezion fatta per gli atti (qualitativamente o quantitativamente) di ordinaria amministrazione, i quali possono essere compiuti addirittura in assenza di autorizzazione ministeriale¹⁸⁰.

La norma – è bene premetterlo – è stata oggetto di marginale attenzione in dottrina, complice anche un tenore letterale che non rende immediatamente intellegibile il referente materiale dei poteri commissariali. In particolare, non è chiaro se la previsione di due regimi differenziati si attagli a due diverse e *distinte* categorie di operazioni¹⁸¹: *le*

¹⁷⁹ Si veda al riguardo la sezione 15.17 dello *European Model Companies Act (EMCA)*, modello di atto legislativo armonizzato di diritto societario redatto nel settembre del 2017 da un gruppo di accademici ed esperti di diversi paesi europei costituito presso l'Università di Aarhus (Danimarca). In particolare, la norma impone alla controllante di sottoporre le società del gruppo, che versino in condizioni tali da non poter far fronte con mezzi propri ad una situazione di crisi, ad interventi di ristrutturazione ovvero alle ordinarie procedure concorsuali o liquidatorie; pena l'assunzione della responsabilità per i debiti delle medesime, limitatamente a quelli successivi all'insorgenza della crisi, laddove la gestione del gruppo sia stata conforme all'interesse di gruppo, ovvero, in caso contrario, estesa a tutti i debiti connessi all'esecuzione di direttive pregiudizievoli. La soluzione, che recepisce la teorica del *wrongful trading* di matrice anglosassone, era stata proposta in Italia da TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società capogruppo. Prime considerazioni*, cit., 67 ss., nonché accolta anche in alcuni progetti di armonizzazione europea precedenti all'*EMCA*, tra i quali il rapporto del *Forum Europaeum* sui gruppi di società. Per l'approccio europeo al tema delle responsabilità gestorie connesse all'insolvenza di gruppo sia sufficiente rinviare a KINDLER, *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del Piano d'Azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 439 ss.

¹⁸⁰ In argomento cfr. DI MARZIO-MACARIO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, cap. VII, *La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. V, *Concordato fallimentare – Accordi di ristrutturazione – Piani di risanamento – Amministrazione straordinaria – Profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017, 780.

¹⁸¹ In questo senso parrebbe orientato ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria. La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (d.l. 23.12.2003, n. 347, convertito in l. 18.2.2004, n. 39 e succ. modif. – «Decreto Marzano»)*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, vol. III, *Concordato preventivo – Accordi di ristrutturazione – Transazione*

une espressamente individuate nel loro contenuto (e consistenti, cioè, in “cessioni” e “utilizzi”)¹⁸² ed ammissibili a condizione che siano semplicemente «finalizzate» alla salvaguardia del valore del gruppo, *le altre*, invece, tipizzate attraverso il solo riferimento, che ne costituisce al contempo il presupposto *necessario*, ad una possibile funzione di garanzia della «continuità dell’attività aziendale delle imprese del gruppo». Così come altrettanto incerto è il parametro al quale agganciare lo scrutinio, rispettivamente, di *funzionalità* e di *essenzialità* dell’operazione, nell’alternativa tra una valutazione riferita al *singolo* segmento imprenditoriale svolto da ciascuna impresa insolvente ed una – che appare a dire il vero nettamente preferibile – da condurre con riguardo all’*intera* impresa di gruppo¹⁸³.

Ad ogni modo, quel che appare evidente è che le operazioni alle quali la norma ellitticamente allude rappresentano – pur in presenza di un diverso regime applicabile in punto di autorizzazione ministeriale – due *species* all’interno del medesimo *genus*, trattandosi cioè di atti di assistenza patrimoniale e finanziaria, dal contenuto variegato ed atipico, che si caratterizzano per la loro strumentalità – *in via diretta* – alla prosecuzione dell’attività di gruppo e – *in via indiretta* o comunque *mediata* – alla conservazione del valore dell’impresa. Il che, allora, conferma paradigmaticamente come l’efficacia di una procedura di regolazione dell’insolvenza del gruppo, a maggior ragione se ispirata o comunque aperta a prospettive di conservazione del valore dell’impresa in esercizio, non possa prescindere dalla messa a disposizione di risorse di pertinenza del gruppo a sostegno della complessiva continuazione della sua attività¹⁸⁴.

E non è un caso, del resto, come anche le nuove regole in tema di operazioni contrattuali e riorganizzative nel concordato preventivo di gruppo colleghino a filo doppio la previsione della continuità aziendale di alcune imprese del gruppo con la

fiscale – Liquidazione coatta amministrativa – Amministrazione straordinaria – Profili internazionali – Disciplina penale, fiscale e transitoria, Torino, 2009, 2135.

¹⁸² Laddove, in particolare, il concetto di “utilizzo” dovrebbe essere letto quale riferimento ad un impiego del bene «diverso da quello già in corso, quale potrebbe essere l’affitto» (ZANICHELLI, *L’amministrazione straordinaria. La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (d.l. 23.12.2003, n. 347, convertito in l. 18.2.2004, n. 39 e succ. modif. – «Decreto Marzano»)*, cit., 2135). Possibile è inoltre l’inclusione nella nozione di “utilizzo” anche di operazioni di stabile attribuzione delle utilità derivanti da un bene, quali «conferimenti o atti similari» (DACCÒ, sub *Articolo 5. Operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo*, in *La legge Marzano. Commentario*, a cura di Castagnola-Sacchi, Torino, 2006, 227).

¹⁸³ In questo senso parrebbe essere orientata DACCÒ, sub *Articolo 5. Operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo*, cit., 228.

¹⁸⁴ Si vedano in questo senso le considerazioni di MEO, *L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 1119, ove il rilievo per cui si tratterebbe in ogni caso di «operazioni incidenti sul patrimonio di un’impresa [che] possono essere volte a soddisfare esigenze non necessariamente proprie della stessa impresa, ma anche del gruppo, e perfino di parti di esso». Enfatizza la portata innovativa della norma, nell’ottica in particolare di un auspicabile «travaso di regole sulla salvaguardia dell’impresa dalla legislazione amministrativa a quella ordinaria», in ogni caso con il «filtro della salvaguardia dell’interesse dei creditori», DI MARZIO, *Impresa di gruppo e procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 30 luglio 2013.

possibilità di disporre «trasferimenti di risorse»¹⁸⁵, che non soltanto risultino funzionali alla prosecuzione di quell'attività, ma che consentano altresì di prognosticare un migliore soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo¹⁸⁶. Evidente è allora il nesso funzionale che, nelle intenzioni della riforma, intercorre tra i tre elementi della norma: nelle eventualità in cui il conseguimento degli obiettivi della procedura transiti (anche) attraverso la continuità aziendale¹⁸⁷, i trasferimenti di risorse ne possono in concreto assurgere a condizione *necessaria* e, in quanto tale, a soluzione consentita, se non addirittura espressamente incentivata dall'ordinamento¹⁸⁸.

Certa è, in definitiva, la centralità a livello sistematico del sostegno finanziario infragruppo: non resta a questo punto che vagliarne la replicabilità nella liquidazione giudiziale di gruppo.

¹⁸⁵ Interessante è al riguardo esaminare le soluzioni che, in maniera assolutamente pionieristica rispetto ai successivi sviluppi della prassi applicativa, erano state individuate al fine di consentire «il travaso di parte delle risorse da alcune società ad altre» da FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. soc.*, 1998, 1341 s.: l'inserimento dell'operazione in un «piano organizzativo complesso che veda, in via alternativa o cumulativa, da un lato la presentazione di specifiche dichiarazioni di rinuncia (o quantomeno di postergazione), eventualmente condizionate, da parte dei creditori chirografari della società più capiente, a percepire la differenza fra l'intero credito e la percentuale distribuita a tutti i creditori delle altre imprese [...] e dall'altro trovi consenziente la maggioranza dei creditori che si esprime nell'adunanza». Probabilmente la pecca della soluzione preconizzata dall'Autore sta soltanto nell'eccessivo tributo – del resto pienamente comprensibile alla luce dell'allora disciplina del concordato preventivo – a logiche *individualiste* che inducono a ritenere necessario il consenso, espresso sotto forma di rinuncia dal singolo creditore, ad un trattamento deteriore rispetto a quello astrattamente spettante; e nel conseguente riconoscimento in favore del singolo di potere *bloccante* – sotto forma di un vero e proprio diritto di *veto* – esprimibile nelle forme della contestazione della convenienza del concordato con l'opposizione all'omologazione.

¹⁸⁶ L'obiettivo al quale oggi l'art. 285 del Codice è ispirato era stato del resto pionieristicamente anticipato da CORSI, *L'insolvenza nel gruppo, I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, cit., 1064, ove il rilievo per cui la disciplina della crisi del gruppo dovrebbe permettere che «le società fruente di maggiori disponibilità supportino il raggiungimento della percentuale da parte di quelle in più profonda crisi, tenuto conto anche del fatto [...] che l'impresa di gruppo nella sua integrità, e la sua lineazione unitaria nell'ambito della stessa procedura può significare un ricavo ben più consistente di quello proveniente dalla vendita isolata dei beni di ciascuna società dopo lo smembramento del gruppo».

¹⁸⁷ Le considerazioni espone nel testo inducono allora a ritenere preferibile la tesi, sostenuta da D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 289, secondo la quale i trasferimenti di risorse ai sensi dell'art. 285 del Codice della crisi possono essere previsti «anche in favore di imprese per le quali sia prevista la liquidazione, purché si dimostri che ciò sia necessario a consentire la continuità aziendale di altre imprese del gruppo (ed eventualmente anche della stessa impresa “trasferente”)». Ciò che rileva, infatti, è l'obiettivo strumentalità del trasferimento alla continuazione dell'attività imprenditoriale del gruppo *in senso lato*, e non già la sua funzionalità alla prosecuzione dell'attività svolta dalla singola impresa beneficiaria della provvista.

¹⁸⁸ In questa prospettiva, del resto, cfr. le considerazioni *ante litteram* di GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 385, ad avviso del quale, onde evitare che il valore del patrimonio del gruppo si riduca drasticamente, si rende necessaria nell'interesse dei creditori la «predisposizione di un programma di ristrutturazione dell'impresa di gruppo che preveda [...] apporti finanziari e di capitale di rischio atti a sostenere il risanamento delle controllate». E per l'opportunità di introdurre anche all'interno della procedura fallimentare «modelli di gestione simili o perfino identici a quelli propri delle convenzioni privatistiche» cfr. FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, cit., 1337.

9. *La regola di autonomia delle masse nella procedura unitaria di liquidazione giudiziale di gruppo: il contesto di riferimento.*

Ai fini dell'interrogativo appena evocato, è d'immediata evidenza come sia fondamentale, ed in un certo senso pregiudiziale, stabilire quale significato assuma, nel contesto della liquidazione giudiziale di gruppo, la regola secondo la quale è in ogni caso garantita «l'autonomia delle masse attive e passive» delle singole imprese del gruppo: regola, peraltro, dalla quale discende l'obbligo per il tribunale di nominare per ciascuna di esse un distinto comitato dei creditori e di imputare le spese generali della procedura «in proporzione delle rispettive masse attive».

Un'indagine approfondita su tale profilo si rivela, infatti, quanto mai opportuna, e ciò non tanto (o non soltanto) in ragione del fatto che il principio di autonomia dispiega i propri effetti anche al di fuori delle procedure liquidatorie, rivelandosi addirittura trasversale all'intera disciplina delle insolvenze del gruppo. Piuttosto, non è arduo avvedersi di come è proprio la corretta interpretazione di quel principio a rappresentare, dal punto di vista *logico* prim'ancora che teorico, una delle premesse ineludibili di un'indagine – quale la presente – che si proponga di tracciare contenuti e limiti di un potere di gestione unitaria in sede concorsuale del patrimonio del gruppo: e ciò in ragione dei potenziali vincoli che il medesimo può opporre agli organi della procedura in ordine all'impiego produttivo dei valori acquisiti all'attivo.

Tanto premesso, lo studio della regola di autonomia delle masse non può che muovere da una prima constatazione: occorre cioè prendere atto che quella regola è stata sino ad ora interpretata quale corollario, nella disciplina dell'insolvenza di gruppo, dei principi civilistici che informano l'attuazione coattiva della responsabilità patrimoniale del debitore.

In effetti, non è arduo leggere in filigrana, nei contributi dottrinali e giurisprudenziali precedenti l'entrata in vigore del Codice della crisi, l'idea – talvolta più diffusamente argomentata, talaltra data semplicemente per presupposta – secondo la quale la regola di autonomia delle masse costituisca il precipitato dei principi di universalità e di generalità della responsabilità patrimoniale scolpiti dall'art. 2740 c.c.¹⁸⁹: di quei principi, cioè, che presidiano *dall'esterno* la giuridicità del rapporto obbligatorio¹⁹⁰, assicurando che – tanto

¹⁸⁹ È quanto emerge, ad esempio, dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di concordato preventivo di gruppo, ove si legge infatti, *da un lato*, che «il concordato con cessione solo parziale dei beni realizza una violazione dell'art. 2740 cod. civ.» e, *dall'altro*, che «è inammissibile la proposta unitaria di concordato da parte di società fra loro collegate da vincolo di direzione e controllo che preveda l'attribuzione ai creditori di ciascuna società solo di parte del patrimonio di questa», e ciò in quanto «il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza *possibilità di confusione delle masse attive e passive*» [Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, cit. (enfasi aggiunta)].

¹⁹⁰ In tal senso cfr. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 55 s., ove l'idea per cui «la responsabilità patrimoniale è coesistente [...] al concetto di obbligazione» e, anzi, «è la garanzia patrimoniale dell'impegno che denuncia la rilevanza del precetto privato per l'ordinamento generale, che, in definitiva, ne fa un'obbligazione, cioè ne consente la riduzione in uno schema dell'ordinamento». In termini analoghi cfr. altresì ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1987, 485 ss. e ID., voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano,

prima, quanto e a maggior ragione in presenza dell'inadempimento¹⁹¹ – il patrimonio del debitore sia esposto al potere del creditore di avviare l'esecuzione forzata a garanzia del soddisfacimento della propria pretesa¹⁹².

In quest'ottica, infatti, premessa implicitamente la sostanziale continuità tra le regole che governano la responsabilità patrimoniale del debitore civile e quelle che presiedono alla responsabilità per debiti di impresa, si è sovente ritenuto che l'insolvenza del gruppo comporti l'*attualizzazione* dei principi generali dell'autonomia patrimoniale e della distinta personalità giuridica delle imprese del sodalizio¹⁹³, oltretutto pacificamente elevati a capisaldi della sistematica del diritto dei gruppi¹⁹⁴. Se ragguagliati, infatti, alla

1998, 1043, secondo il quale «la responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, e ne assicura comunque il risultato utile anche contro l'inerzia o la cattiva volontà del debitore: ne assicura il risultato esponendo i beni di quest'ultimo – [...] sta qui l'essenza del fenomeno – all'azione esecutiva promossa dal creditore». In quest'ottica, la responsabilità patrimoniale può ben essere risolta, nei suoi contenuti essenziali, alla «soggezione dei beni che costituiscono tale patrimonio (anche di quelli che vi entreranno a far parte in futuro) all'azione esecutiva del creditore» (D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella società del debitore*, in *Questione giustizia*, 2019, 171).

¹⁹¹ È possibile invero distinguere, con riguardo all'attuazione della responsabilità patrimoniale, due momenti, dei quali l'uno – quello *attuale* – coincide con l'esercizio da parte del creditore del diritto potestativo a provocare l'esecuzione forzata a tutela del proprio credito e l'altro – quello *potenziale* – si esprime nella mera *destinazione* dei beni del debitore a garanzia del credito e nella loro futura esposizione al potere di aggressione del creditore: fase, quest'ultima, che si concretizza nella «possibilità, attribuita al creditore, di assumere iniziative finalizzate ad accrescere il patrimonio del debitore o a conservare i beni del debitore a quella destinazione» (ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1044). In quest'ottica, i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica di cui agli artt. 2900 ss. costituiscono nient'altro che un «sintomo prodromico alla soggezione dei beni del debitore all'azione esecutiva» (ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, 6).

¹⁹² Potere che la dottrina civilistica riconduce oggi senza esitazione alla categoria del diritto potestativo, che nel caso di specie si sostanzia nell'esercizio di una serie di «poteri strumentali [...] diretti sia alla conservazione della garanzia patrimoniale sia all'esercizio dell'azione esecutiva»: cfr. in particolare ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 15 ss., ove anche la precisazione che «come accade per tutti i rapporti potestativi anche quello derivante dall'art. 2740 c.c. presuppone un'ulteriore ed autonoma relazione giuridica fra le parti che, nel caso specifico, non si può che individuare nel rapporto obbligatorio». È stata invero superata la risalente posizione di ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, cit., 690 ss. e in part. 696 s., cui *adde* ID., *Il fallimento: teoria generale e origine storica*, cit., 40 ss., secondo il quale il diritto del creditore è assimilabile ad un diritto di garanzia di natura reale, ed in particolare ad un pegno su tutti i beni del debitore, inteso come «diritto al valore pecuniario della cosa» o «diritto di realizzare e far proprio il valore pecuniario della cosa, in caso di inadempimento del debitore» (ROCCO, *Il fallimento: teoria generale e origine storica*, cit., 41).

¹⁹³ Già durante la vigenza della legge sull'amministrazione straordinaria la separazione delle masse era stata ritenuta «un'esigenza inderogabile» da TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 734.

¹⁹⁴ E dipendenti, in ultima istanza, dalla maggiore efficienza economica del modello di gruppo in termini di *asset partitioning* (per la cui funzione cfr. ovviamente HANSMANN-FRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, 21 ss.). D'altra parte, in dottrina è condivisa l'idea per cui la regola di autonomia, se intesa in termini di separazione patrimoniale, «risponde ad una esigenza effettivamente imprescindibile, prima ancora che in base ai principi concorsuali, alla luce della stessa struttura del gruppo, in quanto forma di organizzazione di un'unica impresa articolata in una pluralità di soggetti, o meglio di patrimoni, tra loro autonomi: autonomia che, proprio perché diretta a suddividere i rischi, tanto degli investitori, quanto dei finanziatori, pur assumendo rilevanza già nel corso dell'esercizio fisiologico della relativa attività, deve, ovviamente, "tenere", anche, ed anzi essenzialmente, nell'ipotesi di crisi, nella quale si assiste all'attualizzazione di quei rischi che, attraverso l'adozione della forma del gruppo, si è inteso appunto mantenere separati, pena il venir meno della stessa funzionalità di tale forma di

disciplina delle procedure concorsuali, tali principi assicurerebbero – in connessione con il disposto dell'art. 2740 c.c. – che il valore dei beni afferenti alla singola impresa sia destinato *esclusivamente* al soddisfacimento dei propri creditori e non venga per contro indirizzato a beneficio di ragioni di credito *estranee* al perimetro della relativa esposizione debitoria: e ciò – si badi – anche qualora tali pretese afferiscano ad imprese che, in virtù dell'appartenenza al gruppo, siano state partecipi della medesima direzione imprenditoriale unitaria dispiegatasi anteriormente all'insolvenza.

Interpretata in questi termini, la regola di autonomia delle masse ha d'altronde rappresentato uno dei punti fermi di quei tentativi dottrinali e giurisprudenziali che, in assenza di indicazioni di diritto positivo sul punto, hanno svolto un ruolo fondamentale di supplenza regolamentare in ordine ai contenuti di un'ipotetica disciplina generale dei gruppi in crisi o insolventi.

E così, con particolare riguardo alle soluzioni negoziali della crisi, la giurisprudenza di merito, pur avendo pacificamente riconosciuto la legittimità in senso latamente causale di una ristrutturazione dei debiti su base consolidata¹⁹⁵, si è nondimeno attestata – salvo sporadiche eccezioni¹⁹⁶ – su posizioni contrarie all'ammissibilità di proposte e piani concordatari che comportino a vario titolo una parziale riallocazione dei patrimoni afferenti alle imprese del gruppo coinvolte¹⁹⁷. Il che, parallelamente, ha indotto a

organizzazione» (FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, in *Corr. giur.*, 2020, 291).

¹⁹⁵ Si vedano al riguardo le pronunce di merito, intervenute negli anni Novanta del secolo scorso e citate da POLI, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2014, 1360 ss.: decisioni che, in particolare, si attestano tutte sulla legittimità causale di procedure unitarie di concordato preventivo, nelle eventualità e nei limiti in cui si accertino la sussistenza tanto di un legame di gruppo tra le società ricorrenti, quanto di una maggiore efficienza della gestione unitaria della crisi di gruppo. Una rassegna della giurisprudenza di merito e di legittimità in materia di concordato preventivo di gruppo può essere letta altresì in POLI, *Rassegna di giurisprudenza. Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 735 ss.

¹⁹⁶ Si veda, in particolare, Trib. Crotona, 28 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1533 ss., con nota di COLOGNESI, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*, ove è stata ritenuta «ammissibile la proposizione di unico ricorso per l'ammissione al concordato preventivo da parte di società o imprese individuali costituenti un gruppo» e, di conseguenza, è stata affermata l'«unitarietà di procedura anche in relazione all'adunanza dei creditori» e si è proceduto al calcolo delle maggioranze «con riferimento non a ogni singola impresa ma al gruppo»: ciò – addirittura – con l'ulteriore possibilità per cui «qualora per una delle imprese non sia raggiunta la maggioranza dei crediti, essa può ritenersi egualmente conseguita in relazione all'intero gruppo laddove ciò non comporti un apprezzabile sacrificio per i creditori dissenzienti». Più di recente cfr. Trib. Benevento, decr. 18 gennaio 2012, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 371 ss., con nota di VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, 378 ss., che ha ritenuto ammissibile la proposta di concordato presentata da un gruppo di società «un'unica massa attiva da ripartire tra i creditori di tutte le società», fermo restando la necessità di «tenere adunanze separate e votazioni distinte con conseguenti, rispettive e distinte maggioranze».

¹⁹⁷ Tale orientamento più rigoroso è sintetizzato in due pronunce, rese dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Roma in sede di gravame (Trib. Roma, decr. 25 luglio 2012, in *Fall.*, 2013, 748 ss., con nota di TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, e App. Roma, 5 marzo 2013, in *Giur. merito*, 2013, con nota penalistica di FILIPPI, *Sull'iniziativa del p.m. se la proposta di concordato diventa notizia decoctionis qualificata e sui vantaggi compensativi del concordato di gruppo*), nelle quali si legge in particolare che «ove [...] venga richiesto ai creditori di pronunciarsi su di una proposta che prevede l'attribuzione in loro favore di una parte del risultato della liquidazione fallimentare, viene ad essere violata la regola di ordine pubblico posta dall'articolo 2740 c.c. secondo la quale ogni debitore risponde delle obbligazioni assunte verso ciascun creditore con tutto il suo patrimonio

restringere i possibili contenuti della riorganizzazione concordataria di gruppo ai soli (e ben più modesti) meccanismi tipici del consolidamento procedimentale e, segnatamente, a soluzioni che consentissero il coordinamento tra procedure autonome – con particolare riguardo all’accentramento della competenza, alla nomina dei medesimi organi e alla circolazione endoconcorsuale delle informazioni – e una più incisiva cooperazione interorganica.

A conclusioni analoghe, del resto, è pervenuta anche la giurisprudenza di legittimità, a tal fine aderendo ad una lettura del sistema della responsabilità patrimoniale incline ad elevarne i principi ad altrettanti *limiti impliciti* all’autonomia privata nella pianificazione del risanamento concordatario¹⁹⁸. In quest’ottica, si è ritenuto in particolare che le norme che regolano l’esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore – area concettuale, tuttavia, all’interno della quale non è affatto scontato che anche il concordato preventivo si collochi¹⁹⁹ – impongano che le soluzioni negoziali della crisi vengano concepite in modo tale da ricalcare esattamente gli esiti di un’ipotetica liquidazione fallimentare dell’attivo²⁰⁰; parametro di conformità che, peraltro, entrerebbe a comporre il mosaico dei criteri inderogabili di giudizio ai quali è informato il sindacato di ammissibilità della proposta di concordato²⁰¹ e non costituirebbe, invece, materia di autonomia negoziale, rimessa in quanto tale alla valutazione di merito espressa dai creditori attraverso il voto.

Su tali premesse, che con riguardo all’impresa monade hanno fra l’altro indotto a ritenere preclusa una distribuzione del relativo patrimonio *svincolata* dall’ordine legale di graduazione dei crediti, è stato allora agevole negare cittadinanza nell’ordinamento

(senza che possa conservarne o diversamente destinarne una porzione)»: (Trib. Roma, decr. 25 luglio 2012, cit., 749).

¹⁹⁸ In questo senso, con particolare chiarezza, VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 342, che ritiene pertanto quel principio «derogabile, allora, solo in presenza di una norma che espressamente permetta tale risultato, come avvenuto, rispetto alla regola di proporzionalità, attraverso quelle disposizioni che consentono un trattamento differenziato tra creditori del medesimo rango, ma appartenenti a classi diverse».

¹⁹⁹ Il problema verrà esaminato nel prosieguo dell’indagine.

²⁰⁰ La posizione è stata compiutamente espressa in dottrina da VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 385, ove l’idea per cui il concordato liquidatorio con cessione dei beni ai creditori «si limita a replicare gli effetti della liquidazione e successiva ripartizione endofallimentare della massa attiva». Del medesimo Autore cfr. altresì *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, cit., 341 s., ove il rilievo per cui «l’apertura della procedura collettiva, di per sé, così come non determina alcuno stravolgimento del rango dei crediti concorrenti, allo stesso modo, osservando il fenomeno dal lato passivo delle relazioni di credito, non modifica il regime di responsabilità patrimoniale del debitore (principio di neutralità del concorso)».

²⁰¹ Ad allora addirittura elevato ad uno dei veri e propri «cardini ineludibili» del giudizio di “fattibilità” giuridica condotto dal tribunale ai fini dell’ammissione della proposta di concordato, come ritenuto da Trib. Bologna, 8 novembre 2009, inedito (ma citato da POLI, in *Il “concordato di gruppo”: i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, cit., 1368 s.). In dottrina l’idea per cui «per fattibilità giuridica debba intendersi (almeno) la rispondenza delle previsioni del piano alle norme imperative dell’ordinamento, tra le quali non possono non essere annoverate quelle che disciplinano la responsabilità patrimoniale del debitore sottoposto a procedura concorsuale» e, in particolare, «i principi fondamentali del concorso, primi fra tutti quelli dell’universalità e della generalità, delle obbligazioni inadempite rispondendo il debitore con tutti i suoi beni, presenti e futuri, nei confronti di tutti i creditori anteriori all’apertura del concorso» è sostenuta con particolare enfasi da VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, cit., 341.

italiano ai concordati di gruppo *in senso lato*²⁰²: intendendosi come tali quelle proposte presentate con un unico ricorso da più imprese del medesimo gruppo e riconducibili nel complesso a due modelli di fondo.

Per un verso, infatti, è stata espressamente bollata d'inammissibilità – sotto il vessillo dell'art. 2740 c.c. – quella tecnica di riorganizzazione concordataria consistente nella fusione *preventiva* delle società del gruppo, ovvero nell'alternativa, funzionalmente analoga, costituita dal conferimento dei relativi patrimoni in un'unica società in nome collettivo di nuova costituzione, il tutto in funzione della presentazione di una domanda di concordato unitaria²⁰³: una tecnica, in particolare, che aveva trovato ampia diffusione nella prassi operativa, in quanto idonea in radice, sul piano *processuale*, a derogare agli ordinari criteri di competenza territoriale nel caso in cui le imprese del gruppo abbiano sede in circoscrizioni diverse e, sul piano *sostanziale*, a consentire cessioni aggregate degli *assets* di pertinenza del gruppo²⁰⁴.

²⁰² Si mutua al riguardo la tassonomia coniata da FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 126, ove l'enucleazione di forme di «“consolidamento forte” tra le procedure [...] “concordato di gruppo in senso stretto”», contrapposte ad «ipotesi che solo apparentemente possono configurarsi alla stregua di un vero e proprio concordato di gruppo [quali] le ipotesi di domande che prevedano operazioni straordinarie, come le fusioni» e il conferimento dei complessi aziendali facenti capo alle singole società di capitali in un'unica società in nome collettivo. L'esigenza di una maggiore precisione terminologica con riguardo al fenomeno del concordato preventivo di gruppo è stata del resto colta anche dalla giurisprudenza di legittimità, e ciò nella misura in cui si è precisato che «l'espressione “concordato di gruppo” resta avvinta al fenomeno societario corrispondente; il quale fenomeno è appunto il gruppo di società», ciò con la conseguenza per cui «il (vero) concordato di gruppo non corrisponde alla fattispecie [...] nella quale l'unitarietà della proposta e del piano era intervenuta all'interno di una situazione di crisi gestita da parte di singole società, mediante forme di aggregazione di distinto segno sostanzialmente limitate a (meri) conferimenti di beni e all'accollo di debiti», né a quelle «tecniche di redazione di domande o proposte di concordato caratterizzate dalla costituzione di nuove società alle quali conferire i beni di altre, per modo di accedere al concordato su iniziativa della conferitaria - e/o (secondo i casi) della conferente legittimata dalla condizione di titolarità della massa attiva e passiva» (così Cass. civ., Sez. I, 31 luglio 2017, n. 19014, in *Società*, 2017, 1386 ss., con nota di FAUCEGLIA, *La Cassazione separa il “grano” dal “loglio”: i confini del concordato preventivo di gruppo*).

²⁰³ Si allude a Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Dir. fall.*, 2015, II, 639 ss., con nota di SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 114 ss., con nota di FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*; in *Fall.*, 2016, 142 ss., con nota di POLI, *Ammissibilità e tecniche di proposizione del “concordato di gruppo” dopo l'intervento della S.C.*; e in *Giur. it.*, 2016, 395 ss., con nota di DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*.

²⁰⁴ È interessante sottolineare come i due provvedimenti del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma citati alla precedente nt. 122, pur avendo negato l'ammissibilità della destinazione parziale dei beni nel concordato preventivo di gruppo, hanno viceversa ritenuto che «il risultato di provocare una diversa allocazione delle risorse e dei debiti nell'ambito di un gruppo può essere realizzato mediante una operazione di fusione tra società *in bonis*, procedimento che contempla, però, una serie di tutele individuali in favore dei creditori che ritenessero di essere pregiudicati dalla confusione dei patrimoni» (così Trib. Roma, decr. 25 luglio 2012, cit., 749): tecnica, quest'ultima, che è stata tuttavia anch'essa ritenuta inammissibile dalla giurisprudenza di legittimità. È evidente d'altro canto come la fusione preventiva, pur presentando indubbi vantaggi, connessi evidentemente con la creazione di un'unica massa attiva e di un'unica massa passiva e la conseguente eliminazione delle poste *inter-company*, sconti sul piano pratico l'incidenza di una serie di criticità, legate in particolar modo alle tempistiche del procedimento di fusione, alla presenza di eventuali opposizioni dei creditori e, in generale, al necessario raccordo tra l'operazione straordinaria e il suo inserimento all'interno di procedura di concordato, problema quest'ultimo che viene risolto mediante

Ma, *per altro verso*, ad un'analoga valutazione di inammissibilità si sono espone anche quelle proposte unitarie di concordato non precedute da alcuna operazione straordinaria concentrativa, ma, al contrario, presentate congiuntamente dalle singole imprese appartenenti al gruppo e, per ciò che in questa sede maggiormente rileva, corredate da piani incentrati su trasferimenti di risorse dall'una all'altra²⁰⁵: operazioni comunemente concepite in funzione della prosecuzione dell'attività afferente ad imprese operanti in settori strategici e, pertanto, strutturate in modo tale da dirottare in favore di queste ultime elementi dell'attivo afferenti ad imprese per le quali non fosse invece prevista la continuità aziendale²⁰⁶.

A fronte di tale orientamento, merita infine segnalare la posizione di una dottrina minoritaria, la quale, pur avendo riconosciuto l'importanza dei principi in materia di responsabilità patrimoniale nella costruzione di un diritto dei gruppi insolventi, ne ha tuttavia sollecitato una lettura evolutiva²⁰⁷: e segnatamente, una lettura che si faccia carico del loro adeguamento ad una fattispecie sostanziale di riferimento che non soltanto dischiude nella prassi operativa esigenze affatto peculiari, ma che anche sul piano del diritto positivo impone significative deviazioni rispetto alle regole generali tarate sull'impresa monade. Tant'è vero, infatti, che è proprio sulla scorta delle indicazioni desumibili dall'art. 2497 c.c. che è stata suggerita una rilettura del principio di universalità della responsabilità patrimoniale parametrata sul canone dei *vantaggi compensativi* e preordinata, in ultima istanza, a consentire in sede concorsuale parziali fuoriuscite di

l'apposizione alla prima di una condizione risolutiva consistente nella mancata omologazione della seconda (per tali considerazioni cfr. POLI, in *Il "concordato di gruppo": i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplezza giurisprudenziale*, cit., 1346 ss.). Sotto altra prospettiva, tuttavia, merita sottolineare come tanto la fusione preventiva, quanto il conferimento dei patrimoni in una società di nuova costituzione siano tecniche che ben possono consentire il rispetto *sostanziale* del principio di autonomia delle masse, e ciò nella misura in cui l'assegnazione delle partecipazioni nella società risultante dall'operazione sia concepita in modo tale da rispettare il *rapporto di proporzione* esistente tra le masse attive e passive delle società partecipanti (per tali rilievi, sebbene formulati in negativo, cfr. SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 649).

²⁰⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Fall.*, 2019, 489 ss., con nota di BENEDETTI, *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi fra passato e futuro*; in *Giur. comm.*, 2019, II, 1025 ss., con note di BASSI, *Concordato liquidatorio con offerta solo parziale dei beni del debitore*, e di SABBIONI, *Il concordato di gruppo tra prassi e Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, e in *Giur. it.*, 2019, 1367 ss., con nota di BOGGIO, *Separazione di masse, contribuzioni, consolidazione e concordato di gruppo: quo vadis?*).

²⁰⁶ Si veda al riguardo quanto intuito da FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, cit., 125, ove il rilievo per cui «il terreno elettivo in cui può meglio esplicitarsi tale fenomenologia risiede nei cc.dd. concordati misti, in cui convergono ipotesi meramente liquidatorie, per alcune società, e di continuità aziendale, per altre, in relazione ai quali l'attività di impresa manifesta un'evidente utilità per la soddisfazione dei creditori oltre che per la conservazione dell'azienda».

²⁰⁷ Si allude a SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 646 ss., ove è segnalata la «necessità di interpretare, alla luce dei principi declinati dagli artt. 2497 segg. cod. civ., l'universalità della responsabilità patrimoniale sancita dall'art. 2740 che, per quanto continui ad esser formalmente riferita alla singola società del gruppo, non può però certo trascurare la "logica molecolare" che ne pervade la gestione». Del medesimo Autore cfr. altresì *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 258 ss. e *Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma "Rordorf": prime impressioni*, *ivi*, 2016, 695 ss. e in *Innovazione e diritto*, 2017 (da cui si cita), 141 ss.

patrimonio dalla massa attiva della singola impresa del gruppo, laddove adeguatamente compensate dai benefici ritraibili dalla partecipazione al piano di ristrutturazione di gruppo²⁰⁸.

Tali spunti appaiono, già in via di prima approssimazione, meritevoli della più ampia considerazione, in quanto sottendono due decisive indicazioni, di metodo e di merito.

Ed innanzitutto, è evidente come l'estensione alla crisi del gruppo di un principio di compensazione dei sacrifici economici con i potenziali benefici derivanti dalla partecipazione ad un piano gestionale di gruppo disveli nitidamente la portata espansiva della regola dei vantaggi compensativi, alimentando così l'idea per cui la disciplina *codicistica* dell'attività di direzione e coordinamento contenga indicazioni o consenta comunque di astrarre principi applicabili anche al di là della *fisiologia* dell'agire di gruppo²⁰⁹.

Ma non è arduo neppure avvedersi di come la maggiore flessibilità, accordata da un'applicazione *elastica* dei principi in tema di responsabilità patrimoniale, consenta di superare in via interpretativa quell'evidente *scarto funzionale* che attualmente separa la gestione del gruppo *in bonis* dal trattamento del relativo patrimonio in sede concorsuale. Se è vero, infatti, che l'esercizio dell'eterodirezione comporta altresì la titolarità in favore della capogruppo, ancorché in via di mero fatto²¹⁰, di un *potere di disposizione sul*

²⁰⁸ Cfr. ancora SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 647, ove l'idea per cui deve «escludersi una violazione del principio inderogabile [dell'art. 2740 c.c.] nelle fattispecie in cui i vantaggi ritratti dal risanamento o dalla liquidazione aggregata delle attività del gruppo risultino, per la società pregiudicata da una certa operazione, pari o superiori ai sacrifici infertile»: una soluzione, quest'ultima, che del resto «non implica affatto la configurazione di una parziale deroga alla necessaria autonomia delle masse attive delle società coinvolte nel concordato di gruppo; né, tanto meno, equivale a riferire la responsabilità patrimoniale al gruppo nel suo complesso e non alle singole società», costituendo esclusivamente il portato di un ormai irrinunciabile adattamento del principio di universalità della responsabilità patrimoniale alla dinamicità di un compendio destinato all'esercizio di un'impresa operante secondo un modello organizzativo che si riveli, nel caso concreto, conforme all'assetto normativo risultante dagli artt. 2497 segg. cod. civ.».

²⁰⁹ Non merita pertanto di essere condivisa la posizione assunta da App. Roma, 15 marzo 2013, cit., ove si legge *non soltanto* che «la considerazione dei vantaggi connessi alla soluzione della crisi del gruppo mediante concordato di cui beneficerebbero tutti i creditori [...] non possa portare ad un superamento dei principi in tema di autonomia e responsabilità patrimoniale», *ma altresì* che «il legislatore ha attribuito rilevanza ai c.d. vantaggi compensativi, in tema di responsabilità, anche penale, degli amministratori al fine di escludere la configurabilità di un danno (art. 2947 c.c.) o la ingiustizia del profitto (art. 2634 comma 3 c.c.)», ambito in cui «viene in rilievo essenzialmente la individuazione del danno e, quindi, in definitiva, sotto un profilo strettamente economico, la compensazione del danno al patrimonio con benefici effettivi che sempre quel medesimo patrimonio ha potuto conseguire per effetto della politica gestionale imposta dalla capogruppo e non, piuttosto, il superamento del principio di autonomia giuridica e patrimoniale della singola società del gruppo».

²¹⁰ Come è noto, il problema dell'inclusione della *Leitungsmacht* entro le coordinate concettuali del diritto privato ha impegnato a lungo la dottrina italiana, la quale ha elaborato al riguardo almeno due modelli ricostruttivi. Secondo alcuni, infatti, il potere di direzione e coordinamento – della cui legittimità, dopo la riforma del 2003, non è dato dubitare, salvi i limiti dell'abuso – sarebbe equiparabile per ciò solo ad un vero e proprio *potere giuridico*, idoneo in quanto tale ad «incidere profondamente sull'assetto organizzativo, sui fini, sulle modalità e sulle responsabilità per l'attività di gestione» (VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, vol. III, Torino, 2006, 866). Un potere al quale, allora, deve farsi corrispondere, sul versante passivo, l'*obbligo* puntuale per gli amministratori delle società controllate di collaborare all'attuazione della politica di gruppo, dando esecuzione alle direttive che possano

essere considerate (adoperando un'espressione sintetica) legittime: le quali, coerentemente, devono essere qualificate come *giuridicamente vincolanti* (in tal senso cfr. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 103 ss. e 109 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 195 ss.; EAD., "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 523 s. e nt. 9; EAD., *Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, a cura di Sacchi, Milano, 2015, 297 ss.; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 234 ss.; ID., *I gruppi di società*, in *Le società per azioni*, a cura di Abriani-Ambrosini-Cagnasso-Montalenti, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, tomo I, Padova, 2010, 1031 ss.; ID., *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 220 ss.). Diversamente, altra parte della dottrina ha per contro ritenuto di collocare le prerogative della capogruppo non già entro le categorie invalse nello studio dei rapporti obbligatori tra *soggetti*, quanto nella prospettiva dell'*attività* e delle dinamiche di produzione dell'azione all'interno del gruppo. In quest'ottica, in primo luogo, le prime dovrebbero essere considerate espressive – al più – di una peculiare posizione di *potere*, la quale assume rilevanza giuridica – sul piano del *fatto* – «solo se e in quanto gli amministratori delle società controllate si adeguino alle istruzioni della controllante»: o, in altri termini, solo nella misura in cui tale *Einflussmacht* permea e condiziona in concreto i processi decisionali interni alle prime. In secondo luogo, una volta posto l'accento, dal lato *attivo*, sulla dimensione del *potere* – inteso quale regola di produzione dell'azione – e, dal lato *passivo*, su quella del *fatto* – a compendiare i riflessi del primo sul piano dell'*attività imprenditoriale* svolta dal gruppo –, tale ricostruzione consente di mettere in evidenza il rilievo del *contesto* affatto peculiare entro il quale si declina l'esercizio della funzione gestoria in una società sottoposta all'altrui eterodirezione. Dal che discende, in ultima istanza, come il recepimento delle direttive di gruppo trovi il proprio fondamento non già nell'adempimento di uno *specifico* obbligo, quanto nel dovere *generale* degli amministratori di società eterodirette di tener conto, nello svolgimento dell'incarico, del diverso «contesto imprenditoriale in cui si colloca ed opera la società da essi amministrata» (in tal senso ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo I, *Impresa e società*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, Milano, 2015, 37 ss., ove anche i virgolettati; ma per alcuni rilievi sostanzialmente analoghi – nel senso, cioè, dell'assenza di «forza normativa, né obbligatoria né reale» delle direttive di gruppo e della qualificazione del potere della *holding* come fatto e non come «negozio espressione di un potere giuridico» – cfr. già SCOTTI CAMUZZI, *I gruppi fra diritto delle società e diritto dell'impresa*, cit., 2146 ss. e ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. I, cit., 575. In senso analogo cfr. altresì GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. II, cit., 1599 ss., GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Milano, 2014, 120 s. e nt. 20; SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. e impr.*, 2011, 382; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Dig. disc. priv., sez. Commerciale*, vol. V, Torino, 2009, 601 s.; nonché, di recente, LA MARCA, *Il diritto dei gruppi: unicorno o rinoceronte? Linee di desistenza del diritto comune*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 258 s., ove anche l'accento sull'esigenza di abbandonare «una lettura ancorata a schemi tradizionali», quale quella che vorrebbe postulata una relazione necessaria tra soggezione della controllata e potere della capogruppo. Qualifica il potere della capogruppo come potere di mero fatto, ancorché in maniera abbastanza apodittica, anche la giurisprudenza prevalente: cfr. Trib. Biella, 12 marzo 2007, in *Giur. comm.*, 2010, II, 287 ss., con nota di RIVARO, *Attività di direzione e coordinamento e regolamenti di gruppo*; Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Al riguardo può non essere irrilevante sottolineare come soluzioni che si risolvano nell'istestazione agli organi delle società del gruppo di diritti ed obblighi ulteriori rispetto a quelli operanti in una società "monade" risultino tributarie di chiavi di lettura "di soggetto" che mal si attagliano alle caratteristiche dell'attività di direzione e coordinamento. Invero, l'applicazione esclusiva dei rimedi di diritto societario generale sembra confermare l'ipotesi, già autorevolmente sostenuta, per cui un dovere di collaborazione all'attuazione di politiche di gruppo non abusive si giustifichi – prima ancora che alla luce dell'autonoma e diretta vincolatività (degli atti di esercizio) del potere di direzione e coordinamento – già nell'ottica di una peculiare declinazione in senso qualitativo dei doveri gestori in società eterodirette e, segnatamente, del dovere di cura dell'interesse della

patrimonio delle società controllate, viceversa un'interpretazione monolitica dell'art. 2740 c.c. induce a *compartimentalizzarne* gli attivi, rendendoli del tutto *indisponibili* all'autonomia negoziale in sede di pianificazione concordataria: il che non può non tradursi in un serio ostacolo agli obiettivi di risanamento e di massimizzazione del valore dell'impresa in crisi cui pure la disciplina concorsuale riformata è intimamente ispirata.

Una ragione, quest'ultima, che rende allora indifferibile una revisione critica dei principi in materia di responsabilità patrimoniale nella crisi del gruppo.

10. (segue) e la sua interpretazione "orientata agli interessi": gli spunti offerti dall'evoluzione civilistica del principio di universalità della responsabilità patrimoniale.

Se le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente compendiano le premesse di sistema alla luce delle quali deve essere letta l'importazione della regola di autonomia delle masse anche nella disciplina *generale* dell'insolvenza di gruppo, non resta allora che prendere atto dell'(almeno apparente) assenza di soluzioni di continuità tra i risultati raggiunti prima della riforma e l'impostazione di fondo che parrebbe essere stata (più o meno consapevolmente) impressa alla nuova liquidazione di gruppo. Ciò nondimeno, il consenso pur formatosi in dottrina e in giurisprudenza sull'interpretazione di quella regola non può invero esimere l'interprete dal riflettere sull'esatta funzione che il principio di universalità della responsabilità patrimoniale è chiamato ad assolvere nel contesto della nuova disciplina: e ciò nella misura in cui si convenga che il compito del giurista al cospetto di una riforma non si esaurisca nel leggere il nuovo diritto con le "lenti" del vecchio²¹¹.

A partire proprio da tali premesse di metodo, è del resto agevole avvedersi di come nel tradizionale modo di intendere la responsabilità patrimoniale nei gruppi insolventi si annidi un problema di fondo. Se si esclude, infatti, la posizione di quella dottrina che ne aveva suggerito una rilettura evolutiva alla luce delle norme codicistiche in tema di direzione e coordinamento, non pare azzardato ritenere che il riferimento all'art. 2740 c.c. si sia sovente inserito in un modo di ragionare dal carattere spiccatamente *concettualistico*, nel quale cioè quella norma ha vieppiù assunto le sembianze di un dogma del quale raramente è stata indagata la reale portata applicativa nel nuovo e diverso contesto all'interno del quale è stato trapiantato²¹².

società amministrata, per come esso «concretamente si specifica per la situazione di gruppo» (ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., 42).

²¹¹ Secondo un approccio a suo tempo sostenuto, con riguardo ad un problema, peraltro, non troppo distante dall'oggetto della presente indagine (ovverosia, il rapporto tra società unipersonale e gruppo di società), da PIRAS, *Gruppi e società unipersonali*, in *Riv. soc.*, 1993, 601, il cui pensiero merita di essere interamente trascritto: «penso, insomma, che se, in consonanza con i tempi, si vuole dare una maggiore dignità ai gruppi, si debba guardare in avanti, e ci si debba liberare, in qualche modo, dei fantasmi del passato».

²¹² Della presenza nelle riflessioni sulla crisi e sull'insolvenza del gruppo di «veri e propri "mantra", ripetuti quasi per esorcizzare l'assenza di sicuri punti di riferimento normativo e per scongiurare gli effetti connessi alla criticità del fenomeno» discorre non a caso FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, cit., 119.

A riprova di tale impressione, d'altra parte, vi è proprio il summenzionato orientamento della giurisprudenza di legittimità in ordine a quella forma di «riorganizzazione *novativa*» del gruppo in crisi costituita dal conferimento degli attivi delle singole imprese in una società personale di nuova costituzione²¹³. A ben vedere, infatti, l'arresto giurisprudenziale che ne ha negato la praticabilità per contrasto con i principi generali dell'ordinamento è pervenuto a simili conclusioni prescindendo da qualunque valutazione in ordine ad alcuni aspetti della proposta concordataria scrutinata che pure in concreto avrebbero potuto indurre a ritenere sostanzialmente rispettato il principio di autonomia delle masse²¹⁴. Senza contare, fra l'altro, che in quell'occasione alcuna considerazione è stata dedicata neppure agli effetti che l'unificazione dei patrimoni avrebbe potuto comportare in termini di massimizzazione del valore del gruppo e, dunque, di miglior soddisfacimento di quell'interesse che pure le regole in tema di responsabilità patrimoniale direttamente tutelano.

L'evidente apriorismo, unitamente al singolare paradosso, in termini di adeguatezza della tutela, insiti in un simile modo di ragionare non possono allora che suggerire un diverso approccio allo studio dell'autonomia patrimoniale nei gruppi insolventi²¹⁵: un approccio, in particolare, che sia scevro da qualunque spirito di geometria o tributo di fedeltà alla cornice sistematica in cui quel tema si colloca e che, al contrario, assegni la priorità all'esame del dato di diritto positivo secondo le note logiche dell'interpretazione *orientata agli interessi*²¹⁶.

In questa stessa prospettiva, del resto, non pare irrilevante sottolineare come la stessa dottrina civilistica convenga oggi sul fatto che anche del principio di universalità della responsabilità patrimoniale del debitore, che pure rientra a pieno titolo tra i principi

²¹³ L'espressione è mutuata da FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, cit., 27.

²¹⁴ Il punto è stato colto in particolare da SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 649, ove il rilievo per cui «la Cassazione, lungi dal predicare in astratto una contrarietà all'art. 2740 cod. civ. della soluzione concordataria esaminata, avrebbe dovuto farsi carico di verificare l'eventuale sussistenza, nel caso concreto, degli estremi della frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) nell'utilizzo della tecnica in questione. E tanto poteva sostenersi esclusivamente all'esito di approfondite indagini sugli specifici effetti della confusione dei patrimoni delle diverse imprese del gruppo nella s.n.c. conferitaria, da cui fosse risultata comprovata l'effettiva violazione della sostanziale portata del principio di separazione delle masse, che impone il soddisfacimento dei creditori delle diverse società del gruppo in modo proporzionale al valore patrimoniale della specifica società debitrice».

²¹⁵ Emblematico al riguardo è il monito di DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 1: «nessuno [...] può ragionevolmente sostenere che tutte le norme possono essere interpretate prescindendo sistematicamente dalla considerazione degli effetti prodotti dalla scelta dell'una o dell'altra interpretazione possibile»; così come lo sono altresì le parole di MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 91 s., ove l'idea per cui l'interpretazione deve essere condotta «sulle conseguenze delle norme giuridiche all'interno del sistema integrandola nell'analisi della struttura linguistica e concettuale dei testi normativi».

²¹⁶ Significative, a questo riguardo, sono le riflessioni *ante litteram* di CORSI, *L'insolvenza nel gruppo*, cit., 1064, ove il rilievo per cui, per poter discorrere di sostegno finanziario infragruppo, «occorre in primo luogo ragionare in termini di impresa, senza disconoscere la funzione che la personalità giuridica svolge [...], ma anche senza farne un tabù e senza attribuirle, in omaggio ad astratte simmetrie di logica formale, una capacità di interdizione nell'opera di riconoscimento di determinate realtà e di adeguamento a queste della volontà sostanziale – anche se non della lettera – del sistema».

generali dell'ordinamento civile e costituzionale, debba essere fornita un'interpretazione *relativa*²¹⁷, idonea – per l'appunto – ad adeguarne il contenuto precettivo alle esigenze di tutela alla cui realizzazione quel principio è preordinato²¹⁸.

In particolare, è da tempo acquisito che, contrariamente alla loro lettura tradizionale, norme quali l'art. 2740 c.c. *non* siano realmente dotate di un potenziale impeditivo tale da precludere qualunque limitazione di responsabilità, a prescindere dalla relativa fonte o, ancora, dalla diversa efficacia nei confronti dei terzi dell'eventuale patto limitativo²¹⁹. Al contrario, è considerazione oggi ricorrente che la logica del numero chiuso, che informa la materia delle deroghe al principio di universalità della responsabilità patrimoniale, dispieghi i propri effetti solo relativamente alle fattispecie di *separazione patrimoniale*²²⁰; laddove, invece, con riguardo alle limitazioni *convenzionali* della

²¹⁷ Emblematica è, al riguardo, l'impostazione generale al problema adottata da MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, 60, che si esprime proprio in favore di una «concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti dei creditori».

²¹⁸ Espressamente ispirata all'esigenza di espungere dal contenuto precettivo del divieto delle limitazioni convenzionali atipiche della responsabilità patrimoniale del debitore quelle fattispecie nelle quali risulta comunque garantito il soddisfacimento dell'interesse tutelato dalla norma – che è «quello del creditore, a che non trovino protezione comportamenti del debitore diretti a diminuire la consistenza del proprio patrimonio a suo danno, non quello astratto contro i patti sulla responsabilità» – è l'analisi di SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 91 ss. e 97 (per il virgolettato), cui *adde, amplius*, ID., *Le obbligazioni. 2. La responsabilità patrimoniale*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2011, 41 ss. Più precisamente, un'interpretazione «orientata agli interessi» dell'art. 2740 c.c. induce l'Autore a ritenere che il divieto di limitazioni convenzionali atipiche «serva a proteggere il creditore dai comportamenti con cui il debitore si sottragga di propria iniziativa alla propria responsabilità, mentre occorre ripensare con attenzione il divieto qualora con questo si voglia impedire la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (art. 1322 c.c.), che si soddisfino pur tramite una limitazione di responsabilità del debitore» (ID., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, 94). Tale tesi si pone per la verità nel solco dell'impostazione – autorevole, ma rimasta comunque minoritaria – di RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, Torino, 1949, 7 ss., il quale reputava ammissibili limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, attribuendo conseguentemente alle stesse efficacia meramente obbligatoria, e ciò nel duplice senso, da un lato, che la limitazione non è opponibile *erga omnes*, ma soltanto nei confronti del creditore aderente all'accordo e, dall'altro, che anche rispetto a quest'ultimo essa crea esclusivamente in capo al creditore un'obbligazione negativa, la cui violazione determinerebbe solamente l'obbligo di risarcimento del danno subito dal debitore, ma non anche la possibilità per costui di impedire che l'esecuzione abbia luogo sui beni convenzionalmente esclusi dalla garanzia. Supera anche tale ultimo ostacolo, ritenendo che le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale siano opponibili al creditore aderente in sede esecutiva, ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 185 ss., in particolar modo ritenendo che gli accordi di limitazione della responsabilità patrimoniale abbiano l'effetto di estinguere parzialmente il diritto potestativo del creditore alla garanzia generica, privandolo del potere di esercitare tanto i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, quanto l'azione esecutiva rispetto ai beni da questa convenzionalmente esclusi.

²¹⁹ L'accento sul profilo dell'efficacia, reale ovvero meramente obbligatoria, dell'effetto di limitazione della responsabilità patrimoniale è posto in particolar modo da ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 72 s. e *passim* (ma cfr. in particolare 207, ove la sintesi della critica all'«errore di prospettiva» che sta nel «trattare indifferentemente fenomeni profondamente distinti fra loro e cioè le limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia *erga omnes* e quelle con efficacia meramente *inter partes*»).

²²⁰ Intendendosi per «separazione patrimoniale» quel fenomeno «in cui un complesso di beni del debitore è sottratto alla funzione di garanzia dei creditori cd «ordinari» e destinato a garantire esclusivamente quei creditori che, rispetto ai beni separati, possono definirsi «titolati» (ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 25) e, conseguentemente, per

responsabilità patrimoniale, il principio di tipicità pure sancito dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. preclude esclusivamente i patti limitativi dotati di efficacia reale e opponibili *erga omnes*²²¹, senza alcuna interferenza, invece, con il campo degli accordi, conclusi tra il debitore e uno o più suoi creditori, con i quali determinati cespiti vengono esclusi dall'oggetto della futura esecuzione forzata o venga convenuto un ordine di graduazione dei beni aggredebili²²².

Più precisamente, a tale risultato si è pervenuti – merita ricordarlo – proprio in forza della progressiva emancipazione di precetti quali l'art. 2740 c.c. da quelle risalenti concezioni *processualistiche* di istituti civilistici, quali la responsabilità patrimoniale, che avevano sortito l'effetto – per ciò che in questa sede maggiormente rileva – di elevarne i precetti essenziali ad altrettanti principi di ordine pubblico economico²²³, in quanto tali

“patrimonio separato” la risultante di un'operazione di «distacco di una massa patrimoniale [...] da un patrimonio o da diversi patrimoni “di provenienza”, in modo da dar luogo ad un'unità particolare avente una propria destinazione» e caratterizzata, in sintesi, dalla «non distraibilità dei singoli elementi dalla destinazione che li unifica e, di conseguenza, [dalla] loro sottoposizione a speciali misure di conservazione e di amministrazione, nonché [dalla] concentrazione su di esse della garanzia, in forma più o meno esclusiva, e, perciò, della responsabilità per le obbligazioni trovanti la loro causa nella destinazione suddetta» (BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 280 s.). Per la differenza tra patrimoni “autonomi”, «costituiti da rapporti che fanno capo a una pluralità di soggetti», e patrimoni “separati”, costituiti invece da «rapporti che fanno capo ad un solo soggetto», ma la cui essenza comune sta nel fatto che «in relazione a una certa destinazione specifica, una pluralità di rapporti attivi e passivi, facenti capo a più persone o ad una persona, è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona», di talché essa assume «funzione di garanzia e responsabilità in connessione con la sua destinazione», cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. (ristampa), Napoli, 2012, 85 s.

²²¹ In tal senso cfr. già SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 56 ss., secondo il quale l'art. 2740 c.c. è espressione della «nominatività delle figure di patrimonio separato», che altro non è se non l'espressione a sua volta di un principio di tipicità del «rilievo reale» delle limitazioni di responsabilità: ciò in quanto «il privato non può dettar regole sulla misura della rilevanza dei suoi impegni per l'ordinamento generale, cioè non può sostituirsi all'ordinamento nell'organizzare la produzione precettiva dei privati per esso rilevante [...] nei confronti della generalità dei terzi» (enfasi aggiunta). Cfr. altresì, più di recente, ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 43 e 149 ss., che aggancia il principio di tipicità dei patrimoni separati a quello del *numerus clausus* dei diritti reali e alla standardizzazione che, a tutela dei terzi, connota il sistema di pubblicità immobiliare. In altri termini, l'art. 2740 c.c., correttamente interpretato, paralizza esclusivamente la possibilità per i privati di isolare un complesso di beni all'interno del più ampio patrimonio del debitore, rendendolo insensibile alle pretese di creditori il cui diritto non trovino titolo o causa in un rapporto giuridico attinente ai beni segregati: creando, in tal modo, distinte «articolazioni del patrimonio in compendi separati» che, sul piano funzionale, conducono ad esiti analoghi a quelli derivanti dall'imputazione di un patrimonio ad un nuovo soggetto di diritto, cui si suole riconoscere «personalità giuridica» (in tal senso cfr. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 842, ma l'analogia è ravvisata anche da HANSMANN-KRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, cit., 33). L'impressione è del resto confermata anche dalla fattispecie cui, nel diritto societario, è affidata la funzione di specializzare la responsabilità patrimoniale, e cioè a dirsi i patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis c.c.: non v'è dubbio, infatti, che «l'autonomia patrimoniale, anche nel caso dei patrimoni separati della società per azioni, è un effetto essenzialmente extranegoziale sottratto alla competenza dispositiva dei privati e dalla norma integralmente disciplinato» (ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 561).

²²² Al riguardo merita peraltro di essere condivisa l'osservazione di SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 53 e n. 71, ove il rilievo per cui «il divario tra formula negativa (esclusione) e positiva (individuazione dei beni che devono assolvere funzione di garanzia) della limitazione si riduce ad un fatto grammaticale».

²²³ Sul punto sia sufficiente rinviare a ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all'art. 2740, 2° co. c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 250, ma l'idea che il

inderogabili al di fuori delle fattispecie legali testualmente previste²²⁴; ciò, in particolare, a partire dalla nota distinzione, di matrice germanica, tra il rapporto di *debito* e il rapporto di *responsabilità*, valorizzata da taluni al punto tale da proiettare il *secondo* sul terreno del diritto pubblico e, dunque, in una materia sottratta alla libera disponibilità dei privati²²⁵.

secondo comma dell'art. 2740 c.c. sia norma «che, nell'interesse del credito e dell'economia, non consente limitazioni di responsabilità fuori dai casi stabiliti dalla legge» è penetrata anche nella Relazione del Guardasigilli al codice civile (n. 1124). L'influenza delle teorie pubblicistiche della responsabilità patrimoniale sull'interpretazione corrente del secondo comma dell'art. 2740 c.c. è ben espressa da ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 72, ove l'idea per cui la ragione storica che ha portato all'affermazione della indisponibilità della responsabilità patrimoniale deve ravvisarsi «nel passivo recepimento delle conclusioni a cui era giunta la dottrina processualistica, nonostante il recupero dell'art. 2740 c.c. fra le norme del diritto sostanziale».

²²⁴ La dottrina civilistica tradizionale ritiene, per conseguenza, nulli «per contrasto con la norma imperativa (o con il principio di ordine pubblico economico) dell'art. 2740, comma 2, c.c.» tutti quei patti sulla responsabilità patrimoniale con i quali «il debitore e il creditore si accordino – all'atto dell'assunzione dell'obbligazione, ovvero prima o dopo il sorgere di questa – nel senso che il primo risponderà, in caso di inadempimento, non con tutti i suoi beni, ma solo con parte di essi, e che solo su questi il secondo potrà agire esecutivamente» (ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1050 s., nel solco della dottrina civilistica più rigorosa, alla quale appartiene in particolar modo BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale disposizioni generali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2010, 132 ss., ove la conclusione per cui «data la meritevolezza dell'interesse del creditore alla garanzia, cui il divieto serve da supporto, sembra preferibile ritenere patti del genere come negozi con causa illecita perché contrari al principio di ordine pubblico alla conservazione di un'adeguata garanzia generica»).

²²⁵ È noto come il recepimento in Italia della teoria dello *Schuld und Haftung* (per la quale cfr., nella dottrina tedesca, GIERKE, *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910, 8 ss.) abbia in un primo momento indotto la dottrina a concepire il rapporto di *debito* e il rapporto di *responsabilità* come due elementi sì distinti, ma ciò nondimeno intimamente *collegati* e, oltretutto, costituenti entrambi *elementi costitutivi del rapporto di responsabilità* (in tal senso cfr. GANGI, *Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra il debito e la responsabilità*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, I, spec. 31 ss., ma del medesimo Autore cfr. altresì ID., *Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilità*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, I, 98 ss.). È stata tuttavia proprio la reazione all'unificazione dei concetti di debito e di responsabilità – motivata dall'emersione di fattispecie legislative nelle quali essi si presentano distinti l'uno dall'altro (e conosciute sotto le etichette di “responsabilità senza debito” e di “debito senza responsabilità”) – ad aver indotto altra parte della dottrina a ricercare un fondamento diverso al rapporto di responsabilità, da un lato concludendo nel senso che «la responsabilità patrimoniale non è un elemento costitutivo dell'obbligazione, e rimane esterna alla struttura di questa; ma all'obbligazione non è certo estranea, essendovi legata da un puntuale e rilevante rapporto di strumentalità (ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, cit., 1043) e, dall'altro, intestando il rapporto di responsabilità, sul lato *attivo*, al creditore e, su quello *passivo*, allo *Stato*, titolare del potere di provocare l'esecuzione forzata (in tal senso cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 221 ss.; ma dello stesso Autore cfr. già ID., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 557 ss.; la teoria processualistica della responsabilità patrimoniale è – seppur incidentalmente – considerata «la più attendibile» da SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 56 e nt. 78). Le teorie processualistiche della responsabilità patrimoniale possono tuttavia ad oggi definirsi superate, e ciò per l'elementare ragione che «in quanto interna alla sistematica del diritto sostanziale avente ad oggetto l'obbligo e la responsabilità del debitore, la scissione [tra debito e responsabilità] non legittima, in ogni caso, la qualificazione della norma espressa dall'art. 2740 come di diritto processuale» (MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, cit., 68). Sotto una prospettiva analoga, è stato altresì sottolineato come «che non si tratti di un fenomeno del diritto processuale lo si può ricavare dal fatto che l'art. 2740 c.c. esercita la sua influenza sul debitore prima ed a prescindere dall'azione esecutiva», costituendo in particolar modo «il *prius* da cui scaturisce in capo al creditore la disponibilità

Senonché, tali concezioni della responsabilità patrimoniale, sufficientemente consolidate anche dopo l'entrata in vigore della codificazione del 1942, hanno tuttavia progressivamente ceduto il passo ad un fenomeno di graduale ma costante disintegrazione della stessa cornice legale di riferimento del precetto, dipendente da quella pluralità di novità normative che, con particolare riguardo proprio al diritto privato dell'impresa, hanno dilatato lo spettro delle deroghe legali di cui al secondo comma dell'art. 2740 c.c.²²⁶. E così, l'introduzione di istituti quali il vincolo di destinazione a tutela di interessi meritevoli di tutela e, da ultimo, i *patrimoni destinati* di società per azioni ha rinverdito i presupposti teorici *non soltanto* per la piena emancipazione dal dogma dell'*unicità del patrimonio* – proiezione sul terreno dei beni del principio giusnaturalistico dell'*unicità del soggetto di diritto*²²⁷ – *ma altresì* per un'autentica inversione del rapporto tra regola ed eccezione con riguardo al principio di universalità della responsabilità patrimoniale e alle sue deroghe²²⁸.

dello strumento processuale» (ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 9 s.).

²²⁶ Di progressiva «specializzazione della responsabilità patrimoniale» discorre ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, cit., 545. D'altro canto, la tendenza alla «frantumazione della responsabilità patrimoniale» anche nel diritto della crisi d'impresa è stata messa in evidenza anche dalla dottrina commercialistica: cfr., in luogo di molti, GALLETTI, *Stato passivo o riparto? La "frantumazione" dell'idea di responsabilità*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2018, 653 s., ove l'impressione per cui «il principio della unicità ed universalità del patrimonio del debitore è sempre più stretto d'assedio dall'irrompere di fenomeni giuridici che mettono in crisi la generalità di quell'asserto, ed insieme con esso anche la mai prima discussa imperatività di norme che ne costituiscono tipicamente attuazione, come ad es. il dogma della responsabilità patrimoniale del debitore, necessariamente estesa a tutti i beni che compongono il patrimonio di costui, presenti come futuri (art. 2740 c.c.)».

²²⁷ Al riguardo è sempre imprescindibile il rinvio alle pagine di ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, *passim*, ma per un approccio "di sistema" al problema della separazione patrimoniale, come contrapposto al dogma giusnaturalistico dell'*unicità del patrimonio*, si veda – ovviamente – FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121 ss., ove in particolare l'osservazione secondo la quale «il "patrimonio", separato o autonomo, non è, né è mai stato, propriamente un istituto, essendo in realtà piuttosto un "problema" che si radica al vertice nel "sistema"», e in particolare in un sistema «costruito ponendo al centro del sistema stesso l'individuo, l'uomo inteso come "soggetto di diritto", e i suoi predicati: i "diritti soggettivi"». In quest'ottica, il problema dei patrimoni separati non rappresenta allora altro se non «una delle emersioni a livello sistematico di vertice, appunto cioè a livello dell'imputazione del bene e della disciplina del suo utilizzo, di fenomeni economico-sociali, prima che giuridici, ma anche giuridici, nei quali gli interessi dei consociati, la loro composizione e disciplina, non si riesce a ridurre negli schemi elementari del sistema a "soggetto - diritto soggettivo"». Per un'efficace sintesi del processo che, a partire dalla traduzione realizzata da Aubry e Rau, del manuale di diritto francese di von Lighental, ha condotto all'affermazione dei dogmi dell'*unicità e dell'indivisibilità del patrimonio*, concepito quale «proiezione inscindibilmente connessa alla personalità del soggetto di diritti», cfr. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, cit., 552 ss. In questa sede può essere sufficiente ricordare come la crisi del nesso indissolubile tra il patrimonio ed il soggetto di diritto sia coincisa con la constatazione della presenza nell'ordinamento di patrimoni che non potevano essere unificati attraverso «un processo di *appropriazione* intorno ad un centro umano individuale», quali – su tutti – l'eredità giacente, rispetto ai quali non vi era stata altra soluzione se non quella di «salutare la presenza d'una persona giuridica, e ciò quand'anche il riconoscimento di questa autonomia non si formulato espressamente col battesimo di *persona giuridica* nella legge» [G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 651 e 657 (corsivi nel testo)].

²²⁸ In tal senso cfr., in luogo di molti, ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, cit., 546 ss. e ROJAS ELGUETA, *Autonomia*

Come si è accennato, peraltro, una simile evoluzione del modo di intendere la separazione patrimoniale non ha mancato di riverberarsi anche sulla connessa questione della derogabilità *convenzionale* della responsabilità patrimoniale. In tale contesto, infatti, si è progressivamente consolidata la distinzione tra accordi limitativi con efficacia *erga omnes* e patti meramente obbligatori (e, in quanto tali, vincolanti solo *inter partes*), funzionale, quest'ultima, ad agganciare il principio del numero chiuso di cui all'art. 2740 c.c. alle sole manifestazioni dell'autonomia privata dotate di rilievo *reale*: le sole allora che, in quanto opponibili alla generalità dei terzi, devono ritenersi non ammesse in assenza di una previsione normativa in tal senso²²⁹.

Di conseguenza, crescente consenso ha riscosso la tesi che reputa ammissibili forme di responsabilità patrimoniale *negoziata*²³⁰, che si avvalga cioè di accordi tra il debitore e i suoi creditori preordinati a meglio perimetrare, a graduare o finanche a restringere l'oggetto della futura ed eventuale esecuzione forzata: accordi dei quali, infatti, occorre

privata e responsabilità patrimoniale del debitore, cit., 75 ss. In una prospettiva più cauta, qualifica invece le "novità" delle quali si è dato conto nel testo come altrettante «"spinte centripete" verso la specializzazione della responsabilità patrimoniale», in un sistema tuttavia «ancora incardinato sul principio della universalità-concorsualità, che opera in senso centrifugo», e ciò in quanto l'art. 2740 c.c., fulcro del sistema, manifesta tuttora una «capacità espansiva», CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, 51 e 56 s., ove – anzi – la conclusione per cui «il regime legale generale è e resta quello della responsabilità universale» e «i principi della universalità della responsabilità, della indivisibilità del patrimonio, della concorsualità dei creditori e della genericità della garanzia patrimoniale sono punti di riferimento del sistema, da cui occorre prendere le mosse e a cui occorre rapportarsi anche nel microsistema dell'impresa» (corsivo nel testo). In senso parzialmente conforme, è stato altresì affermato in dottrina – in tempi oramai non più recenti – che la proliferazione delle ipotesi di specializzazione della responsabilità patrimoniale potrebbe – ed anzi, dovrebbe – essere letta come una conferma, piuttosto che come una smentita del carattere inderogabile del principio della responsabilità patrimoniale del debitore (in tal senso M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 247): il che è certamente vero, in quanto *in astratto* ogni deroga settoriale può essere letta anche come implicita conferma di un'opposta regola generale; salvo tuttavia nutrire più di un dubbio sulla possibilità di continuare a qualificare un precetto quale regola *generale*, nella misura in cui il relativo ambito di applicazione diventa oltremodo ristretto, e le relative deroghe preponderanti. D'altra parte, sempre nella prospettiva esposta nel testo, è significato osservare come già SRAFFA-BONFANTE, *Società anonime in fraudem legis?*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649 ss., muovendo proprio dall'esigenza, ritenuta meritevole di protezione, di «consacrare un determinato patrimonio ad un dato giro di affari, facendo al tempo stesso che solo quel complesso di beni sia vincolato per la passività dell'azienda», avessero rivolto su tali premesse «un motivo per il legislatore», che inducesse a «scorgere che questa finalità di isolare un patrimonio ad uno scopo, limitando la propria responsabilità e nello stesso tempo assicurando maggiormente i creditori [...] merita di essere esaudita e sviluppata in tutte le sue possibili implicazioni». Per l'espansione del novero delle deroghe al principio dell'università, tracciata secondo la direttrice della *meritevolezza di tutela* dell'interesse perseguito attraverso la destinazione di determinati beni ad uno scopo, cfr. in particolare LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, 7 ss. e 84 ss.

²²⁹ In tal senso cfr. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 172 ss., cui si allinea anche G. MARCHETTI, *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 537, secondo la quale «la ratio dell'art. 2740, comma 2°, c.c. riposa nella tutela dell'affidamento del ceto creditorio e nel generale principio di tipicità delle fattispecie a efficacia reale», ragion per cui «se si vuole dare alla norma un'interpretazione coerente con lo scopo a essa sotteso è necessario, pertanto, operare una riduzione teleologica, in modo da escludere dalla sua sfera di applicazione le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, che, di conseguenza, devono ritenersi pienamente ammissibili».

²³⁰ Si allude alla felice espressione di G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017, *passim*.

valutare non già l'*astratta* legittimità alla luce di (presunti) precetti di ordine pubblico economico immanenti al sistema, bensì la *concreta* corrispondenza all'interesse del creditore all'esatto adempimento del debito genericamente garantito²³¹.

11. *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali negoziali.*

Sebbene la traiettoria evolutiva che ha interessato il sistema della responsabilità patrimoniale possa dirsi oggi pressoché compiuta, così come esplorate ne appaiono anche le implicazioni sul terreno della *fisiologia* del diritto privato dell'impresa, è tuttavia proprio la summenzionata lettura del principio di universalità nel diritto della *crisi* a suggerire un supplemento di riflessione. In particolare, i recenti contributi in materia di cessione parziale dei beni nel concordato preventivo, nonché il connesso dibattito in ordine alla destinazione del valore del gruppo in sede di ristrutturazione sottendono un interrogativo sistematicamente più ampio, che attiene al rapporto stesso tra responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali: trattandosi cioè innanzitutto di chiedersi se le attuali procedure *negoziali* siano compiutamente riconducibili alla categoria dei mezzi di attuazione della responsabilità patrimoniale o se, al contrario, siano un fenomeno ad essa eterogeneo, come tale governato da regole proprie²³².

Tale direttrice d'indagine – come è stato efficacemente scritto²³³ – si colloca sullo sfondo di un problema di tipo *distributivo*, riacciandosi cioè alla questione, di recente assai dibattuta, di quale sia il criterio per ripartire tra gli aventi diritto il *valore dell'impresa in crisi*, nell'alternativa tra le due regole conosciute come della *priorità assoluta* e della *priorità relativa*²³⁴. A ben vedere, tuttavia, chiedersi se la liquidazione

²³¹ Dovendosi allora ritenere certamente ammissibili quegli accordi da cui risulti «la razionalità della limitazione di responsabilità, in quanto controbilanciata da altra risorsa che giunge al creditore e che altrimenti egli non riceverebbe» (SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., 105).

²³² Di recente, un interrogativo analogo costituisce la premessa teorica dell'indagine compiuta da SPOLAORE, *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018, spec. 83 ss., ove proprio l'interrogativo «se, nel “moderno” diritto della crisi d'impresa, la *complessiva* regolazione delle pretese dei creditori aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore commerciale non sia dettata [...] da un articolato sistema di previsioni relativo all'ordine di distribuzione della massa attiva che rileva *prima e a prescindere* dalle cause legittime di prelazione», imponendo così la «disapplicazione del sistema della garanzia patrimoniale di diritto comune».

²³³ In tal senso cfr., in luogo di molti, D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall.*, 2017, 1015: trattandosi cioè di un problema «nel quale prima si deve stabilire quali siano i soggetti che partecipano alla distribuzione e, a seguire, individuare il criterio che deve presiedere alla ripartizione del bene tra i soggetti partecipanti».

²³⁴ Per un ampio riesame del problema cfr. oggi D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Fall.*, 2020, 1072 ss., nonché, in una prospettiva comparata, BALLERINI, *The Absolute Priority Rule and the Distribution of Value in Corporate Reorganizations: The Italian Perspective*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2019, 647 ss. La regola della priorità assoluta – in forza della quale, com'è noto, l'ordine di graduazione dei crediti impone il divieto di destinare utilità in favore dei creditori di rango inferiore in assenza del soddisfacimento integrale dei creditori di rango superiore – è sostenuta nell'ordinamento italiano da VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, cit., 342 ss.; ID., *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, in *Riv. soc.*, 2018, 864 ss.; ID., *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012,

concordataria del patrimonio del debitore debba ricalcare o meno gli esiti della distribuzione fallimentare dell'attivo²³⁵, ispirata al principio di universalità e tarata sul canovaccio dell'ordine legale di graduazione dei crediti, equivale a riflettere – *a monte* – sulla collocazione sistematica e sulla funzione stessa del concordato preventivo nel diritto concorsuale riformato.

Anzi, non pare azzardato ritenere che sciogliere tale nodo di carattere logicamente preliminare possa assorbire (o, quantomeno, indirizzare in maniera decisiva) il dibattito, che per altri versi è complicato dall'incidenza di interrogativi di politica del diritto²³⁶, tra le ragioni della priorità assoluta e quelle della priorità relativa. Si ha l'impressione, infatti, che nell'impostazione corrente del problema siano stati dispiegati argomenti indubbiamente convincenti sotto il profilo teorico, ma probabilmente non tanto risolutivi

417; ANT. ROSSI, *Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 334 e 342 ss.; BASSI, *La «finanza esterna» nel concordato preventivo tra finanziamento del debitore e finanziamento dell'iniziativa*, in *Giur. comm.*, 2019, I, spec. 191 ss.; FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2014, 243 ss. In giurisprudenza cfr., in espressa adesione alla regola della priorità assoluta, Cass. civ., Sez. I, 8 giugno 2020, n. 10884, in *Fall.*, 2020, 1071 ss., con nota di D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, ove si è ritenuto in particolare che «a norma dell'art. 160, comma 2, l.fall., il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale possa trovare un fondamento giustificativo solo nell'incapienza del patrimonio mobiliare del debitore, sicché il soddisfacimento dei creditori chirografari non può che dipendere, in tal caso, dalla presenza di beni immobili (ovviamente per la parte che non è deputata a garantire i creditori che vantino un titolo di prelazione su di essi) o da liquidità estranee al patrimonio del debitore stesso». La regola della priorità relativa è stata invece sostenuta da D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, cit., 1076 ss.; ID., *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, spec. 48 ss.; ID., *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 359 ss.; AMBROSINI, *La suddivisione in classi del ceto creditorio*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. IV, cit., 203. Ad esiti assimilabili all'accoglimento della regola della priorità relativa perviene, in forza di argomentazioni convincenti, FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, in *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2015, 371 ss.; ID., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 289 ss. e ID., *Autonomia privata e principio maggioritario nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 355 ss.

²³⁵ Quasi come se si trattasse di un «fenomeno "mimico"» (VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, cit., 896 s.). D'altra parte, evidenzia come la soluzione contraria a che la proposta di concordato preveda trattamenti a favore dei soci di società in crisi discenda proprio dalla «tendenza ad estendere alla vicenda della ristrutturazione del capitale proprio esigenze e principi in realtà esclusivi della liquidazione concorsuale del patrimonio» FERRI jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia? Atti del Convegno. Università Europea di Roma. Università degli Studi Roma Tre. 16-17 dicembre 2011*, a cura di Guaccero-Maugeri, Milano, 2014, 36.

²³⁶ Tant'è vero che, nella sua versione definitiva, la Direttiva *Restructuring* (Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019) prevede quale regola di *default* la priorità relativa, lasciando tuttavia agli stati membri la facoltà di introdurre la regola della priorità assoluta. Si veda al riguardo il considerando n. 55: «gli Stati membri dovrebbero poter tutelare una classe dissenziente di creditori interessati garantendo che ricevano un trattamento tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori. In alternativa, gli Stati membri tutelare una classe dissenziente di creditori interessati facendo sì che una tale classe dissenziente sia pagata integralmente se è previsto che una classe inferiore riceva qualsiasi distribuzione o mantenga un qualsiasi interesse ai sensi del piano di ristrutturazione (regola della priorità assoluta)».

quanto può esserlo invece un'indagine sull'effettiva replicabilità dei principi in tema di responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo²³⁷.

Com'è agevole intuire, la questione è di estremo interesse e, oltretutto, densa di ripercussioni per i temi oggetto della presente indagine. Essa, in particolare, involge la contrapposizione tra due distinte visioni dell'istituto concordato, *l'una* incline a qualificarlo come mera variante negoziata e operativamente destrutturata della liquidazione del patrimonio del debitore e *l'altra* a valorizzarne invece i connotati di procedura di negoziazione collettiva, concepibile quale vera e propria «“vendita virtuale” dell'impresa a favore di soggetti – a vario titolo e in vario grado – “interessati” dalla crisi»²³⁸.

Un'alternativa, quest'ultima, la cui soluzione peraltro è resa oggi ancor più incerta dalla prepotente emersione, nel diritto concorsuale riformato, del paradigma della continuità aziendale, di recente addirittura elevato a strumento *prioritario* di gestione della crisi in sede concordataria²³⁹. È evidente, infatti, come sia solo nei concordati *liquidatori* che può al limite postularsi un requisito di integrale conformità alle dinamiche proprie dell'attuazione coattiva della responsabilità patrimoniale²⁴⁰; laddove, al contrario, nei concordati *in continuità* un analogo “mimetismo” parrebbe escluso in radice (o, quantomeno, messo fortemente in discussione) della permanenza dei beni aziendali in capo al proponente e dall'incerta qualificazione, e di conseguenza altrettanto incerta assegnazione, del cd. plusvalore da ristrutturazione²⁴¹; oltre che, in termini ancor più netti,

²³⁷ Uno spunto in tal senso in FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 294, ove il rilievo per cui «le due impostazioni [...], di là dalla diversa interpretazione dei dati normativi [...] divergono, in ultima analisi, in ordine alla stessa *collocazione sistemica* del concordato preventivo» (enfasi aggiunta).

²³⁸ Il virgolettato in GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, 2008, 21.

²³⁹ Per le diverse accezioni con le quali la continuità aziendale può essere riguardata nel diritto della crisi – e, segnatamente, per la contrapposizione tra una continuità aziendale concepita come «*finalità*» e «scopo privilegiato» del concordato preventivo e una prosecuzione dell'attività vista più semplicemente come «come *mezzo* per conseguire scopi diversi e non coincidenti con quelli tipici del concordato in continuità aziendale» – cfr. PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, cit., 374 s.

²⁴⁰ E d'altra parte la bipartizione tra concordati liquidatori e concordati in continuità è tratto costante degli studi in materia di responsabilità patrimoniale nel concordato preventivo: cfr., per tutti, D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 359 ss.

²⁴¹ Il tema è in parte coincidente con quello della cd. finanza esterna, inaugurato da Cass. civ., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, 1409 s., con nota di BIANCHI, *L'utilizzo della nuova finanza e il necessario rispetto dell'ordine legale delle prelazioni*, ove il principio di diritto per cui «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, sia perché non determini un aggravio della massa passiva con il riconoscimento di un credito a favore del terzo. A partire proprio dalla libera distribuibilità della finanza esterna (per la quale cfr., in luogo di molti, D'ATTORRE, *La finanza esterna tra vincoli all'utilizzo e diritto di voto dei creditori*, in *www.ilcaso.it*, 20 maggio 2014; TERENCE, *“Finanza esterna”, ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità*, in *Fall.*, 2019, 381; *contra*, tuttavia, BASSI, *La “finanza esterna” nel concordato preventivo tra finanziamento del debitore e finanziamento della iniziativa*, cit., 181 ss.), è stato infatti sostenuto che anche il plusvalore da ristrutturazione, o *surplus* concordatario (inteso quale «maggior valore che l'attuazione del piano concordatario apporta rispetto alla liquidazione fallimentare»), sarebbe liberamente distribuibile tra i

dalla possibilità per il debitore di appropriarsi, in caso di positiva ristrutturazione dell'impresa, degli eventuali flussi reddituali che si produrranno al di fuori dell'orizzonte temporale segnato dalla scadenza del piano concordatario, necessariamente predeterminata e – oltretutto – da proiettare nel breve termine, pena l'incerta fattibilità economica della soluzione negoziale della crisi.

Già da tali considerazioni preliminari, del resto, è agevole intuire l'impatto della continuazione endoconcorsuale dell'attività sui criteri di gestione e di destinazione del patrimonio responsabile, non foss'altro per l'emersione di profili di *rischio d'impresa* assenti invece nel contesto della liquidazione (ancorché concordata) dell'attivo. Riservando tuttavia lo sviluppo di tale spunto al prosieguo dell'indagine, preme ora evidenziare come, a prescindere dalla fisionomia assunta in concreto dal concordato, la soluzione all'interrogativo sistematico sopra evocato non possa non tener conto di quelle recenti novità normative che, in un *continuum* pressoché ininterrotto culminato con la riforma organica della legge fallimentare, hanno inciso in profondità sulla fisionomia stessa delle procedure concordatarie.

Non è neppure il caso di ricordare, al riguardo, come queste ultime risultino oggi preordinate alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti entro una cornice di regole che valorizzano l'autonomia del debitore nel confezionamento della proposta e la formazione consapevole del consenso sulla stessa all'interno del ceto creditorio. Depongono in tal senso non tanto (o non soltanto) la oggi pressoché completa disarticolazione del contenuto della proposta e del piano di concordato – ormai del tutto svincolati da schemi legali precostituiti e oscillanti tra i due modelli, anch'essi atipici, del concordato liquidatorio e del concordato con continuità aziendale – quanto piuttosto alcune recenti novità direttamente e indirettamente correlate al voto dei creditori.

E precisamente. Smentendo innanzitutto un orientamento inizialmente contrario della giurisprudenza di legittimità²⁴², il Codice della crisi riconosce espressamente

creditori e finanche “riappropriabile” da parte dell'imprenditore (in tal senso cfr. oggi D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, cit., 1077 ss., ove il virgolettato e la condivisibile conclusione per la quale «rispetto al c.d. “plusvalore da concordato” o “ricchezza del risanamento concordatario”, non operano né la APR, né la RPR, trattandosi di risorse liberamente distribuibili da parte del debitore»).

²⁴² Cfr. Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fall.*, 2011, 403 ss. e in *Giur. comm.*, 2012, II, 276, che aveva argomentato la soluzione contraria sulla scorta del rilievo per cui «la esistenza di un conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno non in ogni caso ma solo allorquando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi (sia esso dotato o meno di personalità giuridica) e il suo rappresentante [...] nulla di tutto questo è ravvisabile nel rapporto tra creditori *uti singuli* e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti per l'assorbente ragione che il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvitto da alcun patto che comporti, in una qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli». A fronte di tale ragionamento era stato però agevole in dottrina replicare nel senso la fattispecie non richiede la polarizzazione degli interessi in conflitto intorno a due soggetti di diritto (come, del resto, è acclarato in materia di conflitto di interessi del socio nell'esercizio del voto in assemblea), ma richiede semplicemente che uno dei votanti sia portatore di un interesse atipico e divergente rispetto a quello tipico dei partecipanti a quella determinata collettività organizzata (in tal senso cfr. SACCHI, *Il conflitto di interessi dei creditori nel concordato*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, vol.

l'eventualità che la formazione delle maggioranze in sede di votazione possa essere inquinata dalla presenza di interessi *atipici* extra-concorsuali e, al fine di sterilizzarne l'impatto sull'approvazione della proposta, interviene a tutela della minoranza con una regola che esclude dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto di interessi²⁴³.

Ma non solo. A garanzia, stavolta, della (quantomeno tendenziale) omogeneità degli interessi *tipici* dei creditori, l'art. 85 del Codice ne prevede il classamento obbligatorio in alcune ipotesi testualmente indicate²⁴⁴: in ciò recependo le sollecitazioni di quella dottrina che aveva individuato nell'obbligo di formazione delle classi uno dei rimedi, se non il rimedio più idoneo a comporre la fisiologica e, per certi versi, ineliminabile eterogeneità degli interessi *concorsuali* dei creditori²⁴⁵.

Si tratta di indicazioni che, nel loro complesso, si prestano ad una considerazione unitaria in termini teleologici²⁴⁶. A ben vedere, infatti, entrambe risultano preordinate ad

III, cit., 3136 ss.; D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 392 ss.; ID., *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fall.*, 2012, 757 ss.).

²⁴³ Un principio di diritto analogo, ancorché riferito al solo concordato fallimentare e alla sola posizione del creditore che abbia presentato una proposta di concordato fallimentare e delle società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sono sottoposte a comune controllo, era stato invero affermato prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: cfr. Cass. civ., Sez. Un., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Fall.*, 2018, 960 ss., con nota di D'ATTORRE. *Le sezioni unite riconoscono (finalmente) il conflitto d'interessi nei concordati, ove anche un'analisi delle possibili tecniche di disciplina del conflitto.*

²⁴⁴ Ai sensi dell'art. 85, comma 5 del Codice della crisi, infatti, «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».

²⁴⁵ In quest'ottica, le classi rappresentano – come è stato efficacemente scritto – uno strumento per «garantire l'omogeneità fra gli interessi tipici dei creditori votanti e per giustificare in tal modo la soggezione della minoranza dissenziente alla maggioranza», oltre che, più in generale, per addivenire ad una «segmentazione dell'area di rischio di alcuni creditori rispetto a quella degli altri» non dissimile rispetto a quella scaturente da altri istituti del diritto commerciale, quali, su tutti, i patrimoni destinati ad uno specifico affare (per il parallelismo, così come per il virgolettato, cfr. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1064). Già prima della riforma, del resto, non pochi erano gli Autori che si erano espressi in favore della possibilità per il tribunale di sindacare «non solo la moltiplicazione artificiosa delle classi, ma anche la mancata creazione delle stesse (SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, cit., 1068, ma del medesimo Autore cfr. altresì *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, 30 ss.): cfr., in luogo di molti, FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 380 s., ove il rilievo per cui la formazione delle classi è *facoltativa* in presenza di soli creditori collocati nel medesimo rango, mentre «in presenza di una pluralità di ranghi di creditori, la suddivisione di costoro in classi, e con essa il frazionamento degli ambiti di operatività del principio maggioritario, diviene addirittura necessaria» (corsivo nel testo). In senso contrario cfr. invece SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 581 e BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424 ss.

²⁴⁶ Esse non a caso sono stati valorizzate anche da FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 295, e ciò proprio in quanto entrambe le norme sono «volte non soltanto a dare rilevanza, riducendo l'impatto del principio maggioritario, alla sostanziale disomogeneità dei crediti, ma anche, e per ciò solo, a circoscrivere le ipotesi in cui quest'ultima possa dirsi, appunto, rilevante, con ciò finendo, implicitamente, per considerare tollerabile ogni altra ipotesi di disomogeneità che pur potrebbe caratterizzare la collettività dei creditori, e, dunque, attendibile la valutazione di convenienza operata dalla loro maggioranza».

innestare nella disciplina del concordato preventivo le *condizioni minime necessarie*²⁴⁷ per la piena e legittima esplicazione del principio maggioritario nella fase di formazione della volontà di una collettività organizzata quale è il ceto creditorio chiamato all'approvazione della proposta²⁴⁸. Il che contribuisce allora a suffragare l'idea, già sostenuta prima della riforma, secondo la quale l'attuale concordato costituisca a tutti gli effetti una procedura di *negoziazione collettiva*, finalizzata a *prevenire* l'attuazione coattiva della responsabilità patrimoniale e, in quanto tale, tendenzialmente svincolata dai relativi principi²⁴⁹: il cui rispetto, pertanto, non può essere elevato né a requisito di *ammissibilità* della proposta di concordato, né tantomeno a limite al potere della maggioranza in ordine all'approvazione della stessa.

Detto altrimenti: è proprio il potenziamento dei meccanismi di garanzia della corretta formazione delle maggioranze a comprovare come la realizzazione del diritto di credito in sede concordataria non sia presidiata dalla spettanza in capo ai creditori di diritti *individuali*, dei quali la collettività non può disporre se non in presenza del consenso del

²⁴⁷ Di «condizioni minime per l'esercizio da parte dei creditori della loro autonomia privata in sede di votazione» discorre non a caso SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, cit., 1073.

²⁴⁸ Non è neppure il caso di rilevare, al riguardo, come «in tanto il principio maggioritario, che regge la votazione dei creditori sulla proposta di concordato, è riconducibile ai principi del diritto dei contratti - ed è quindi giustificabile nella prospettiva giusprivatistica che caratterizza la nuova disciplina del concordato - in quanto esso operi in presenza di una omogeneità di interessi fra i votanti. Solo in questo caso, infatti, la decisione maggioritaria produce lo stesso effetto per tutti i votanti, per cui rispetto ad essa esiste un rapporto di strumentalità tra gli interessi dei votanti e dunque un loro interesse comune, che giustifica la soggezione della minoranza dissenziente alla volontà maggioritaria» (SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, cit., 1066, ma cfr. già ID., *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, 300 ss.; nel medesimo senso, con riguardo al voto dei creditori concordato preventivo, D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, 336).

²⁴⁹ In tal senso FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 376, sulla scorta del pensiero di D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 334. L'impressione per cui il concordato preventivo rappresenti una «forma di ristrutturazione del passivo concordata con i creditori» e non una «procedura volta a dare attuazione alla garanzia patrimoniale del debitore» parrebbe oggi confermata – come è stato efficacemente scritto – dalla «scelta [...] di configurare il divieto, per i creditori, di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore non più in termini di effetto automatico, ed inderogabile, dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ma in quelli di specifica "misura protettiva"»: scelta, in particolare, a fronte della quale «appare ancor più disagevole (continuare a) riconoscere nel concordato preventivo una procedura esecutiva, se non addirittura (a) mantenere ferma la sua stessa natura concorsuale, risultando parallelamente rafforzata l'impostazione volta a rinvenirvi una forma di ristrutturazione concordata» (FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 294 s.; una conferma di tale impressione la si ricava da GALLETTI, *Il concorso nel fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, tomo I, Torino, 2016, 1257, il quale, nell'analizzare il blocco delle azioni esecutive individuali nel contesto generale della concorsualità, vi ravvisa «un tratto che, pur se in modo non del tutto uniforme ed omogeneo, sembra dover connotare in modo irrinunciabile il fenomeno»). Si interrogava «sulla stessa conferenza di un richiamo al principio di responsabilità patrimoniale del debitore sancito dall'art. 2740 c.c. nell'ambito del concordato preventivo» anche D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Fall.*, 2017, 321.

singolo²⁵⁰, ma rientri a pieno titolo nello *Spielraum* della negoziazione *collettiva*²⁵¹. Tant'è – in definitiva – che, fatti salvi i limiti legali di cui si dirà appresso, la maggioranza dei creditori deve ritenersi abilitata ad approvare proposte di concordato che impattano *non soltanto* sulla misura, sulle modalità e sulle tempistiche del soddisfacimento dei diritti di credito, *ma altresì* sulla *destinazione del valore dell'impresa* tra i soggetti a vario titolo interessati dalla sua crisi.

Ciò premesso, è possibile a questo punto tracciare alcune conclusioni provvisorie.

Ed innanzitutto, se è vero, come si è accertato, che l'attuale disciplina del concordato preventivo valorizza i margini di *negoziabilità* nella gestione della crisi, proiettandone così la funzione ben al di là della mera attuazione coattiva e collettiva della responsabilità patrimoniale, ne deriva allora come la distribuzione del patrimonio del debitore non debba ritenersi vincolata né al principio di universalità, né al rispetto dell'ordine legale di *graduazione dei crediti*²⁵². Il che equivale a dire che quell'operazione potrà coinvolgere, nei termini di cui alla proposta approvata dai creditori, tutti coloro che a vario titolo vantino pretese di natura finanziaria sul patrimonio dell'impresa in crisi, ivi compresi i titolari di ragioni di credito postergate o, addirittura, di pretese residuali subordinate alla persistenza di valori positivi al netto del pagamento dei debiti. Il tutto in ogni caso – come si è accennato – nel rispetto di taluni principi inderogabili, tra i quali certamente figura anche il rispetto dell'ordine delle *cause legittime di prelazione*, inteso tuttavia nel suo significato letterale e proprio, di ordine dei *privilegi* insistenti sul medesimo bene²⁵³, e

²⁵⁰ Come ritenuto, da ultimo, anche da D'ALESSANDRO, *Gruppi, codice della crisi e irrocervi coasiani*, cit., 15.

²⁵¹ La prospettiva dell'ascrivibilità della scelta di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione all'ambito di operatività del principio maggioritario piuttosto che all'area dei diritti individuali – e del consenso individuale – dei creditori era stata proposta già da MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 828 s.

²⁵² Emblematiche in tal senso le considerazioni di FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 376, ove il rilievo per cui l'art. 2740 c.c., con i suoi logici corollari, «vale a regolare l'attuazione della responsabilità patrimoniale, ed essa soltanto: risultando proprio per ciò, e per definizione, inapplicabile a fenomeni, come i concordati, che [...] non solo non si prestano ad essere annoverati tra le tecniche volte ad attuare tale responsabilità, ma rappresentano, al contrario, strumenti ad esse *alternativi*, in quanto diretti ad addivenire alla soddisfazione dei creditori in via *non esecutiva*» (corsivo nel testo). Preme tuttavia precisare come tale visione, per così dire avanguardistica, del concordato sia ancora lontana dall'affermarsi nella prassi teorica e applicativa: cfr. ad esempio le considerazioni di NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 147 s., che ravvisa nell'attuazione della responsabilità patrimoniale la caratteristica e la finalità costanti e comuni a tutte le procedure concorsuali (posizione alla quale fa eco anche FABIANI, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 599 ss., ove proprio il rilievo per cui «il concordato preventivo [...] è, dunque, uno strumento di attuazione della garanzia patrimoniale e la garanzia patrimoniale si realizza sull'intero patrimonio del debitore (anche futuro)»).

²⁵³ Siffatta interpretazione dell'art. 160, comma 2, l.fall. – come riferito, cioè, in senso letterale al solo «ordine delle cause di prelazione» e non a quello di «graduazione dei crediti» – è stata sostenuta in particolare da FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 377 ss., ove anche l'efficace distinzione tra la causa di prelazione, che «assiste il *singolo credito*, assumendo allora un valore tipicamente *individuale*», e il «*rango*, inteso come criterio di distribuzione dell'attivo [che] si configura in termini altrettanto *collettivi*, quelli cioè di una (classe, o, meglio, di una) *categoria di crediti*», inde per cui «legittimato a disporre non è il suo titolare, ma appunto la maggioranza dei crediti della medesima categoria, il consenso della quale risulta appunto a tal fine *sufficiente*, per quanto, ancor prima, *necessario*» (corsivo nel testo). In favore della disponibilità del diritto

assistito da un duplice limite di carattere quantitativo, sotteso alla cornice complessiva delle tutele riconosciute ai creditori in sede di omologa.

Il *primo*, in particolare, si lega alla spettanza in capo al singolo creditore *privilegiato* di un diritto – stavolta sì – *individuale* e indisponibile ad un trattamento almeno equivalente a quello ritraibile in sede fallimentare²⁵⁴: ciò con la conseguenza per cui allo stesso potrà essere offerto anche un pagamento non integrale, ma in ogni caso non inferiore al presumibile valore di realizzo del bene costituente la garanzia.

Il *secondo*, invece, è sotteso allo *Schutzkonzept* del *best interest of creditors test* attivabile in sede di omologazione, e ciò nella misura in cui quel controllo garantisce al creditore appartenente ad una classe dissenziente, così come al titolare di una pretesa numericamente qualificata, di ricevere dal concordato un trattamento peggiore rispetto a quello ai medesimi spettante in sede di liquidazione fallimentare dell'attivo²⁵⁵: un trattamento, quest'ultimo, da considerarsi allora quale *valore minimo* in assenza del quale il creditore di minoranza "qualificato" potrà sollecitare il rigetto dell'omologazione e, qualora ne ricorrano i presupposti, l'attuazione in sede fallimentare della responsabilità patrimoniale del debitore²⁵⁶, con tutto ciò che ne consegue in relazione ai criteri di distribuzione dell'attivo.

Per concludere, risulta allora evidente come, fermo restando la garanzia del suddetto valore minimo, la proposta di concordato sarà ammissibile e potrà essere approvata dai creditori a maggioranza anche qualora preveda una distribuzione del *plusvalore* – rispetto alla liquidazione fallimentare, s'intende – ritraibile dal patrimonio dell'impresa in crisi che non sia vincolata alla regola della priorità *assoluta*²⁵⁷: un risultato, quest'ultimo, che,

al rango, argomentata *a fortiori* dalla rinunciabilità da parte del creditore del proprio privilegio, cfr. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, cit., 337.

²⁵⁴ In tal senso cfr. FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 383 ss.

²⁵⁵ In tal senso cfr. ancora FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 374, cui *adde* ID., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 294, ove il rilievo per cui la disciplina dell'opposizione all'omologazione può essere invocata «al fine di negare la sussistenza del diritto del singolo creditore (di classe consenziente) ad ottenere nel concordato un valore almeno corrispondente a quanto avrebbe ricevuto in applicazione dei criteri di distribuzione dell'attivo, e di affermare, al contrario, il potere della maggioranza di approvare proposte che prevedano una soddisfazione in misura ad esso inferiore». E ove anche il raffronto con l'omologa disciplina in tema di concordato *minore*, ove invece la legittimazione all'opposizione è riconosciuta anche al *singolo* creditore dissenziente del debitore sovraindebitato: ciò con la conseguenza per cui «il diritto ad ottenere una soddisfazione almeno pari a quella garantita in sede di liquidazione è riconosciuto al singolo creditore solo in quanto il relativo debitore o non è insolvente o non è imprenditore commerciale (non minore), mentre, qualora si tratti di un imprenditore siffatto che versa, o potrebbe versare, in stato di insolvenza, è alla maggioranza dei creditori che viene riferito il potere di valutare discrezionalmente la convenienza della proposta».

²⁵⁶ In tal senso cfr. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, cit., 831, ove l'idea per cui il termine di riferimento, nell'ambito di quel «rimedio "collettivo"» costituito dal raffronto in sede di opposizione all'omologa con le alternative concretamente praticabili, è costituito dal valore ottenibile in sede di liquidazione fallimentare del debitore, «*unica grandezza, in vero, che possa dirsi inderogabilmente fungere da termine di riferimento dell'interesse protetto dal credito non garantito*» (corsivo nel testo).

²⁵⁷ È la conclusione cui pervengono anche, sebbene da diverse angolazioni, D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, cit., 1077 ss. e FABIANI, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale dinamica e sulla de-concorsualizzazione del*

sebbene appaia comparabile al recepimento *puro e semplice* della regola della priorità *relativa*, ne assorbe tuttavia le conclusioni, discendendo direttamente dalla collocazione sistematica che si è ritenuto di riservare al concordato preventivo nel diritto concorsuale riformato.

12. *La gestione del patrimonio del gruppo nelle procedure concorsuali liquidatorie: problemi e prospettive.*

Scartata dunque l'idea per cui le soluzioni negoziali della crisi debbano ritenersi integralmente vincolate ai principi in materia di attuazione della responsabilità patrimoniale, non resta che chiedersi – ed è questo il passaggio centrale nell'economia della presente indagine – se la regola di autonomia delle masse nella liquidazione giudiziale di gruppo possa essere effettivamente considerata un corollario dell'art. 2740 c.c., idonea in quanto tale a precludere, in pendenza della procedura, *qualunque fuoriuscita di patrimonio* dall'attivo delle imprese insolventi del gruppo, quand'anche strumentale alla prosecuzione dell'attività e alla successiva riallocazione sul mercato del relativo complesso aziendale.

Siffatta lettura è, come accennato, talmente diffusa da apparire quasi autoevidente. Ciò nondimeno, più di uno spunto induce a ritenere che, se correttamente intesa, la regola di autonomia delle masse non imponga che i beni delle imprese coinvolte siano, *sin dall'apertura della procedura*, vincolati *in senso statico* al soddisfacimento delle relative passività. A ben vedere, piuttosto, essa fa sì che tra i *valori* espressivi, rispettivamente, di ciascuna massa attiva e della corrispondente massa passiva sia assicurata l'esistenza, *al momento dell'accertamento del passivo e della successiva distribuzione dell'attivo*, di un rapporto di *corrispondenza biunivoca*: tale cioè da garantire, *da un lato*, che i creditori di singole imprese del gruppo non beneficino di *valori* afferenti a masse attive *diverse* da quelle dell'impresa loro debitrice e, *dall'altro* (e specularmente), che il *valore* dell'attivo della singola impresa non sia distribuito, in sede di riparto, a beneficio di pretese estranee alla relativa esposizione debitoria; escludendo, allora, tanto la formazione di un unico stato passivo e di un unico piano di riparto, quanto la possibile contaminazione tra i “conti” attivi e passivi “intestati” alle singole imprese insolventi del gruppo.

In tal senso depongono, infatti, diverse considerazioni.

Innanzitutto, non v'è chi non veda come, se interpretata quale traduzione sul piano del diritto positivo di un'istanza di *compartimentalizzazione* dei patrimoni delle imprese insolventi del gruppo, la regola di autonomia delle masse finisca in realtà col sovrapporsi ad un altro principio di diritto concorsuale, inespresso, benché univocamente sotteso al complesso di norme generali che plasmano gli effetti dell'ammissione ad una procedura

concordato preventivo, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017, 52, ove l'idea per cui il concordato preventivo è sì «strumento di attuazione della garanzia patrimoniale, ma di una garanzia patrimoniale racchiusa in un patrimonio segregato rappresentato dai soli valori di liquidazione»; laddove, al contrario, «la garanzia patrimoniale sul *surplus* è diventata disponibile e contendibile», e cioè assegnabile ai creditori «senza precostituiti vincoli di simmetria o di rispetto dell'ordine delle prelazioni».

concorsuale liquidatoria. Si allude, segnatamente, al principio di *crystallizzazione dell'attivo*, alla luce del quale la sentenza che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale imprime sul patrimonio dell'impresa insolvente un vincolo di destinazione che non ne consente la distrazione *all'esterno* della procedura, se non nei limiti in cui si tratti di espungere dall'attivo cespiti sui quali i terzi vantano (e siano in grado di opporre alla massa) diritti incompatibili con la loro destinazione concorsuale²⁵⁸.

È tuttavia appena il caso di precisare come, quand'anche fosse interpretata quale trasposizione del principio di cristallizzazione dell'attivo al rapporto tra i patrimoni delle imprese insolventi del gruppo, la regola di autonomia non sarebbe comunque dotata di quel potenziale impeditivo che si è soliti riconoscerle. Sia sufficiente considerare al riguardo come, nella cornice delle procedure concorsuali non "di gruppo" e in presenza della prosecuzione interinale dell'impresa, non si sia mai dubitato del fatto che il principio in parola non impedisca il reinvestimento nell'attività di beni e valori acquisiti all'attivo, in previsione ed in funzione della loro *sostituzione* con il plusvalore ritraibile all'esito di una più proficua liquidazione del complesso aziendale²⁵⁹.

Nel sistema della regolazione concorsuale dell'insolvenza dell'impresa commerciale il vincolo di destinazione impresso sul relativo patrimonio assume, infatti, una portata *relativa e dinamica*. E ciò in quanto l'esercizio da parte del debitore insolvente di un'attività imprenditoriale ne condiziona inevitabilmente anche le modalità di *attuazione* della responsabilità patrimoniale, in ragione non soltanto dell'innesto nelle procedure *collettive e concorsuali* di prospettive di continuazione di quell'attività del tutto sconosciute al diritto dell'esecuzione *individuale* sul patrimonio del debitore civile, ma

²⁵⁸ L'effetto di cristallizzazione del patrimonio fallimentare impedisce, *da un lato*, attraverso il divieto di azioni esecutive individuali, che «dalla massa *attiva* possano essere distratti valori al di fuori delle regole della procedura» e, *dall'altro*, attraverso la previsione delle ipotesi di inefficacia relativa di cui agli artt. 42 ss. l.fall., che possa essere aggravata la consistenza (tanto – ancora una volta – della massa attiva, quanto quella) della massa *passiva*, attraverso atti dispositivi compiuti dal debitore dopo la dichiarazione di fallimento. Sul punto cfr., per tutti, SCIUTO, *Il fallimento. Gli effetti del fallimento*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 53 ss. e 64 ss. (ove anche il virgolettato). Il principio di cristallizzazione sul lato *attivo* è stato da ultimo valorizzato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione al fine di confermare la preclusione all'esercizio delle azioni revocatorie a danno di un debitore già ammesso ad una procedura concorsuale: cfr. Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2020, n. 12476, in *Fall.*, 2020, 1526 ss., con note di PANZANI, *La natura costitutiva dell'azione revocatoria ed il credito per equivalente della curatela del solvens nei confronti del fallimento dell'accipiens* e di DE SANTIS, *Il trattamento concorsuale del credito revocatorio per equivalente, ovvero del giudizio "virtuoso" di accertamento del passivo*.

²⁵⁹ Uno spunto in tal senso in VASSALLI, *L'amministrazione fallimentare dell'impresa*, in *Fall.*, 1999, 750, ove il rilievo per cui «la peculiarità dell'amministrazione dei beni oggetto dell'esecuzione fallimentare consiste in ciò che il curatore (anche a prescindere dalla continuazione dell'esercizio dell'impresa dopo il fallimento) è munito di poteri negoziali che debbono esplicarsi secondo criteri di utilità economica: poteri che, in altri termini, sono attribuiti al curatore in ragione di ogni possibile sfruttamento economico delle attività fallimentari, purché non contrastante con le esigenze di speditezza ed efficienza della liquidazione [...] la destinazione esecutiva delle attività patrimoniali non ne impedisce una utilizzazione economica preventiva, a condizione che gli atti negoziali attraverso i quali una siffatta utilizzazione economica viene ad attuarsi siano indirizzati alla produzione di effetti accrescitivi o comunque non riduttivi della garanzia patrimoniale».

altresì – e a monte – dell’assoluta *eterogeneità* della responsabilità patrimoniale d’impresa rispetto alle logiche che informano il diritto comune delle obbligazioni²⁶⁰.

È considerazione ricorrente, a quest’ultimo riguardo, che il patrimonio dell’impresa commerciale, costituente la garanzia generica per i debiti contratti nell’esercizio della stessa, risenta in misura decisiva dell’inserimento, nella dialettica tra il *soggetto* che ne è titolare e la sua *oggettiva* composizione, dei termini concettuali dell’*attività* e della *gestione*²⁶¹: la *prima* intesa ovviamente quale complesso di atti teleologicamente coordinati in direzione del conseguimento di un determinato risultato²⁶², e la *seconda*, invece, quale *funzione imprenditoriale* che consiste nell’impiego a fini produttivi di un insieme di valori, da inserirsi nella dinamica organizzativa di cui l’attività si avvale²⁶³, e si caratterizza in ultima istanza per essere *diretta alla cura di un interesse esterno e preconstituito rispetto al titolare della funzione medesima*²⁶⁴.

Ogniquale, infatti, un patrimonio sia strumentale ad una *fattispecie gestoria* qual è l’attività d’impresa, esso a ben vedere cessa di costituire esclusivamente la *garanzia dell’adempimento dei debiti* e lo *strumento di soddisfazione dei crediti* cui allude l’art. 2740 c.c.: prestandosi, piuttosto, ad essere riguardato in prima battuta quale *strumento* al servizio di un’attività e *oggetto* della relativa gestione²⁶⁵, e ciò – detto incidentalmente –

²⁶⁰ Per tali considerazioni, sviluppate in un contesto affatto distante, quale la discussione in ordine alla natura unitaria e alla connessa funzione indennitaria dell’azione revocatoria fallimentare, cfr. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 2014 (ristampa inalterata), 39 ss., ma al riguardo si vedano anche le considerazioni sviluppate più di recente, nel solco della prima, da CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d’impresa: luci ed ombre della vigente disciplina*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 518 ss.

²⁶¹ La «strumentalità del patrimonio all’esercizio di un’attività esercitata dall’imprenditore-società per azioni», tale da conferire al primo «rilievo non in funzione dell’appartenenza ad un determinato soggetto, ma soltanto in relazione all’interesse economico al cui perseguimento è deputato» è ben evidente nella disciplina codicistica dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, nei quali non a caso l’elemento della destinazione allo specifico affare giustifica una deroga al principio generale di universalità della responsabilità patrimoniale: per tali considerazioni cfr. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, Torino, 2008, 5 ss., ove anche i virgolettati.

²⁶² Risultato inteso ovviamente quale «valore empirico globale d’una sequenza di contegni» (SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 167). La definizione di attività, quale «insieme di atti di diritto privato coordinati ed unificati sul piano funzionale dall’unicità dello scopo» è mutuata – ovviamente – da AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 982.

²⁶³ Si mutua al riguardo la definizione di gestione fornita da MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d’impresa*, cit., 69, ove l’idea per cui essa consista nel «complesso di decisioni volte a sistemare e coordinare i rapporti giuridici concernenti i diversi fattori della produzione e i conseguenti valori, in vista di un determinato risultato» (corsivo nel testo).

²⁶⁴ Per tale modo di concepire l’attività comune, quale «dato elementare costante dei fenomeni associativi assistiti da rilievo reale», cfr. ovviamente SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 125 ss. Al tratto della cura di un interesse altrui, esterno e preconstituito all’agente e, dunque, della «separazione dei titolari dell’interesse oggetto di gestione rispetto al soggetto chiamato a provvedervi», si accompagnano ovviamente le altre due caratteristiche della funzione gestoria, e cioè a dirsi il «carattere fondamentalmente *doveroso*» dell’attività orientata alla realizzazione di quell’interesse e la «deviazione del risultato economico-pratico dell’attività dalla sfera dell’agente al patrimonio del “principale”» o, meglio, la «destinazione del risultato prativo dell’affare al gerito» (MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d’impresa*, cit., 98 ss.).

²⁶⁵ In questi termini cfr. ancora CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d’impresa: luci ed ombre della vigente disciplina*, cit., 521, ove il rilievo per cui «nell’impresa il patrimonio del soggetto è strumento per lo svolgimento di un’attività. E non di una qualsiasi attività, ma di un’attività “produttiva”, idonea cioè a creare nuova ricchezza. Per questo [...] la disciplina della responsabilità d’impresa è parzialmente diversa

a prescindere dal contesto, speculativo ovvero conservativo, se non addirittura meramente liquidatorio, nel quale l'impresa è esercitata. Sol che si tenga a mente, infatti, che ciò che varia in funzione del relativo *scopo* è soltanto il *contenuto* dell'attività gestoria, tant'è vero che quest'ultima altro non è se non «una attività svolta in ordine ad un patrimonio e *caratterizzata da un suo proprio scopo che ne determina in concreto il contenuto*»²⁶⁶, diviene agevole constatare come il mutamento degli scopi e del “contesto ambientale” in cui la gestione dell'impresa si colloca non ne altera il *quid proprium*²⁶⁷, e cioè a dirsi il suo essere «posizione funzionale di chi produce i singoli atti in ordine ad una zona preconstituita d'interessi “di gruppo”»²⁶⁸.

Per ciò che tuttavia in questa sede maggiormente rileva, il nesso di strumentalità tra il patrimonio d'impresa e l'attività per suo tramite esercitata vale non soltanto a conferire al primo un'intrinseca *dinamicità* e mutevolezza nel tempo, dipendenti dalla continua sostituzione dei fattori produttivi in ragione delle scelte di gestione e delle dinamiche della produzione, ma altresì a condizionare la *consistenza stessa della garanzia patrimoniale generica offerta dall'impresa*²⁶⁹. Quest'ultima, infatti, si appunta non tanto (o non soltanto) sui beni *presenti* all'attivo in un dato momento storico, bensì – e in misura nettamente prevalente – su quelli *futuri* e, segnatamente, sull'attitudine della gestione imprenditoriale a conseguire un risultato economico che remunererà adeguatamente i valori

da quella della responsabilità del debitore non imprenditore. Perché [...] il patrimonio d'impresa è strutturalmente e funzionalmente diverso dal patrimonio, caratterizzato da una statica prospettiva dominicale, non destinato all'impresa. E ciò, a sua volta, è logicamente e intuitivamente ricollegabile all'essere, nell'impresa, il patrimonio strumento di un'attività “produttiva”».

²⁶⁶ Il virgolettato in CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 117, 147 e 202, ove l'affermazione di un «principio fondamentale», a mente del quale «per determinare il contenuto di una data amministrazione, occorre individuare le finalità che questa si propone».

²⁶⁷ Per un'impostazione analoga, preordinata a calare l'esercizio della funzione gestoria in società di gruppo nel diverso «contesto imprenditoriale in cui si colloca ed opera la società amministrata» e, quindi, a concepire il dovere di adeguamento degli amministratori delle società eterodirette alle direttive legittime impartite dalla capogruppo quale peculiare declinazione in senso qualitativo del dovere di cura dell'interesse della società amministrata, per come esso «concretamente si specifica per la situazione di gruppo», cfr. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., 44 e 42.

²⁶⁸ In tal senso, ovviamente, SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 161. Il che, sotto altro profilo, conferma allora l'ipotesi per cui anche nell'agire del curatore in ordine all'impiego e alla valorizzazione del patrimonio del gruppo insolvente sia ravvisabile quel «profilo della “cura dell'interesse altrui”» che consente di «ricondere le caratteristiche alla più ampia fattispecie della “gestione”» (MAUGERI, *Il regime concorsuale dei finanziamenti soci*, cit., 808 e nt. 8, ma cfr. altresì, con riguardo alla riconducibilità della liquidazione della società, al pari della sua gestione lucrativa, alla «funzione imprenditoriale», ID., *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 324 e nt. 77).

²⁶⁹ Il fatto, cioè, che la responsabilità patrimoniale d'impresa non operi «nella dimensione dell'atto, ma nella dimensione dell'attività» impone di considerare, nella prospettiva di cui all'art. 2740 c.c., «non i singoli beni costituenti il patrimonio, ma il patrimonio nel suo complesso e nella sua idoneità, effettiva e potenziale, ad assicurare il soddisfacimento delle pretese creditorie»: proiezione verso il futuro che, d'altra parte, «incide sull'accentuazione della funzione di garanzia della disciplina della responsabilità patrimoniale mediante accentuazione dell'idoneità del patrimonio a garantire il soddisfacimento delle obbligazioni future assunte nell'esercizio dell'attività» (CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d'impresa: luci ed ombre della vigente disciplina*, cit., 519).

investiti²⁷⁰: idoneità, quest'ultima, che si misura attraverso il credito commerciale di cui l'impresa gode sul mercato²⁷¹.

Tutto ciò premesso, è possibile allora fornire una lettura del tutto diversa dell'impatto del finanziamento interno e del sostegno finanziario reciproco sull'attuazione in sede concorsuale della responsabilità patrimoniale, rispettivamente, dell'impresa e del gruppo. In particolare, l'idea per cui l'impiego di risorse di pertinenza delle imprese insolventi del gruppo per finanziarne la prosecuzione dell'attività non soggiaccia alle preclusioni erette dal principio di cristallizzazione dell'attivo dipende proprio dal fatto che in tale scenario non si assiste alla *definitiva distrazione di valori* dal patrimonio della singola impresa, bensì alla sola *polarizzazione* della relativa garanzia generica sul *plusvalore* dalla medesima ritraibile all'esito della cessione aggregata del patrimonio del gruppo.

Ma v'è di più. Una volta scartata l'idea per cui il vincolo di destinazione sul patrimonio dell'impresa insolvente ne precluda il reimpiego delle poste attive in tutti quei casi in cui ciò consenta prospetticamente il ritorno di un maggior valore, più di una ragione induce altresì a ritenere – come si è ipotizzato – che la regola di autonomia delle masse, se svincolata da una lettura che la riduca a mero “doppione” di supposti principi generali in tema di responsabilità patrimoniale, risponda al contrario ad esigenze tipiche di una peculiare fattispecie concorsuale e, segnatamente, delle ipotesi in cui si assiste alla liquidazione, in una sede processuale *unitaria*, dei patrimoni di una *pluralità* di imprese insolventi: costituendo allora, nella cornice della regolazione dell'insolvenza di gruppo, un mero criterio d'ordine che, ai fini dell'accertamento del passivo e della successiva distribuzione dell'attivo, presiede alla *perimetrazione dei soggetti abilitati a concorrere sulle singole masse risultanti dalla liquidazione unitaria del patrimonio del gruppo*.

Per comprendere tale congettura, può infatti essere opportuno partire dal presupposto per cui, nella nomenclatura del diritto concorsuale, il concetto di “autonomia” costituisce la traduzione sul piano del diritto positivo di un'esigenza empirica e, segnatamente, di un requisito di perdurante *separazione* tra patrimoni che, sebbene in astratto appaiano nettamente distinguibili, siano nondimeno suscettibili, a certe condizioni, di una considerazione e di un trattamento giuridico unitari²⁷².

²⁷⁰ Forte è l'impressione, insomma, per cui «la garanzia dei creditori, che ai sensi dell'art. 2740 c.c. è costituita dai beni presenti e futuri facenti parte di un patrimonio, e che per lo più è rappresentata, in rapporto a quello del debitore civile, dai beni presenti, è rappresentata, in rapporto al patrimonio dell'imprenditore commerciale, dai beni futuri e dai beni presenti in quanto suscettibili di produrre altri beni in futuro» (CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d'impresa: luci ed ombre della vigente disciplina*, cit., 519).

²⁷¹ In tal senso cfr. ancora CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, cit., 50 ss., ma per l'idea secondo la quale il credito costituisca «l'aspettativa attuale di un bene futuro» e, conseguentemente, il fallimento venga a porsi quale «perturbamento dell'economia creditizia» che, in quanto «fenomeno economico unitario», consiste sempre nel «prodursi in una data economia individuale di uno squilibrio tra il complesso dei valori attualmente realizzabili e il complesso delle passività di scadenza attuale che la gravano», cfr. già ROCCO, *Il fallimento: teoria generale e origine storica*, cit., 3 ss.

²⁷² In tal senso cfr. altresì FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, cit., 46, ove il rilievo per cui il concetto stesso di autonomia «vale ad esprimere l'esigenza di mantenere ferma, anche all'interno della procedura, la separazione dei patrimoni, o meglio delle garanzie patrimoniali, delle diverse società del gruppo».

Se riferite a *masse patrimoniali*, quindi, le nozioni di autonomia e di separazione non rappresentano altro che la sintesi descrittiva di un complesso di regole, il cui potenziale ambito di applicazione, peraltro, non si esaurisce certo alla sola insolvenza dei gruppi di imprese²⁷³. Invero, tanto la prima, quanto la seconda si limitano a riassumere, da due diversi angoli visuali, i contenuti precettivi di un'opzione astrattamente prospettabile ogni qualvolta l'ordinamento sia chiamato a regolare la confluenza in un'unica procedura delle operazioni di liquidazione di distinte masse attive, il cui ricavato deve essere distribuito all'indirizzo di altrettanto distinte masse passive: come è a dirsi, paradigmaticamente, in presenza del fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili di società di persone. Tant'è vero, infatti, che per tali ipotesi l'art. 257 del Codice della crisi prevede – non a caso – che «il patrimonio della società e quello dei singoli soci sono tenuti distinti» e che, conseguentemente, «i creditori particolari partecipano soltanto alla liquidazione giudiziale nei confronti dei soci loro debitori»²⁷⁴.

Nel peculiare contesto dell'insolvenza di gruppo, la regola di autonomia delle masse, così intesa nel suo contenuto essenziale, può essere a sua volta riguardata da due diverse angolazioni e, precisamente, *da un lato*, nella prospettiva della *singola* impresa del gruppo, individualmente considerata, e *dall'altro*, nell'ottica del *rapporto* tra più imprese, ciascuna titolare in via teoricamente esclusiva di una massa attiva e della corrispondente massa passiva.

Si tratta, del resto, di due approcci tra loro complementari, ai quali è intuitivo far corrispondere due esigenze di tutela fra loro distinte, sebbene anch'esse logicamente connesse.

La *prima*, in particolare, si riallaccia all'alternativa, emersa anche dall'esame dei modelli comparatistici, tra la *separazione* e la *confusione* in sede concorsuale delle masse afferenti alle imprese insolventi del gruppo. Se, infatti, si guarda al concetto di autonomia quale espressione riassuntiva di una data *relazione* tra oggetti e, segnatamente, tra patrimoni, non può che risultare chiaro come esso consenta di paralizzare il possibile dispiegarsi degli effetti del consolidamento cd. sostanziale: precludendo cioè, sul lato *attivo*, l'ideale formazione di un unico *Haftungsvermögen* nel quale far confluire gli *assets* delle singole imprese del gruppo e, sul lato *passivo*, il raggruppamento in un conto unico delle relative ragioni di debito, con conseguente elisione per compensazione delle poste reciproche²⁷⁵. Donde allora la possibilità di ricavare un'ulteriore conferma della

²⁷³ Pur essendo stata proprio la considerazione della molteplicità di masse patrimoniali ritenuta la caratteristica fondante del gruppo da ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 250.

²⁷⁴ L'analogia tra le due fattispecie è messa in evidenza anche da FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, cit., 47.

²⁷⁵ Il che, d'altra parte, è quanto imposto dal rispetto del principio di autonomia patrimoniale anche secondo D'ALESSANDRO, *Amministrazione straordinaria e gruppi di imprese nel decreto-legge Donat-Cattin*, in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, cit., spec. 747 ss., con riferimento all'emblematica vicenda dell'art. 3 del d.l. 5 ottobre 1978, n. 602 (il primo decreto con il quale si tentò di introdurre nell'ordinamento italiano una procedura di ristrutturazione delle grandi imprese insolventi, poi decaduto a causa della scadenza dei termini per la conversione in legge: sul quale si vedano i contributi editi in *Riv. soc.*, 1978, 1185 ss., oltre che un cenno in SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge*

distanza che separa l'impostazione invalsa negli ordinamenti europei dalle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza statunitense: anche nel diritto concorsuale italiano, infatti, la liquidazione dei gruppi insolventi non può comportare la formazione di un'unica massa responsabile, sulla quale disporre *indistintamente* il concorso di tutti i creditori del gruppo.

Strettamente complementare alla prima è poi, come detto, l'ulteriore funzione svolta dalla regola di autonomia nella liquidazione del gruppo. E precisamente, sol che si guardi al medesimo concetto in un'ottica non più relazionale, bensì individuale ed *atomistica*, non può che risultare evidente come garantire l'autonomia e la separazione dei patrimoni delle imprese insolventi del gruppo equivalga altresì a intessere un rapporto di «*corrispondenza biunivoca*» tra i due termini *interni* della relativa relazione²⁷⁶: un rapporto, cioè, in forza del quale ad una massa *attiva*, intesa quale complesso di beni e rapporti giuridici riferibili alla singola impresa del gruppo, viene fatta corrispondere una (e una sola) massa passiva, destinata ad essere garantita in via esclusiva dalla prima²⁷⁷.

Se tale pare essere, in definitiva, il contenuto precettivo della regola qui riguardata, è possibile allora ricavarne alcune conclusioni provvisorie.

Ed innanzitutto, non pare revocabile in dubbio che la previsione di un requisito di autonomia delle masse risulti teoricamente plausibile solo nella cornice di una procedura *unitaria* di liquidazione giudiziale, nel qual caso soltanto è possibile cioè – come è stato efficacemente scritto – concepire i patrimoni delle singole imprese insolventi del gruppo

fallimentare, cit., 23), il quale prevedeva un'inedita competenza del commissario governativo a predisporre un programma ministeriale di liquidazione e di risanamento *vincolante* per tutte le imprese delle quali fosse accertata l'appartenenza al gruppo, a prescindere dal relativo stato di salute patrimoniale e finanziaria, e finanche ad inserire al suo interno operazioni di scioglimento e di fusione tra società anche non insolventi: previsioni, queste ultime, che sono state ritenute – non a caso – la «fine del principio dell'autonomia patrimoniale nei gruppi di imprese» (ID., *Amministrazione straordinaria e gruppi di imprese nel decreto-legge Donat-Cattin*, cit., 747, ma considerazioni analoghe in MINERVINI, *Le misure per il risanamento delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. soc.*, 1978, 1250; P. G. MARCHETTI, *Gruppo e programma «selvaggio» nel decreto sul supercommissario*, *ivi*, 1257 ss. e, per l'incostituzionalità della norma, in G. ROSSI, *Il decreto-legge n. 602*: «This is the worst», *ivi*, 1270 s.) o, ancor più enfaticamente, «norme di rapina a carico delle società del “gruppo” e dei loro soci e creditori» (VISENTINI, *Un provvedimento tecnicamente inconsistente e politicamente repellente*, in *Riv. soc.*, 1978, 1279) o, ancora, un «autentico mostro» (D'ALESSANDRO, *Crisi dell'impresa e procedure amministrative*, in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, cit., 770 s., ove anche l'adesione ad una prospettiva – quella fatta propria dalla legge sull'amministrazione straordinaria – di ridurre l'incidenza delle procedure concorsuali sul fenomeno del gruppo al piano meramente processuale).

²⁷⁶ L'espressione è mutuata da FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, cit., 46, il cui pensiero merita di essere testualmente riportato: la disposizione dell'art. 287 c.c. mira ad «instaurare un rapporto normativamente esclusivo, e, prima ancora, logicamente biunivoco, tra una determinata massa attiva, per tale intendendosi un complesso di beni unificati dal fatto di garantire un insieme di debiti, e una altrettanto determinata massa passiva, che indica invece l'insieme dei debiti unificati dal fatto di essere garantiti da quel complesso di beni».

²⁷⁷ Cfr. ancora FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, cit., 46, secondo il quale «riferita alla liquidazione giudiziale unitaria di gruppo, l'autonomia delle masse attive e passive si risolve infatti nella necessità che ciascuna massa attiva sia destinata, in via esclusiva, alla soddisfazione della corrispondente massa passiva, che cioè, più concretamente, il valore del patrimonio di ciascuna società sia utilizzato al fine di soddisfare i propri creditori, e non quelli delle altre società del gruppo (per quanto assoggettate alla medesima, e come detto unitaria, procedura)».

come altrettante “masse”, da tenere reciprocamente distinte le une dalle altre²⁷⁸. Tant'è vero, infatti, che la regola di autonomia non è a ben vedere stata replicata nel testo della norma – l'art. 288 del Codice della crisi – che istituisce obblighi di coordinamento e di cooperazione tra gli organi di *separate* procedure di liquidazione giudiziale: un contesto, quest'ultimo, nel quale un problema di possibile contaminazione tra masse è escluso in radice proprio dall'assenza di prospettive di gestione unitaria del patrimonio del gruppo.

Ma v'è di più. Non appena della regola di autonomia si valorizzi il ruolo di “collante” tra una massa attiva e la corrispondente massa passiva, ne risulta confermata l'impressione per cui essa trovi il suo naturale ambito di applicazione innanzitutto nella fase della *verificazione* dei crediti concorsuali, imponendo cioè ai loro titolari di presentare domanda di ammissione nel *solo* passivo dell'impresa di cui sono creditori e precludendo – come del resto non potrebbe essere altrimenti – l'insinuazione nei passivi di altre e diverse imprese del gruppo²⁷⁹.

Allo stesso modo, ma stavolta nella fase della *distribuzione* dell'attivo, quella regola si risolve nell'obbligo di tenere contabilità separate e, dunque, di formare *conti distinti* per ciascuna impresa del gruppo: conti che saranno alimentati tanto dal ricavato dell'eventuale liquidazione “atomistica” dei relativi beni, quanto dalla quota proporzionale sul valore degli *assets* liquidati in ottica “aggregata”, quanto ancora, in ultima istanza, dalla percentuale a ciascuna spettante sul plusvalore ritraibile dall'intera gestione unitaria dell'insolvenza del gruppo.

Certo è altresì – e per concludere – come la regola di autonomia delle masse non interferisca in alcun modo con il sostegno finanziario infragruppo nella procedura unitaria di liquidazione giudiziale. Se intesi correttamente, infatti, i concetti di autonomia e separazione patrimoniale implicano – come è stato efficacemente scritto – «non solo e non tanto destinazione, in qualche modo giuridicamente rilevante, di un complesso di beni e rapporti ad un certo impiego», ma, prim'ancora, ed in misura in un certo senso assorbente, «distinta *imputazione* dei rapporti giuridici e *vincolo* del patrimonio ad una specifica funzione di *garanzia*, cioè *alla sola garanzia delle obbligazioni nate dalla sua gestione in quell'impiego*»²⁸⁰.

²⁷⁸ In tal senso l'intuizione di FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 291, ove il rilievo per cui l'esigenza di ribadire l'autonomia delle masse si pone solo «in relazione alla liquidazione, appunto unitaria, di gruppo: solo da questo punto di vista i patrimoni delle singole società si prestano effettivamente ad essere considerati come altrettante masse, e cioè come articolazioni interne ad una garanzia patrimoniale che, proprio in quanto relativa all'unica impresa in tal modo organizzata, si presenta in termini logicamente (per quanto non normativamente) unitari».

²⁷⁹ Risultando cioè la traduzione sul piano del diritto positivo di un «principio di incomunicabilità dei passivi» (per il quale un cenno in SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1103). Nel medesimo senso cfr., non a caso, RACUGNO, *I gruppi di imprese nella regolazione della crisi e dell'insolvenza. Appunti*, cit., 1286: «lo stato passivo sarà formato distintamente per ciascuna impresa, senza possibilità di commistione fra i debiti di una e dell'altra», il che corrisponde ad un'esigenza a dir poco insopprimibile.

²⁸⁰ Il virgolettato in OPPO, *Sulla « autonomia » delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, I, 6 (enfasi finale aggiunta).

Tutto ciò premesso, tutt'altra questione è individuare, da un lato, gli *strumenti* sui quali innestare i poteri di gestione unitaria del patrimonio del gruppo e, dall'altro, i *criteri* ai quali l'esercizio di tale potere deve essere improntato, con i relativi rimedi per il caso di una loro violazione. A tali obiettivi saranno dedicati i successivi capitoli della presente indagine.

CAPITOLO II

La direzione e il finanziamento dell'impresa di gruppo insolvente: i poteri del gestore.

SOMMARIO. 1. L'esercizio "diretto e coordinato" dell'impresa di gruppo e i poteri del curatore in funzione del suo finanziamento: premessa. – 2. I poteri "retrospettivi". Le azioni di inefficacia e le revocatorie "aggravate" infragruppo: il modello di tutela. – 3. Le azioni di inefficacia di cui al primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi, tra natura e funzione del rimedio. – 4. (*segue*) la sua attuazione: spunti dalla recente giurisprudenza in tema di revocatorie tra fallimenti. – 5. I poteri "propulsivi". L'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del gruppo in liquidazione giudiziale. – 6. La pianificazione del finanziamento: il programma di liquidazione "di gruppo" e la sua (mancata) approvazione. – 7. (*segue*) il possibile contenuto del programma: il possibile contenuto del programma: le nuove prerogative "corporative" del curatore nella liquidazione giudiziale delle imprese "autonome". – 8. (*segue*) e nella liquidazione giudiziale di gruppo: l'applicazione "tipologicamente compatibile" dell'art. 264 del Codice della crisi. – 9. Il concordato nella liquidazione giudiziale di gruppo.

1. L'esercizio "diretto e coordinato" dell'impresa di gruppo e i poteri del curatore in funzione del suo finanziamento: premessa.

Si è constatato come la prosecuzione dell'impresa possa costituire, ricorrendone i presupposti di legge e con il supporto delle opportune valutazioni di convenienza economica, un'eventualità tutt'altro che infrequente nel contesto di una procedura di liquidazione giudiziale aperta a carico delle componenti insolventi di un gruppo altamente integrato sotto il profilo economico, industriale e produttivo. Invero, la direzione finalistica della procedura alla realizzazione di «forme di coordinamento» nella liquidazione del *patrimonio* del gruppo in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori parrebbe legarsi a filo doppio – e in una serie non infrequente di casi – all'opportunità di una gestione unitaria dell'*impresa* di gruppo, strumentale ad una più proficua riallocazione sul mercato del complesso aziendale in esercizio; gestione, quest'ultima, che si porrebbe – se non altro a livello concettuale – quale naturale prosecuzione dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo *in bonis* esercitata dalla capogruppo.

A partire da tale presupposto, si è altresì notato come l'innesto, in una procedura liquidatoria unitaria, di prospettive di continuazione dell'attività estenda al diritto dell'insolvenza dei gruppi alcune delle questioni e delle problematiche che tipicamente circondano l'esercizio di un'iniziativa economica attraverso il modello organizzativo del gruppo²⁸¹.

²⁸¹ Un'osservazione, quest'ultima, che del resto è confortata dall'indubbia *portata espansiva* della nozione codicistica di attività di direzione e coordinamento, la quale – per effetto di una scelta consapevole del legislatore della riforma del diritto societario, oggetto in realtà di valutazioni inizialmente contrastanti (cfr. le posizioni espresse da MAZZONI-REGOLI e da RESCIGNO nel *Parere dei componenti del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale. Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1506 e 1510), ma nondimeno pienamente rispondente alla natura proteiforme del fenomeno regolato – non è ancorata ad una specificazione definizione normativa del proprio referente

È il caso, in particolare, delle tecniche di pianificazione e di conduzione dell'impresa da parte degli organi della procedura, le quali – in concreto – non possono non ricalcare le medesime priorità e dinamiche gestionali in cui si era tradotta l'attività di direzione e coordinamento del gruppo *in bonis*: e ciò in quanto non è dato comprendere per quale ragione, in presenza – beninteso – di una crisi *congiunturale* e non strutturale²⁸²,

passivo [tant'è vero che in dottrina si è addirittura affermato che «non è il gruppo l'oggetto diretto della disciplina» (così FERRO-LUZZI, *Indicazione negli atti e nella corrispondenza circa la soggezione della società a direzione e coordinamento di altra società*, in *www.dircomm.it*, 4 aprile 2004)], assumendo al contrario i caratteri tipici di uno *Zweckbegriff* (per tali considerazioni cfr. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 105). In particolare, la tendenza ad impiegare i paradigmi valutativi tipici dell'esercizio dell'impresa nella forma del gruppo anche per la regolazione di fenomeni contigui, nei quali si assiste parimenti al tentativo di «giungere ad una ottimale gestione del rischio, circoscrivendolo nella maggiore misura possibile, e nel contempo accrescere la propensione dei terzi al finanziamento dell'impresa» (demandando cioè «l'allocatione dei capitali non esclusivamente alla decisione gerarchica del centro, ma al mercato»: così PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 3, tomo II, *Assemblea*, Torino, 1993, 143) è ben evidente negli studi in materia di patrimoni destinati ad uno specifico affare: non a caso considerati, unitamente ai gruppi, «due possibili soluzioni ad un medesimo tipo di problema» (così GUIZZI, *Patrimoni destinati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 639 ss.; sul punto cfr. altresì ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 198, nonché, lamentando in particolare l'assenza di una disciplina dell'indipendenza nella gestione dei patrimoni destinati, a dispetto della separazione patrimoniale e delle analogie con i rapporti infragruppo, BARTALENA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 99; in argomento cfr. diffusamente SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 20 ss. e 49, ove in particolare la proposta di «sopperire, in via interpretativa, all'assenza di disciplina dei rapporti intergestori fra autonomi “centri di profitto” nella società per azioni» attraverso «l'estensione dei nuovi principi in tema di “direzione e coordinamento di società” ad ipotesi di articolazione dell'iniziativa economica che, benché prive di una pluralità di soggetti di diritto, parimenti si caratterizzano in virtù della dissociazione di imputazioni [...] e, pertanto, prospettano problemi di conflitto fra interessi riferibili ai diversi comparti»). Riflessioni analoghe valgono poi – ma il tema può essere qui soltanto accennato in questa sede – anche per l'emissione di azioni correlate ai sensi dell'art. 2350 c.c. (lo spunto già in MIGNONE, «Tracking shares» e «actions reflet» come modelli per le nostre «azioni correlate», in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 617 ss.).

²⁸² Invero, sotto il profilo della *selezione* delle strategie concorsuali concretamente praticabili, nonché economicamente vantaggiose nella prospettiva della liquidazione del patrimonio del gruppo, è opportuno precisare come l'opzione per la prosecuzione dell'attività sia una variabile dipendente non soltanto in funzione del «tipo di *impresa*» che accede alla procedura – risultando cioè concepibile soltanto, come si è segnalato nel testo, in presenza di gruppi integrati dal punto di vista economico e produttivo – ma altresì del «tipo di *crisi*» che interessa il soggetto passivo (i virgolettati in FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. Gli effetti del fallimento sull'impresa*, cit., 75): è evidente, infatti, come la prosecuzione dell'attività di gruppo *in tanto* possa porsi in un rapporto di «indifferenza quantitativa» con l'interesse dei creditori al miglior realizzo (così ancora FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, cit., 158), *in quanto* la sua crisi non sia dipesa da disfunzioni *strutturali* dell'organizzazione economica e produttiva del gruppo, risultando al contrario legata o a mere circostanze *congiunturali*, ovvero ancora a cortocircuiti nella programmazione del finanziamento dell'impresa privi di ripercussioni sulla funzionalità dell'organismo produttivo (in questo senso cfr. già LIBONATI, *Crisi dell'imprenditorie e riorganizzazione dell'impresa*, cit., 709 ss. e 715, che, sebbene con riferimento alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, limita l'opportunità della prosecuzione dell'attività ad ipotesi di «crisi irreversibile dell'imprenditore ma non a crisi irreversibile dell'impresa»). Così come, del resto, è chiaro che anche «*le modalità di vendita programmate seguono il tipo di fallimento e l'eventuale propedeuticità di una gestione riallocativa*» (ancora FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. III, cit., 250): il che, peraltro, conferma quanto si è già osservato (cfr. il cap. I, par. 6) in ordine all'*equivalenza funzionale* tra la cessione unitaria del complesso aziendale ai sensi

un'attività che, prima dell'insolvenza, veniva esercitata in maniera diretta e coordinata debba essere artificiosamente "segmentata" in sede concorsuale, così obliterando e disperdendo le sinergie e le connessioni esistenti tra le diverse fasi dell'unitario programma imprenditoriale²⁸³. Ma è il caso altresì del reperimento delle risorse finanziarie necessarie alla prosecuzione dell'attività: un ambito nel quale si annidano le problematiche tipiche del finanziamento dell'impresa di gruppo, imponendosi agli organi della procedura l'assunzione delle decisioni, coessenziali a qualunque attività economica organizzata, circa il reperimento e la successiva allocazione delle risorse all'interno del gruppo²⁸⁴.

A questo riguardo, del resto, la constatazione per la quale gli *assets* di pertinenza del gruppo costituiscono il principale – se non addirittura l'*unico* – bacino di risorse al quale attingere per finanziare la continuazione dell'attività ha dischiuso la problematica del trasferimento di valori fra le imprese insolventi del gruppo, ulteriore momento di emersione – l'ultimo in ordine di tempo – della più ampia tematica del sostegno

dell'art. 105 l.fall. nelle procedure di regolazione dell'insolvenza dell'impresa *monade* e la liquidazione coordinata dell'attivo nella liquidazione giudiziale *di gruppo*.

²⁸³ Una conferma della congettura esposta nel testo è rinvenibile già in LIBONATI, *Insolvenza di gruppo e revocatoria ex legge n. 95 del 1979*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 273 ss. e ora in *Scritti giuridici*, vol. II, (da cui si cita), cit., 768, ove il convincente rilievo per cui «in punto logico, non è [...] irragionevole postulare che quando concorrano collegamenti tecnici, finanziari ed organizzativi di rilievo, la crisi possa essere esaminata sotto un'unica visuale, avendo attenzione all'intero tessuto economico sottostante ai singoli centri di imputazione formale», e ciò in quanto «così come il gruppo opera per direttive unitarie quanto è *in bonis*, così l'amministrazione dell'insolvenza e la conseguente liquidazione o riorganizzazione, a seconda della legge applicabile, seguirà schemi analoghi». Più recentemente, la necessità di tenere conto dei legami infragruppo «là dove le attività delle singole componenti del gruppo siano economicamente integrate, esercitando ciascuna società una fase di un'unica impresa» è segnalata anche da SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 639.

²⁸⁴ Scelte, queste ultime, che, in pendenza dell'esercizio dell'impresa di gruppo in sede concorsuale, rientrano tra quelle «decisioni [...] funzionali a mantenere viva l'"utilità" [...] dell'esercizio provvisorio» che in dottrina sono state incluse all'interno del contenuto necessario del provvedimento del tribunale che dispone la prosecuzione dell'attività in sede di accertamento dello stato di insolvenza (cfr. FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione sostitutiva nel fallimento*, cit., 159, ove anche il virgolettato). Sotto un profilo più generale, è poi appena il caso di rammentare, al riguardo, come la pianificazione del reperimento e della successiva allocazione entro il perimetro del gruppo della provvista finanziaria costituiscano non soltanto l'essenza del concetto di direzione e coordinamento di società nella sua connotazione imprenditoriale (di «aspetto centrale del fenomeno» discorre MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 726, ma sul punto cfr. altresì BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, cit., 1492 s.), ma altresì una delle «manifestazioni maggiori della direzione unitaria, sì che da essi è anche possibile desumere l'esercizio di tale attività» (in questi termini BALP, *I finanziamenti infragruppo, direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 329, ma si tratta di un rilievo diffuso in dottrina: cfr. infatti PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, cit., 1844; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 36 ss. e 237 ss.; MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, cit., 4 ss. e 64 s.; ID., *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, cit., 38; NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, 109; MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, cit., 282). Sotto altro profilo, poi, è altresì acclarato come la pianificazione (anche, ma non soltanto del finanziamento) costituisca un elemento centrale nella dinamica dell'esercizio dell'attività d'impresa (in tal senso cfr., anche con riguardo all'impresa di gruppo, PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 41 ss. e, in termini più generali, GALLETTI, *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 670 ss.).

finanziario infragruppo a fini riorganizzativi. Si è prospettata cioè l'opportunità, se non addirittura la necessità, di riallocare provvisoriamente quote di attivo afferenti alla singola impresa insolvente, e ciò al fine di consentire la prosecuzione dell'attività in comparti strategici dell'impresa di gruppo e, in ultima istanza, di rendere economicamente vantaggiosa proprio quella liquidazione coordinata del relativo complesso aziendale in funzione della quale è stata disposta l'apertura di una procedura unitaria²⁸⁵.

Se tale è la premessa di fondo della quale si tratta ora di sviluppare i risvolti marcatamente *operativi*, prima di procedervi è tuttavia necessario "smarcare" un'ulteriore considerazione preliminare.

Potrebbe a dire il vero obiettarsi – in una prospettiva attenta ai valori fondanti il sistema concorsuale – che gli ipotizzati trasferimenti di risorse in pendenza della liquidazione giudiziale di gruppo risultino difficilmente conciliabili con le finalità di una procedura che, anche al netto delle recenti riforme, continua a tendere in via esclusiva al miglior soddisfacimento delle ragioni di credito²⁸⁶. In particolare, in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso, potrebbe revocarsi in dubbio lo stesso fondamento "causale" del sostegno finanziario infragruppo in pendenza della liquidazione, il quale cioè, a prescindere da un'eventuale strumentalità con la prosecuzione dell'attività di gruppo, comporta in ogni caso una perdita *certa ed attuale* a carico dell'impresa disponente e del relativo ceto creditorio.

L'obiezione è senza dubbio concreta. Non va sottaciuto, infatti, come una gestione concorsuale anche minimamente *proattiva* (e non meramente conservativa) dell'impresa di gruppo possa *in astratto* collidere con le finalità della liquidazione concorsuale, in quanto implicante per definizione l'assunzione da parte dei creditori di un margine di rischio *ulteriore* rispetto a quello di norma insito nella liquidazione (se del caso anche riallocativa) del patrimonio responsabile. Ciò nondimeno, più di una ragione induce a

²⁸⁵ Tali operazioni – è opportuno ricordarlo – non contrastano con il principio di autonomia delle masse attive e passive delle imprese del gruppo, e ciò nella misura in cui quella regola venga interpretata nel senso che le è proprio, e cioè a dirsi quale criterio di perimetrazione, prima, e di collegamento, poi, tra una massa attiva e la corrispondente massa passiva: criterio che, in quanto tale, è destinato a dispiegare i propri effetti nella sola fase della *distribuzione dell'attivo*, oltre che in quella, logicamente preliminare, dell'ammissione al passivo dei crediti concorsuali. Così come – si è detto – il reinvestimento di risorse nell'attività di gruppo, in presenza di un programma di gestione interinale dell'impresa funzionale alla migliore liquidazione dell'attivo, non confligge neppure con i principi in tema di responsabilità patrimoniale, in quanto esso si limita a polarizzare la garanzia patrimoniale generica delle imprese "disponenti" su beni *futuri*, qual è paradigmaticamente la quota di spettanza di ciascuna sul plusvalore prospetticamente ritraibile all'esito della più proficua riallocazione sul mercato dell'azienda di gruppo in esercizio.

²⁸⁶ Il punto è pacifico e non richiede in questa sede particolare approfondimento: cfr., per una sintesi del dibattito sulla funzione delle procedure concorsuali, JORIO, *Introduzione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento: Presupposti – Processo – Organi*, Milano, 2014, 30 ss. e NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, cit., 466 ss., nonché, con riguardo all'interesse dei creditori al miglior realizzo, STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 74 e 94 ss. e, con riguardo a quello alla riduzione dei tempi della procedura, SANDULLI, *Il tempo è danaro (anche nelle procedure concorsuali)*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, cit., 2761 ss. e, più di recente, D'ALESSANDRO, *Efficienza e giustizia distributiva nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 375.

ritenere come, *nel gruppo*, il contrasto assiologico appena divisato sia in realtà soltanto apparente e che, al contrario, la destinazione di valori all'esercizio dell'impresa di gruppo in pendenza della procedura sia pienamente compatibile con le funzioni assegnate *in concreto* alla liquidazione giudiziale di gruppo.

Si è constatato, infatti, come la ragion d'essere della procedura unitaria – o, meglio, la giustificazione economica che ne suggerisce la prevalenza rispetto alla liquidazione “individuale” delle singole imprese insolventi del gruppo²⁸⁷ – non può essere fatta coincidere, se non a patto di una lettura fortemente “riduttiva” delle novità introdotte dalla riforma, con il mero *risparmio di spesa* derivante dalla concentrazione delle procedure presso un unico tribunale. Piuttosto, se si vuole attribuire senso e significato alla creazione di un unico contesto processuale che si sostituisca alla mera “sommatoria” di distinte esecuzioni collettive aperte a carico dei patrimoni delle imprese del gruppo, la struttura e la funzione della procedura unitaria devono giocoforza essere lette in un'ottica ben più ambiziosa.

In quest'ottica, non è arduo allora avvedersi – e il dato è già stato evidenziato in precedenza – di come le ragioni di opportunità della liquidazione giudiziale di gruppo si apprezzino in funzione della realizzazione di un *plusvalore* rispetto all'alternativa liquidatoria “atomistica”²⁸⁸. Di qui allora l'impressione per cui alla liquidazione giudiziale di gruppo appaia *intimamente* connaturata proprio l'assunzione di un *maggior rischio* rispetto alla mera liquidazione, ancorché coordinata, dei singoli patrimoni delle imprese insolventi del gruppo: un rischio, allora, che, se calato nel contesto dell'eventuale prosecuzione interinale dell'impresa di gruppo, non può che supportare – in senso latamente “causale” – anche il compimento di operazioni che comportino una fuoriuscita *attuale* di risorse dall'attivo della singola impresa, nella misura – e negli stretti limiti in cui essa sia assistita dalla ragionevole previsione di un ritorno *prospettico* di valore in sede di distribuzione dell'attivo²⁸⁹.

Tanto premesso, e risolto cioè il problema preliminare della compatibilità del sostegno finanziario endoconcorsuale con i principi fondanti la liquidazione giudiziale di gruppo, non resta che interrogarsi sull'esatta consistenza dei poteri di disposizione sul patrimonio del gruppo insolvente dei quali, nel diritto concorsuale riformato, è il curatore. A tale prospettiva d'indagine appare tuttavia opportuno anteporre lo studio delle

²⁸⁷ Del coordinamento nella liquidazione degli attivi quale «fondamento e giustificazione economica, prima ancora che giuridica, della scelta di disporre una liquidazione giudiziale “di gruppo”» discorre SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 689.

²⁸⁸ Un imperativo, quest'ultimo, che, come si è tentato di dimostrare, pur essendo testualmente circoscritto alla fase della liquidazione dell'attivo, non può in realtà che permeare l'*intera* procedura, orientando le scelte del curatore verso l'assunzione di decisioni imprenditoriali che consentano di apprezzare *in concreto* la maggiore convenienza della soluzione liquidatoria unitaria.

²⁸⁹ In quest'ottica, non vi è allora contrasto tra tale modalità di sistemazione dell'insolvenza del gruppo e la clausola generale del miglior soddisfacimento dei creditori: la prima si presta ad essere letta quale *strumento* della seconda, trovando fondamento soltanto nei limiti in cui concorra al raggiungimento delle priorità concorsuali.

disposizioni che regolano le azioni di inefficacia tra imprese del gruppo, il cui rilievo ai fini della presente ricerca può apprezzarsi sotto diversi profili.

Le ragioni della scelta, in particolare, non si esauriscono nell'elementare – e finanche troppo scontata – constatazione per la quale anche l'effetto restitutorio scaturente dall'accoglimento di una domanda di revoca determina una *diversa perimetrazione delle masse attive afferenti alle imprese insolventi del gruppo*, sebbene preordinata alla mera perequazione di precedenti spostamenti patrimoniali pregiudizievoli per i creditori. Piuttosto, quel che preme valorizzare della disciplina e, prim'ancora, della *funzione* delle azioni revocatorie nelle procedure di gruppo è il nesso di *strumentalità in senso forte* che lega tale apparato rimediale ai principi generalissimi in tema di autonomia patrimoniale e di separazione delle masse nelle procedure di gruppo²⁹⁰.

È appena il caso di rammentare, infatti, come l'implementazione di un efficace sistema revocatorio delle transazioni infragruppo costituisca, unitamente all'esercizio in sede concorsuale delle azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., lo strumento elettivo di neutralizzazione delle conseguenze pregiudizievoli di un'eventuale eterodirezione esercitata in maniera tale da scaricare abusivamente il rischio d'impresa in capo ad una o più componenti del gruppo²⁹¹. Da qui allora l'impressione per cui proprio nel contesto della regolazione dell'insolvenza di gruppo la previsione di rimedi revocatori si ponga quale *antecedente logico necessario* di qualunque procedura che attui la sistemazione del dissesto delle componenti insolventi del gruppo attraverso la liquidazione del relativo patrimonio: e ciò in quanto è solo all'esito della preventiva ricostituzione del "dover essere" delle singole masse, per come depurato dall'incidenza di eventuali operazioni distrattive, che risulta *legittimo*, in una prospettiva orientata alla

²⁹⁰ È invero appena il caso di precisare che le azioni revocatorie rientrano, per consolidato insegnamento della dottrina, tra i «mezzi di integrazione della responsabilità patrimoniale» del debitore nelle procedure concorsuali, in quanto preordinate a ricomprendere «nel patrimonio separato, ai fini della responsabilità verso i creditori, beni che erano usciti dal patrimonio del debitore, ma per atti inefficaci nei confronti dei creditori» e, in tal modo, alla formazione di un «patrimonio-responsabilità, o patrimonio-garanzia più ampio del patrimonio normale del debitore» (così DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 242 e 268 ss., ma di una «funzione integratrice» dell'art. 2740 c.c. svolta dagli artt. 2901 c.c. e 64 ss. l.fall., nel contesto, rispettivamente, dell'esecuzione singolare e di quella concorsuale, discorreva altresì SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, 320).

²⁹¹ È stato al riguardo efficacemente scritto che «della aggregazione delle imprese e dei fenomeni di osmosi che in conseguenza si verificano nei rispettivi patrimoni, non può non tenersi conto quando il gruppo è in crisi; si potrà operare attraverso un sistema di azioni recuperatorie o si potrà operare attraverso un sistema di responsabilità o al tempo stesso attraverso entrambi i sistemi, ma quel riequilibrio che è dalla legge voluto tra le varie imprese del gruppo, non può venir meno nel momento in cui esso si rende più necessario» (in questi termini FERRI sr., *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del Convegno di Studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1981, Milano, 1982, 83 s. Sul ruolo e sull'efficacia dei rimedi revocatori nella crisi del gruppo cfr., in luogo di molti, MIOLA, *Trasferimenti patrimoniali intragruppo: profili interni e transazionali*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, cit., 1597 ss.; ID., *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi ed i creditori*, in *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi Atti del Convegno svoltosi a Courmayeur, 31 marzo – 1° aprile 1995*, Milano, 1997, 168 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, cit., 25 s.

salvaguardia del principio di autonomia patrimoniale nel gruppo insolvente, disporre il concorso dei relativi creditori entro il *circoscritto perimetro* di un patrimonio che comprenda tanto i beni *presenti* al momento dell'apertura della procedura, quanto quelli "*futuri*" da imputarsi all'attivo delle singole imprese all'esito delle iniziative recuperatorie, risarcitorie o *lato sensu* imprenditoriali assunte dal curatore²⁹².

Il sistema revocatorio degli atti infragruppo, in definitiva, si salda pienamente all'interno dei diversi modelli con i quali in concreto l'ordinamento concorsuale reagisce al dissesto dell'impresa organizzata, esercitata e finanziata secondo il paradigma del gruppo. Tali rimedi, in altri termini, dispiegano tutte le loro potenzialità tanto in un modello "*orientato alla liquidazione*", nel quale finalità assorbente della procedura è la mera dismissione, sebbene secondo modalità coordinate, del patrimonio del gruppo, quanto in quello – in un certo senso *ibrido* – della "*continuità in funzione della liquidazione*": un modello, cioè, nel quale la programmazione della liquidazione da parte degli organi della procedura si avvale anche della conservazione del valore del gruppo attraverso la prosecuzione dell'impresa.

2. *I poteri "retrospettivi". Le azioni di inefficacia e le revocatorie "aggravate" infragruppo: i modelli di tutela.*

Nella cornice delle tutele connesse all'esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento e spendibili all'interno di una procedura concorsuale, le azioni revocatorie assumono – come si è accennato – un rilievo centrale²⁹³, in ragione *non soltanto* della loro idoneità a sterilizzare gli effetti pregiudizievoli di transazioni infragruppo avvenute a condizioni sbilanciate o, comunque, tali da "drenare" risorse a beneficio di alcune componenti del gruppo e in danno di altre²⁹⁴, *ma altresì* della loro compatibilità con

²⁹² Non è un caso, del resto, che, sebbene con la consapevolezza delle innegabili differenze esistenti tra i due apparati rimediali, le azioni revocatorie infragruppo siano state talvolta studiate in connessione con le tecniche del consolidamento sostanziale e ritenute, rispetto a queste ultime, l'unica soluzione che consenta – dal lato *attivo* – la ricostruzione della massa afferente alla singola impresa insolvente del gruppo (per l'idoneità dei rimedi revocatori a «raggiungere risultati del tutto corrispondenti a quelli che si ottengono attraverso le tecniche di consolidamento sostanziale comportanti l'unificazione delle masse attive e passive, qualora si tenga conto che in questo modo si intendono neutralizzare, in via generale e definitiva, proprio quei trasferimenti patrimoniali idonei ad alterare la consistenza patrimoniale delle singole imprese del gruppo» cfr., da ultimo, MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 346), senza al contempo violare (l'affidamento circa) la separazione dei patrimoni, con conseguente penalizzazione per i creditori delle imprese con attivi maggiormente capienti: risultando allora tali rimedi pertinenti e non eccedenti rispetto alle esigenze di tutela cui le procedure liquidatorie sono intimamente ispirate (per il rapporto tra *funzione e tecnica* di tutela cfr. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., 105 ss.).

²⁹³ Al punto che nei primi commenti è stato ritenuto che le "norme comuni" contenute nel Capo IV del Codice, e dedicate ai rimedi revocatori e risarcitori e alla postergazione dei finanziamenti infragruppo, «agevolando le operazioni di ricostituzione dell'asse patrimoniale delle singole imprese, rappresentano la vera "cifra" della riforma» (SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2024).

²⁹⁴ L'immagine del «drenaggio di liquidità» da un comparto all'altro del gruppo è mutuata da SPADA, *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, in AGE, 2014, 26 s. e nt. 2. Funzione *generale* della revocatoria delle transizioni infragruppo è, in altri termini, quella di «ricostruire il patrimonio originario delle singole società del gruppo, prima che la sua consistenza venga compromessa

qualunque “percorso” assunto in concreto dalla procedura: nell’alternativa – s’intende – tra soluzioni puramente *liquidatorie* e scenari in cui la *prosecuzione dell’impresa* si inserisca in un tentativo di riallocazione dell’azienda di gruppo in esercizio.

Prova ne è, del resto, l’osservazione per cui il *potenziamento* dell’apparato revocatorio di diritto concorsuale generale costituisce una tecnica comune alle discipline speciali dell’insolvenza dei gruppi di imprese già presenti nell’ordinamento italiano. Sin dalla prima legge istitutiva dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi è stato cioè previsto l’ampliamento del periodo sospetto di cui all’art. 67, commi 1 e 2, l.fall.: tecnica poi replicata in sede di riforma della procedura (nonché nel decreto istitutivo della variante “speciale” dell’amministrazione straordinaria) e, da ultimo, transitata nella disciplina generale dei gruppi insolventi con il terzo comma dell’art. 290 del Codice della crisi.

Tale primo frammento del nuovo sistema revocatorio degli atti infragruppo sottende, del resto, un modello di tutela già sperimentato nel campo degli omologhi istituti di diritto concorsuale *generale*. Non v’è dubbio, infatti, che le azioni alle quali la norma rinvia siano le medesime cui l’art. 67 l.fall. assegna la funzione di reagire a condotte del debitore che, prima del manifestarsi dell’insolvenza, avessero accordato trattamenti preferenziali a taluni creditori in danno della massa²⁹⁵. Di tali azioni la nuova disciplina dell’insolvenza di gruppo si limita ad estendere l’ambito temporale entro il quale devono collocarsi gli atti astrattamente revocabili²⁹⁶, disponendo il raddoppio del cd. periodo sospetto e – con

da trasferimenti miranti a drenare risorse attive da una ad altra delle imprese in crisi o addirittura in favore delle imprese *in bonis*, e quindi di evitare che i creditori di alcune società siano svantaggiati a scapito di quelli di altre» (MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., 346).

²⁹⁵ In tal senso cfr. CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, cit., 130 e 134 ss., ove anche alcune condivisibili conseguenze applicative derivanti dalla soluzione prescelta, in ordine ad esempio all’operatività delle esenzioni da revocatoria di cui al terzo comma dell’art. 166 del Codice e del doppio termine, prescrizione e decadenziale, previsto dall’art. 170 del Codice. A questo riguardo, è poi appena il caso di precisare come la ravvisata applicabilità delle esenzioni anche alle revocatorie delle quali si discute consente di importare nel terreno delle transazioni infragruppo, e in particolare in quello della gestione accentrata della tesoreria accentrata secondo il modello del cd. *cash pooling*, la fattispecie di esclusione della revocabilità delle rimesse in conto corrente che non abbiano ridotto in maniera *consistente* (ma, dopo la riforma di cui al decreto correttivo, non più *durevole*) l’esposizione debitoria (per tale conclusione cfr. già MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., 349 s. e, sebbene in termini dubitativi, SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2025).

²⁹⁶ Un siffatto irrigidimento del regime revocatorio generale può essere agevolmente compreso non appena si consideri che, nel contesto del gruppo, maggiore è il volume delle transazioni “anomale” che abbiano comportato effetti distorsivi per la *par condicio creditorum* e più avvertita è, pertanto, l’esigenza di procedere a ritroso alla loro sterilizzazione. D’altra parte, è solo muovendo dalla constatazione per la quale tra imprese appartenenti al medesimo gruppo è più frequente il compimento di atti *anormali* di gestione che può comprendersi la scelta di non prevedere un’analoga estensione del periodo sospetto per gli atti cd. “normali” di cui al secondo comma dell’art. 166 del Codice della crisi, in relazione ai quali continua a valere l’ordinario termine semestrale previsto dalla disciplina generale. Per tale, condivisibile soluzione cfr. CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 130 ss., che osserva altresì come la mancata menzione degli atti cd. “normali” ai fini dell’estensione del periodo sospetto non sia da attribuirsi ad una «svista redazionale» (come invece ritenuto da SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l’insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 690 s.), né da ritenersi foriera di una «vistosa lacuna» (così invece NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza: notazioni*

disposizione stavolta inedita rispetto alla legge fallimentare – ricomprendendo nell’ambito oggettivo di applicazione del rimedio anche gli atti posti in essere dopo il deposito della domanda e prima dell’apertura della procedura²⁹⁷. Immutata è, invece, la funzione del rimedio: anche le revocatorie concorsuali esercitate nel contesto della liquidazione giudiziale di gruppo si collocano, infatti, al di fuori della logica indennitaria tipica dell’omologo istituto civilistico²⁹⁸, essendo esse preordinate a *ricostruire con*

generali, cit., 28): al contrario, l’esclusione in parola deve essere considerata «una scelta coerente con il sistema disegnato dal CCI», e ciò per l’assorbente ragione secondo la quale «un atto normale di gestione è tale sempre, ossia indipendentemente dal contesto nel quale viene compiuto» [CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 132 (corsivo nel testo)].

²⁹⁷ Sotto tale profilo, la norma potrebbe apparire – ad una prima lettura – singolare, sol che si consideri che, nel contesto delle procedure di gruppo, lo strumento preordinato a sterilizzare l’effetto distorsivo prodotto da atti anomali posti in essere *dopo* il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale parrebbe essere un’azione revocatoria *giudiziale* – quale quella plasmata dal richiamato art. 166 del Codice – e non già un meccanismo di inefficacia *automatica* del tipo di quello previsto dall’attuale art. 44 l.fall. Senonché, l’aporia può essere risolta rilevando come l’art. 166 del Codice preveda che gli atti ivi elencati sono revocati se compiuti, oltretutto nel periodo sospetto, anche «dopo il deposito della domanda *cui è seguita l’apertura della liquidazione giudiziale*»: il che consente allora di ritenere che sono sottoposti a revocatoria – e non automaticamente inefficaci – gli atti posti in essere *dopo il deposito* della domanda ma *prima della sentenza* che dispone l’apertura della liquidazione giudiziale. Sotto altro ma collegato profilo, il Codice della crisi recepisce altresì l’orientamento dottrinale (per il quale cfr., in luogo di molti, INZITARI, *Le operazioni di apertura di credito e di smobilizzo dei crediti e la revocatoria delle rimesse, in Crisi d’impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno tenutosi a Courmayeur il 23-24 settembre 2005*, Milano, 2006, 135 ss.; PRESTI, *La nuova disciplina dell’azione revocatoria fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Olivieri-Piscitello, Napoli, 2007, 77, ma cfr. anche la posizione contraria di TERRANOVA, *I profili generali dell’istituto. Il danno come fondamento dell’azione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia-Piccinini-Severini, vol. II, *Le azioni revocatorie. I rapporti preesistenti*, Milano, 2010, 51) che aveva criticato la scelta di ancorare il decorso a ritroso del periodo sospetto – fuori dai casi di consecuzione di procedure concorsuali regolata dall’art. 69-bis, comma 2, l.fall. – dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento e non da quella del deposito della relativa domanda: scelta che in concreto, considerati i tempi fisiologici di svolgimento dell’istruttoria prefallimentare, potrebbe frustare le possibilità di revocare talune categorie di atti, in specie quelle soggette al più breve termine semestrale.

²⁹⁸ Esulano ovviamente dai limiti del presente lavoro l’analisi di un tema oltremodo complesso e la ricognizione delle opinioni dottrinali prospettate in materia (per le quali, tuttavia, corre d’obbligo quantomeno il rinvio a MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, 121 ss., cui adde ID., *La «funzione» della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 362 ss.; DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., 330 s.; ID., *L’eventus damni nella revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, 260 ss.; LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, Milano, 1974, 60 ss., cui adde, con un significativo mutamento di opinione, ID., *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un’autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 84 ss.; D’ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1971; CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, cit., 139 ss.; SANDULLI, *Gratuità dell’attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 288 ss.; TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982, 136 ss.; G. ROSSI, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 493 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Giur. comm.*, 2007, II, 567 ss., con nota di GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la ... mette in crisi*). Ciò nondimeno, può sommessamente notarsi come colga probabilmente nel segno l’idea per cui alla disciplina della revocatoria fallimentare siano ascrivibili funzioni diverse a seconda della natura dell’atto da revocare, di talché essa tenda a presentare profili che riflettono, di volta in volta, tanto la teoria indennitaria quanto quella antindennitaria (per quest’impostazione cfr. JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, cit., 395, ma uno spunto anche in BOCCHINI, *Teoria dell’informazione e revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 123). In quest’ottica, è allora nella revoca degli atti cd. normali – e in particolar modo in quella dei

criteri obiettivi il patrimonio delle imprese insolventi del gruppo, a prescindere da ogni considerazione del danno arrecato dall'atto astrattamente revocabile e attraverso il semplice recupero di beni e utilità che ne siano fuoriusciti in forza di negozi tipici compiuti all'interno dell'arco temporale di riferimento²⁹⁹.

Se, dunque, l'attribuzione al curatore del potere di esercitare un'azione revocatoria concorsuale "aggravata" non pone problematiche di rilievo (salvo quanto si dirà nel prosieguo in ordine ai profili di legittimazione passiva)³⁰⁰, degna di nota è invece

pagamenti di debiti scaduti – che è possibile scorgere conferme di quell'impostazione che ascrive alla revocatoria fallimentare una funzione di collettivizzazione della perdita derivante dall'insolvenza (cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 151 ss.) e non di mera eliminazione di un pregiudizio arrecato al patrimonio del debitore (sottolinea infatti come alla revoca dei pagamenti di debiti scaduti sia estranea qualunque finalità di «ricomposizione del pregiudizio al patrimonio del debitore», FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 719 s.). Il che, del resto, parrebbe essere oggi espressamente confermato dall'introduzione di quell'ipotesi di esenzione da revocatoria che, al fine di bilanciare le esigenze della tutela concorsuale del credito con la finalità di «salvaguardia delle opportunità di sopravvivenza dell'impresa in difficoltà» (JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., 397), sottrae dal novero degli atti cd. normali i «pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso». Tale novità, infatti, lungi dal ridurre l'ambito concettuale riservato alla teoria antindennitaria (come ritenuto invece da JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., 397), parrebbe invece confermarne indirettamente la fondatezza, e ciò in quanto è quasi scontato rilevare come l'introduzione di un'eccezione abbia senso soltanto nella misura in cui si postuli la vigenza di una *regola* che all'ipotesi esentata sarebbe naturalmente destinata ad applicarsi (uno spunto in questo senso già in Cass. civ., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, cit., e in FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, cit., 721, ove il rilievo per cui «l'esenzione presuppone una soggezione»).

²⁹⁹ Sotto tale profilo, non v'è dubbio, del resto, che l'azione revocatoria debba essere oggi letta in prima battuta quale «modo di recupero normale di valori usciti da un patrimonio debitorio insufficiente», che si avvale e determina a tal fine «una possibile vicenda interruttiva dei normali circuiti di circolazione giuridica dei beni». Una funzione, quest'ultima, che è poi destinata ad accentuarsi non appena si convenga – come pare preferibile – che la revocatoria *concorsuale* miri «non ad eliminare un danno prodotto dall'atto, bensì a ricostruire, con criteri oggettivi, il patrimonio del debitore», assicurando cioè, in via diretta ed immediata, «il recupero di prestazioni effettuate dall'insolvente» e, in via indiretta, il riallineamento della «situazione dei vari creditori a quella che si sarebbe avuta se il debitore non avesse compiuto una certa prestazione, favorendo un determinato creditore a danno di altri» (per tali "aperture" alla teoria redistributiva, sebbene nel contesto di un'impostazione di fondo indennitaria, cfr. LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 63 e 120 s., ove le frasi riportate fra virgolette): il che, a ben vedere, è un ulteriore modo di descrivere, da una diversa angolazione, quell'effetto di «collettivizzazione della perdita» derivante dall'insolvenza o di sua «redistribuzione all'interno di una determinata collettività» in cui si esaurisce la funzione dell'azione revocatoria fallimentare secondo la sua interpretazione in chiave antindennitaria o redistributiva (per la quale cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 151).

³⁰⁰ Qualche dubbio potrebbe residuare in ordine all'ambito *soggettivo* di applicazione del terzo comma dell'art. 290 del Codice, atteso che la norma, con riguardo ai profili di legittimazione *attiva*, allude genericamente alla possibilità per il «curatore della procedura di liquidazione giudiziale aperta a carico di una società appartenente ad un gruppo» di esercitare l'azione «nei confronti delle altre società del gruppo». Ebbene, a questo riguardo non pare potersi attribuire rilievo dirimente alla formulazione letterale della norma, che – nell'alludere (apparentemente) a procedure aperte a carico di singole società del gruppo e non dell'intera sua componente insolvente – parrebbe suggerire l'innesto dell'azione all'interno delle sole procedure liquidatorie *individuali* di cui all'art. 288 del Codice, e non della liquidazione giudiziale di gruppo *in senso stretto*. Un'interpretazione siffatta, tuttavia, si porrebbe in evidente contrasto con il tenore letterale della corrispondente previsione della legge delega per la riforma del diritto crisi d'impresa, la quale indicava al legislatore delegato l'introduzione di «rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori», da collocare nell'ipotesi di «*gestione unitaria* della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo». Ora,

l'introduzione di un rimedio apparentemente eterogeneo rispetto agli omologhi istituti di diritto concorsuale generale.

Il primo comma dell'art. 290 del Codice, recependo un'indicazione della legge delega, introduce infatti un'ulteriore azione di inefficacia tra imprese del gruppo, preordinata alla revoca di atti compiuti nei cinque anni precedenti il deposito della domanda di accesso alla procedura, che abbiano avuto l'effetto di «spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori»: un'azione, in particolare, che può essere esercitata tanto nella liquidazione giudiziale di gruppo in senso stretto, quanto in presenza dell'apertura di una pluralità di procedure coordinate, fatto salvo in ogni caso quanto disposto dal primo comma dell'art. 2497 c.c.

Ne risulta, pertanto, un apparato rimediario composito, che, se *da un lato* si avvale dell'estensione all'insolvenza del gruppo di rimedi già sperimentati nelle procedure liquidatorie individuali, *dall'altro* si segnala per l'introduzione *ex novo* di un'azione con effetto revocatorio dai contorni incerti e, in quanto tale, di non immediata classificazione; il tutto, peraltro, in assenza di qualunque indicazione circa i possibili criteri di coordinamento con le azioni revocatorie generali di cui agli artt. 163 ss. del Codice e – quel che risulta all'evidenza foriero di maggiori incertezze – con gli ulteriori rimedi a carattere *lato sensu* recuperatorio (su tutti, le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.), la cui legittimazione attiva transita tuttora in favore del curatore ai sensi dell'art. 291 del Codice.

Problematiche, tutte, che non fanno che confermare l'esigenza di dedicare al problema un supplemento di riflessione.

3. Le azioni di inefficacia di cui al primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi, tra natura e funzione del rimedio.

L'innesto nella liquidazione giudiziale di gruppo di una (apparentemente) inedita legittimazione all'esercizio di un'azione diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia di transazioni pregiudizievoli per i creditori impone innanzitutto – e prim'ancora, cioè, di individuare l'esatta estensione della *fattispecie* oggetto della norma – di interrogarsi sulla ricostruzione e sull'interpretazione della relativa *disciplina*³⁰¹. In quest'ottica, si tratta in particolare di chiedersi – prendendo le mosse, in una prospettiva squisitamente

se è dubbio che nella nozione di “gestione unitaria” possano rientrare anche le procedure distinte ma coordinate di cui all'art. 288 del Codice (problema che, come si dirà nel prosieguo, si pone in misura maggiore in relazione al primo comma dell'art. 290), certo è ad ogni modo che il terzo comma dell'art. 290 del Codice non può essere riferito soltanto a tale seconda eventualità, tagliando fuori la liquidazione giudiziale di gruppo *in senso stretto* di cui all'art. 287 del Codice, unica procedura di gruppo propriamente unitaria anche sul versante processuale. Ciò posto, resta altresì fermo che la norma non è di per sé idonea a chiarire quali siano i legittimati passivi dell'azione, atteso che non è certo se nella categoria delle «altre società del gruppo» rientrino soltanto imprese del gruppo *in bonis*, ovvero anche imprese insolventi.

³⁰¹ La norma, in particolare, è stata ritenuta nei primi commenti alla riforma il vero e proprio «fulcro del sistema» (CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 158), pur essendo stato altresì rilevato come essa costituisca una «disposizione decisamente oscura» (NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 27).

normativa, dalle scarse indicazioni fornite dal primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi³⁰² – se la novità in esame si esaurisca nella mera estensione alle procedure liquidatorie di gruppo di rimedi già presenti in altri ambiti dell'ordinamento civile e concorsuale, ovvero se l'azione ivi prevista sia al contrario da considerarsi *autonoma*, e in quanto tale parzialmente *eterogenea*, rispetto alle comuni azioni restitutorie, ordinarie e concorsuali³⁰³.

La risposta al quesito non è agevole, complice peraltro una formulazione letterale della norma non certo impeccabile e, fra l'altro, “contaminata” dalla tendenza ad impiegare locuzioni prive di un'univoca portata precettiva³⁰⁴. È il caso, in particolare, della stessa definizione degli *effetti* dell'accoglimento della domanda, consistenti testualmente nella «*dichiarazione di inefficacia*» dell'atto impugnato: una formulazione, quest'ultima, dalla quale parrebbe desumersi la portata meramente *dichiarativa* della sentenza che ne dispone la revoca. E tuttavia così non è, sol che si consideri infatti come, pur a fronte di una disposizione dal tenore letterale analogo (l'art. 2901 c.c.), oggi non si dubita che gli effetti della sentenza che accoglie la domanda revocatoria, tanto

³⁰² Un'analoga impostazione di metodo, da ritenersi preferibile rispetto ad un approccio di tipo *ontologico* a concetti tipicamente polisensu, quali l'“inefficacia” o il “pregiudizio”, è stata seguita, in un contesto diverso, da PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., 53 ss.

³⁰³ La terminologia adottata nel testo ricalca quella impiegata, in un contesto peraltro non distante, da BRIOLINI, *Le azioni “restitutorie” dei conferimenti in natura*, Torino, 2008, 2 s., il quale allude proprio a quelle «fattispecie in cui la vicenda traslativa [...] non può compiersi con pienezza di effetti, a causa di un interesse – diverso da quello delle parti dell'operazione negoziale – che il sistema non permette sia compromesso da questa»: donde «l'attribuzione, al portatore di siffatto interesse, d'un rimedio per *rimuovere il pregiudizio* che il conferimento abbia recato al proprio diritto» (corsivo nel testo).

³⁰⁴ Per una prima impressione in tal senso cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 345.

ordinaria³⁰⁵, quanto fallimentare³⁰⁶, debbano essere ascritti alle dinamiche della tutela

³⁰⁵ La tesi della natura costitutiva anche della sentenza che accoglie l'azione revocatoria *ordinaria* è attualmente unanime in giurisprudenza (cfr. le recenti Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30416, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 284 ss., con nota di SASSANI, *Improporzionabili le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*; Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2020, n. 12476, in *Fall.*, 2020, 1526 ss., con note di PANZANI, *La natura costitutiva dell'azione revocatoria ed il credito per equivalente della curatela del solvens nei confronti del fallimento dell'accipiens* e di DE SANTIS, *Il trattamento concorsuale del credito revocatorio per equivalente, ovvero del giudizio "virtuoso" di accertamento del passivo*) e prevalente in dottrina (cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III ed., Milano, 1955, 193 e 209 s.; SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 350; CORSI, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Torino, 2014, 574 s.; PORTALE, *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1998, 71 s.; CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni della massa* in *Riv. dir. proc.*, 1998, 409 s. e nt. 38; FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 997; DE SANTIS, *Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*, in *Fall.*, 2019, 328 ss.). L'opposta soluzione è stata in passato sostenuta da NATOLI, voce *Azione revocatoria*. b) *Revocatoria ordinaria*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 890 s.; FERRARA jr., voce *Azione revocatoria*. c) *Revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 901 s.; COSSU, voce *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 457 ss.; DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., 232 s. Più recentemente, propende per la qualificazione della pronuncia che revoca un *atto di disposizione* ai sensi dell'art. 2901 c.c. nei termini di una sentenza dichiarativa SASSANI, *Improporzionabili le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 294 ss., muovendo in particolare dal presupposto per cui nelle fattispecie di revocabilità previste dalla norma codicistica si assisterebbe, *a monte*, alla «tipizzazione legale di un illecito». L'opinione appena menzionata offre lo spunto per sottolineare come le tesi che attribuiscono natura *dichiarativa* alla sentenza di revoca siano state sovente argomentate proprio a partire dal «fondamento che viene attribuito all'azione, quale per esempio una limitazione al potere di disposizione del debitore o l'illiceità del suo comportamento» (così SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 350 e nt. 189, ma la connessione ipotizzata emerge con maggiore chiarezza nel pensiero di NATOLI, voce *Azione revocatoria*. b) *Revocatoria ordinaria*, cit., 889 s., il quale, a partire dalla qualificazione dell'atto pregiudizievole in termini di comportamento illecito, desume il «puro e semplice valore dichiarativo e di accertamento» della revocatoria ordinaria, quale conseguenza di «un difetto di certi atti messi in essere dal debitore, una qualità originaria degli stessi»). Se così è, è allora interessante rilevare come la qualificazione dogmatica della condotta del disponente (nei termini, ad esempio, di una violazione del dovere di correttezza: così BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 195), risenta in misura determinante del sostrato materiale – e del connesso livello di conflitto fra interessi – nel quale l'azione si innesta (per tali considerazioni cfr. DELLA TOMMASINA, *Liquidazione dell'impresa agricola e azione revocatoria ordinaria*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Pellicchia-Modica, Pisa, 2020, 342 e nt. 20). Ma è possibile in realtà spingersi oltre, rilevando come la qualificazione dell'atto pregiudizievole in termini di comportamento illecito giaccia in realtà «sul piano delle ipotesi assiologiche» piuttosto che su quello dei dati di diritto positivo (così DE SANTIS, *Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*, cit., 327, ma per le differenze che intercorrono tra il modello rimediato sotteso alle azioni revocatorie e il sistema dell'illecito civile cfr. altresì TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, cit., 94 ss.). D'altra parte, che sia anche logicamente inconcepibile anche con riguardo all'azione revocatoria *fallimentare* un'illiceità, ovvero, in una prospettiva aggiornata, un'inefficacia *originaria* dell'atto di disposizione – quale «conseguenza di una carenza assoluta di legittimazione a disporre al momento del compimento dell'atto» – è confermato dal rilievo per cui «il potere di disporre efficacemente nei confronti dei creditori viene intaccato solo con la pronuncia della sentenza», in mancanza della quale, allora, «atti pur compiuti in stato di insolvenza conservano la loro piena efficacia» (SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 286 s.).

³⁰⁶ E ciò a partire dalla fondamentale Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 1996, n. 5443, in *Dir. fall.*, 1996, II, 811 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *L'azione revocatoria appartiene ai diritti potestativi*. In

costitutiva dei diritti, essendo tale sentenza idonea a produrre *ex novo* quella modificazione della situazione giuridica preesistente consistente, rispettivamente, nell'esposizione del bene oggetto dell'atto revocato all'esecuzione contro il terzo proprietario promossa dal creditore istante³⁰⁷ e nell'apprensione delle relative utilità alla massa fallimentare³⁰⁸.

dottrina, la tesi è oggi pressoché unanime: cfr., *ex multis*, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 193; RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, 100 ss.; TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. I) Parte generale*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di Bricola-Galgano, Bologna-Roma, 1993, 178 ss.; CAVALLINI-GABOARDI, sub *Articolo 70*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. I, *Artt. 1 – 63*, Milano, 2010, 323 ss.; FABIANI, *Costituzione in mora ed effetto interruttivo della prescrizione nell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 1993, 531; P. CASELLA, *Sulla natura della revocatoria fallimentare e sul decorso degli interessi*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 754 ss. In senso contrario, tuttavia, cfr. le risalenti opinioni di ARATO, *Operazioni bancarie in conto corrente e revocatoria fallimentare delle rimesse*, Milano, 1991, 44 ss.; RICCI, *Sulla natura dichiarativa della revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 19 ss.; ID., *Sulla pretesa natura costitutiva della revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 1515 ss.; FERRARA jr., voce *Azione revocatoria. c) Revocatoria fallimentare*, cit., 901 s. e 907 s. e DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., 242 e 318 ss., il cui ragionamento, in realtà, conduce in più punti ad uniformare rimedi che, per contro, dovrebbero essere tenuti distinti (per uno spunto in tal senso cfr. FABIANI, *Questioni in tema di prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Foro it.*, 1993, 573): basti, invero, considerare la discutibile equiparazione fra l'azione revocatoria in senso stretto ai sensi dell'art. 67 l.fall. e l'azione per la dichiarazione di inefficacia di cui agli artt. 64 e 65, laddove al contrario essa si configura come un meccanismo di inefficacia automatica che, di regola, non richiede un'azione giudiziale e, quand'anche la richiedesse, sarebbe in ogni caso destinato a concludersi con una sentenza di natura meramente dichiarativa (per tutti gli opportuni riferimenti al riguardo cfr. *infra*, nt. 312 e 313).

³⁰⁷ In altri termini, l'accoglimento della domanda implica in ogni caso la produzione di un effetto giuridico – *id est*, l'inopponibilità dell'atto revocato in favore del creditore istante e la conseguente possibilità per quest'ultimo di agire contro il terzo proprietario ai sensi dell'art. 602 c.p.c. (sul punto cfr., per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 264; effetto che, del resto, costituisce una diretta conseguenza della «trasformazione [del rimedio] in strumento di tutela del credito ed [al] progressivo distacco dai tradizionali lineamenti di sanzione alla frode del debitore»: cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 14 ss. e 168 ss. e LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 63) – assente sul piano del diritto sostanziale sino al passaggio in giudicato della pronuncia di revoca: in piena coerenza, allora, con i meccanismi operazionali tipici della tutela costitutiva. In tal senso cfr., ad esempio, CARNELUTTI, *Azione revocatoria e trascrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 214, che qualifica le conseguenze della pronuncia in termini non di «rescissione dell'atto», bensì di «attenuazione dei suoi effetti» o, meglio, di «eliminazione di alcuno di essi»; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 312; SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 348 ss., per il quale «la sentenza in cui sfocia l'azione revocatoria attribuisce al bene una particolare qualità, quella di essere assoggettabile all'esecuzione da parte dei creditori dell'alienante, anche se il bene è di proprietà di un terzo» e, pertanto, ha natura costitutiva della «legittimazione passiva del terzo nel processo di esecuzione» (*ivi*, 323). Considerazioni analoghe, da ultimo, in M. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 431 s.

³⁰⁸ L'accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare produce innegabilmente un effetto nella sostanza recuperatorio, compendiato cioè nell'obbligo di consegna del bene da parte del terzo revocato e nella sua materiale apprensione da parte del curatore attraverso gli strumenti di cui agli artt. 192 ss. del Codice della crisi. Ciò con la precisazione per cui un simile risultato costituisce – al più – il corollario del carattere *collettivo* dell'esecuzione resa possibile dall'accoglimento della domanda di revoca: esecuzione, cioè, che si realizza proprio attraverso l'apprendimento da parte del curatore di ogni utilità riconducibile al patrimonio del debitore al momento della dichiarazione di fallimento (in tal senso cfr., per tutti, MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 187 ss.; FABIANI, *La gestione dei beni ricavati da azioni revocatorie*, in *Fall.*, 2003, 1089; in giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. I, 6 marzo 1962, n. 435, in *Foro it.*, 1962, I, 415). È appena il caso di precisare, poi, come considerazioni analoghe valgano altresì con riguardo all'azione revocatoria *ordinaria* esercitata nel fallimento: e ciò in quanto una soluzione che assegni anche

Ciò premesso, la possibile collocazione del rimedio entro le coordinate tracciate dal sistema revocatorio generale è per certi versi agevolata da un'ulteriore indicazione di diritto positivo, fornita dal tenore letterale della rubrica e del primo comma dell'art. 290 del Codice. Il riferimento ivi contenuto alle "azioni" strumentali alla declaratoria di inefficacia depone inequivocabilmente per la natura *giudiziale* del rimedio, e induce pertanto a scartare l'idea – che pure poteva essere suggerita dalla corrispondente previsione della legge delega per la riforma del diritto della crisi d'impresa³⁰⁹ – secondo la quale la revoca degli atti pregiudizievoli sia da riallacciare, nel gruppo, ad un'ipotesi di *inefficacia automatica* o, ancora, guardando al rimedio in una prospettiva "organizzativa", ad un meccanismo officioso di *redistribuzione contabile*, tra i "conti" attivi aperti a favore delle singole società insolventi del gruppo, delle poste di patrimonio oggetto degli atti revocabili³¹⁰.

a tale rimedio effetti latamente recuperatori non soltanto si dimostra senza dubbio più lineare rispetto al (tortuoso) percorso dell'esecuzione contro il terzo proprietario promossa dal curatore ai sensi degli artt. 602 ss. c.p.c. (uno spunto in MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 192 ss. e in FERRARA jr., voce *Azione revocatoria*. c) *Revocatoria fallimentare*, cit., 907), non soltanto consente di ricostruire in maniera più efficace il patrimonio dell'impresa insolvente, rendendone allora percorribile la gestione produttiva e la successiva cessione in prospettiva possibilmente unitaria (in questo senso cfr. DELLA TOMMASINA, *Liquidazione dell'impresa agricola e azione revocatoria ordinaria*, cit., 349 s., testo e nt. 34), ma si inserisce altresì nel solco di (e porta, anzi, al suo pieno compimento) quella trasformazione dell'*actio pauliana* «da misura di difesa individuale in misura di difesa collettiva», già evidenziata da una risalente dottrina (G. BONELLI, sub *Articolo 708*, in *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, vol. I, II ed., Milano, 1923, 753).

³⁰⁹ Il cui art. 3 prevedeva infatti – quantunque in relazione alla sola ipotesi della «gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo» e, peraltro, con una formulazione talmente ampia da indurre taluno in dottrina ad attribuirvi la «natura di norma in bianco, tale cioè da legittimare il legislatore delegato a costruire *ex novo* e dal nulla, senza alcuna cornice di riferimento entro cui operare, uno strumento revocatorio *ad hoc* per gli atti infragruppo» (NIGRO-VATTERMOLI, "Il diritto societario della crisi" nello schema di riforma delle procedure concorsuali: osservazioni critiche "ad adiuvandum", in *Giust. civ. online*, 21 agosto 2018, 14) – «l'attribuzione al curatore, anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo, del potere di azionare *rimedi* contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori». Ebbene, è oltremodo evidente come in sede di trasposizione di tale criterio direttivo nell'articolato definitivo del Codice siano stati introdotti quantomeno *due* elementi di discontinuità, in quanto, *innanzitutto*, l'innesto delle revocatorie è stato esteso anche all'ipotesi dell'apertura di *separate* procedure di insolvenza per le singole imprese del gruppo e, *in secondo luogo*, il più generico richiamo ai «*rimedi* contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza» è stato sostituito da un più preciso riferimento alle «*azioni* dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia»: il quale sottende, allora, una precisa scelta di campo in favore di soluzioni revocatorie *giudiziali*, senza dubbio consentita, ma certamente non imposta dal legislatore delegante.

³¹⁰ Del resto, la suggestione esposta nel testo era stata già prospettata, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, da BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori. Concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta, e amministrazione straordinaria*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIII, Padova, 1997, 711. Tale soluzione, quantunque sia stata autorevolmente esclusa nel contesto di provenienza (cfr. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 108, sul presupposto per cui il legislatore avrebbe accuratamente «escluso la confusione di patrimoni fra le società collegate insolventi», ragion per cui deve essere salvaguardata l'autonomia dei singoli organismi e «le opinioni del commissario non possono allora sostituirsi al convincimento del giudice»), potrebbe a dire il vero rivelarsi la più lineare e coerente con le esigenze di celerità e di economicità che connotano le procedure liquidatorie *generali* riservate ai gruppi di imprese dal Codice della crisi. Senza contare, inoltre, che essa consentirebbe di superare in radice gli inconvenienti che discendono, in punto di *legittimazione attiva*, dalla tendenziale *unicità dell'ufficio concorsuale*: il quale

Una conclusione, quest'ultima, che fornisce del resto un'ulteriore indicazione nel solco, ancora una volta, del dialogo tra *disciplina* e *fattispecie* del rimedio. Risulta cioè possibile escludere che il perimetro *oggettivo* del primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi sia limitato ai soli atti a titolo gratuito, unica categoria di atti revocabili esclusa dal rinvio all'art. 166 del Codice operato dal terzo comma dell'art. 290³¹¹. A voler concludere in tal senso, infatti, risulterebbe difficile comprendere le ragioni per le quali, nel contesto delle procedure di gruppo, la revoca degli atti privi di corrispettivo sia stata subordinata ad un'azione *giudiziale* e non, invece, alla regola dell'inefficacia *automatica* prevista dall'art. 163 del Codice per le procedure liquidatorie "generalì"³¹²: il che

ciò – in assenza degli opportuni correttivi – si troverebbe a ricoprire al contempo il ruolo di attore e convenuto nella medesima controversia. Il problema (segnalato dopo l'entrata in vigore del Codice della crisi da FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, Torino, 2019, 223) era già presente nell'amministrazione straordinaria di gruppo ed era stato risolto in tale contesto attraverso la nomina di curatori speciali per singoli atti ai sensi dell'art. 78 c.p.c. (così LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 108 e DACCÒ, sub *Articolo 91. Azioni revocatorie*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: commentario al Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270*, a cura di Castagnola-Sacchi, Milano, 2000, 491, ma sul punto cfr. le perplessità manifestate da LO CASCIO, *Il commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria*, Milano, 2000, 440, sul presupposto dell'impossibilità di assimilare la posizione del commissario straordinario alle situazioni privatistiche di conflitto di interessi, nonché da DI MAJO, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, sez. IV, *I gruppi di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, vol. III, *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, Torino, 2011, 1308, in relazione proprio al rischio di rendere più complessa e costosa la procedura). Senonché, tale correttivo merita di essere replicato anche nella nuova disciplina (in tal senso cfr., con riguardo all'ordinamento tedesco, PAULUS, *Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht*, in *ZGR*, 2010, 287 e 293, ove la proposta di nominare un *Sondernverwalter* tutte le volte in cui si prospetti il rischio di una *Verwalteridentität*), non foss'altro in quanto l'altra soluzione praticabile – consistente nella nomina di curatori *diversi* in luogo di un organo unico, invocando a tal fine le «specifiche ragioni» di cui al secondo comma dell'art. 287 del Codice (in tal senso cfr., sia pure in termini dubitativi, CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 155 e, più esplicitamente, SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2025) – varrebbe a *porre sostanzialmente nel nulla* la stessa previsione dell'accentramento di funzioni in capo ad un unico curatore: a voler ragionare in tal senso, infatti, la nomina unica non risulterebbe quasi mai praticabile, tenuto conto della generale applicabilità dei rimedi revocatori nelle nuove procedure di gruppo. Ad ogni modo, smarcato il problema della coincidenza di ruoli in capo all'organo della procedura nei giudizi revocatori, non resta che prendere atto che ai fini della revoca degli atti infragruppo appare imprescindibile l'accertamento giudiziale, e ciò anche alla luce del fatto che il positivo esperimento delle azioni in parola è subordinato ad una serie di requisiti, il cui accertamento parrebbe essere stato consapevolmente affidato al sindacato del giudice e non, invece, ad una mera iniziativa stragiudiziale del curatore (in tal senso cfr. CARRARO, *Atti pregiudizievoli: aspetti problematici vecchi e nuovi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1122).

³¹¹ Per tale proposta di soluzione cfr. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, cit., 223.

³¹² Per la qualificazione degli effetti dell'art. 64 l.fall. in termini di inefficacia *ex lege* cfr., per tutti, GALLETTI, voce *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, Milano, 2008, 72; D'ARRIGO, *Atti a titolo gratuito e pagamento di debiti scaduti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo I, *Fallimento: presupposti, istruttoria, organi, effetti, revocatoria e piani attestati*, Torino, 2009, 546 s. e 554 s.; DI IULIO, *Gli effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, I, *Atti a titolo gratuito e pagamenti inefficaci*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, vol. I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2010, 513. Del resto, la tesi contraria (sostenuta in passato da SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 336 ss. e ribadita, da ultimo, in ID., *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Torino,

determinerebbe uno *svantaggio* per il curatore dell'impresa di gruppo e, simmetricamente, un *vantaggio* per l'impresa beneficiaria – cui si consentirebbe di provare l'esistenza di un fatto impeditivo non contemplato né nella disciplina concorsuale generale³¹³, né in quella civilistica³¹⁴ – entrambi difficilmente giustificabili a livello sistematico³¹⁵.

Anche per tali ragioni, quindi, è possibile ritenere che l'ambito oggettivo di applicazione del rimedio non sia da circoscriversi ad una categoria predeterminata di atti, individuabili *a priori* sulla base delle loro caratteristiche intrinseche. La norma, infatti, parrebbe sottendere un meccanismo di tipizzazione della fattispecie regolata che si

2014, 513 ss. e 549 s.) appare oggi smentita – per l'appunto – dal secondo comma dell'art. 64 l.fall., il quale prevede che «i beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento» e che eventuali contestazioni sono relegate alla fase – successiva ed eventuale – del reclamo contro gli atti del curatore ai sensi dell'art. 36 l.fall. (sul punto cfr., per tutti, FAUCEGLIA, *Riflessioni sul secondo comma dell'art. 64 legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 716). Non v'è dubbio, sotto altra prospettiva, che l'assimilazione del rimedio scolpito dal primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi alle ipotesi di inefficacia automatica previste dagli artt. 163 e 164 potrebbe senza dubbio consentire di eludere alla radice il problema – del quale si darà conto nel prosieguo del lavoro – circa la possibile interferenza tra la nuova disciplina delle revocatorie infragruppo e la preclusione giurisprudenziale alle azioni *costitutive* avverso una procedura concorsuale (per tale soluzione cfr. ad esempio FABIANI, *Il caso della revocatoria tra fallimenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 395 s.).

³¹³ Per tali rilievi cfr. SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2025. Quanto al presupposto *soggettivo*, infatti, la tesi che richiedeva la collocazione dell'atto gratuito in un momento in cui il debitore esercitava un'impresa commerciale è stata sostenuta in passato da SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 158 ss. (nonché ribadita in ID., *La rilevanza della qualità di imprenditore commerciale nella revocatoria fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, II, 228 ss. e condivisa da PISCITELLO, *Questioni sul rilievo della qualità di imprenditore nella revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 841) ma è rimasta minoritaria in dottrina (cfr., in luogo di molti, PORZIO, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. II, *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, Padova, 2010, 337 e, *amplius*, AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, 81 ss.) ed è stata apertamente smentita in giurisprudenza (cfr. Cass. civ., Sez. I, 1° aprile 2005, n. 6918, in *Fall.*, 2006, 150, con nota di MINUTOLI). Quanto invece al presupposto *oggettivo*, l'irrelevanza dell'insolvenza del disponente al momento del compimento dell'atto è stata sostenuta, seppur con diverse argomentazioni, da SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., 160 ss. e 284 ss.; ID., *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit., 525 s.; TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, cit., 117; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 148 ss.; nonché, più recentemente, da FAUCEGLIA, *Riflessioni sul secondo comma dell'art. 64 legge fallim.*, cit., 714 s. e CIRULLI, *Profili sostanziali e processuali dell'art. 64 l. fall. de iure condito e de iure condendo*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 610 ss. In giurisprudenza, cfr. in tal senso Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1992, n. 5616, in *Giur. it.*, 1993, 360.

³¹⁴ E ciò in quanto, all'evidenza, l'art. 2901 c.c. non richiede, ai fini della revoca degli atti a titolo gratuito, alcuna considerazione dello stato soggettivo del terzo, sotto forma di *participatio* alla consapevolezza del «pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore» ovvero, in caso di anteriorità dello stesso rispetto al sorgere del credito, alla dolosa preordinazione «al fine di pregiudicare il soddisfacimento».

³¹⁵ Merita ricordare al riguardo come la dicotomia in tema di revocatoria fallimentare tra la disciplina degli atti a titolo gratuito e quella degli atti a titolo oneroso sottenda una più ampia esigenza di «graduazione della tutela», alla luce della quale, cioè, «la mancanza di un sacrificio economicamente apprezzabile rende *a priori* immeritevole di tutela l'acquirente a titolo gratuito», ponendolo in una «posizione *deteriore* nel conflitto con il creditore agente (o con il fallimento)» e giustificando finanche la soluzione di «*recidere* intere catene circolatorie» (BRIOLINI, *Le azioni "restitutorie" dei conferimenti in natura*, cit., 98 ss., nonché già MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria (Contributo alla teoria del processo e alla teoria delle obbligazioni)*, in *Jus*, 1953, 236).

incentra non già sul piano (della natura) dell'*atto*, bensì su quello dell'*effetto*³¹⁶, il quale è (atecnicamente) definito quale “spostamento” di risorse da una società all'altra del gruppo con pregiudizio per i creditori. Di qui allora l'impressione per cui debbano ritenersi astrattamente revocabili tutti quegli atti che, a prescindere dalla loro natura giuridica e, in particolare, dalla loro riconducibilità alla categoria dei negozi *traslativi* o, viceversa, a quella degli atti di matrice *organizzativa*, siano astrattamente idonei a determinare una *diversa dislocazione all'interno del gruppo di risorse di pertinenza della singola società*³¹⁷.

Ciò posto, un ulteriore passo in avanti in funzione della qualificazione del rimedio discende dall'analisi dei *requisiti* cui è subordinato l'accoglimento della domanda, e cioè a dirsi – sul piano *soggettivo* – la «conoscenza del carattere pregiudizievole dell'atto o del contratto», oggetto di una presunzione *assoluta*, sul versante dell'impresa disponente, e *relativa* su quello della «società beneficiaria»³¹⁸, e – sul piano *oggettivo* – il «pregiudizio

³¹⁶ In tal senso cfr. CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 143 s. D'altra parte, una consimile tecnica di costruzione della fattispecie rilevante non è a ben vedere estranea al diritto dei gruppi di società: basti considerare, infatti, che, anche con riguardo alla nozione di controllo esterno derivante da «particolari vincoli contrattuali» di cui all'art. 2359 c.c., la puntuale individuazione dei contratti idonei ad integrare gli estremi dell'influenza dominante riposa proprio sul piano dell'*effetto* e non su quello dell'*atto*, e ciò in quanto «ciò che conta non è tanto il tipo contrattuale, quanto piuttosto l'idoneità del contratto a creare una situazione di dipendenza economica dell'un contraente nei confronti dell'altro» (in questi termini SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 110).

³¹⁷ In tal senso cfr. CARRARO, *Atti pregiudizievoli: aspetti problematici vecchi e nuovi*, cit., 1122, ove proprio il rilievo per cui «l'espressione spostare [...] suggerisce l'idea non di un negozio traslativo ma piuttosto di un'operazione contabile». D'altra parte, la soluzione accolta nel testo, se *da un lato* induce a dubitare della possibilità di revocare ai sensi del primo comma dell'art. 290 del Codice della crisi gli atti costitutivi di *diritti di garanzia*, i quali per definizione non comportano alcuno spostamento *attuale* di risorse tra società del gruppo, *dall'altro* richiama il problema della revocabilità degli atti aventi *matrice organizzativa* e, in particolare, delle *operazioni straordinarie d'impresa*, quali la fusione e la scissione. Queste ultime, invero, pur non essendo in alcun modo riconducibili alla categoria degli atti di scambio (tant'è vero che la giurisprudenza esclude in tali fattispecie la ricorrenza di un'ipotesi di successione universale tra vivi, ravvisandovi al contrario una mera vicenda modificativa ed evolutiva degli enti coinvolti: così, per tutte, Cass. civ., Sez. Un., ord. 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 199 ss., con nota di FAUSTINI, *Effetti processuali della fusione di società. La natura evolutivo-modificativa dell'operazione non determina l'interruzione del processo*, ma in dottrina cfr. le brillanti pagine di FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065 ss.), comportano nondimeno una diversa riallocazione dei patrimoni delle imprese coinvolte: il che, del resto, giustifica la recente tendenza – avallata da ultimo anche dalla giurisprudenza unionale e da quella di legittimità (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, 30 gennaio 2020, causa n.C-394/18, in *Corr. giur.*, 2020, 921 ss., con nota di PACIELLO, *La Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, cui fa seguito, per la giurisprudenza interna, Cass. civ., Sez. I, ord. 4 dicembre 2019, n. 31654, in *Fall.*, 2020, 906 ss., con nota di PICCIAU, *La Corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*) – ad aggirare le preclusioni all'invalidità delle operazioni straordinarie erette dagli artt. 2504-*quater* e 2506-*ter* c.c., al fine di consentire l'aggressione dell'atto di scissione, in particolare, con l'azione revocatoria ordinaria. Per ampio riesame del problema cfr. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. soc.*, 2019 712 ss.; PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 225 ss. e, ancor più di recente, LATELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della Corte di Giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, Studio n. 117-2020/A del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Affari Internazionali il 24 giugno 2020.

³¹⁸ Una regola – quest'ultima – che, se *per un verso* può risultare, come si è già accennato, inconciliabile con un'eventuale limitazione dell'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 290 del Codice ai soli atti a titolo gratuito (per i quali, al contrario, la conoscenza dello stato di insolvenza è presunto

per i creditori», da valutare facendo salvo «il disposto dell'articolo 2497, primo comma, del codice civile». Quest'ultimo, in particolare, fornisce alcune indicazioni essenziali in ordine alla *funzione* del rimedio, nonché ai possibili criteri di coordinamento all'interno della più ampia congerie di istituti che, nelle nuove procedure di gruppo, mirano a neutralizzare gli effetti pregiudizievoli dell'esercizio abusivo del potere di eterodirezione.

Sul punto è necessario procedere con ordine.

Prescindendo per un momento dell'analisi del presupposto soggettivo dell'azione, e riflettendo innanzitutto su cosa debba intendersi per “pregiudizio” ai sensi del primo comma dell'art. 290 del Codice, la soluzione pare essere la seguente: se si considera, infatti, che tale effetto è agganciato dalla norma a negozi giuridici la cui conseguenza diretta ed immediata è il trasferimento di risorse all'interno del gruppo, viene da sé che questi ultimi siano da considerarsi pregiudizievoli per i creditori nella misura in cui abbiano prodotto una *lesione dell'integrità patrimoniale della società trasferente*³¹⁹, veicolata da un'alterazione dell'equilibrio, inteso in senso latamente “sinallagmatico”, tra le prestazioni che gravano sulle parti del rapporto da revocare.

Il punto è a ben vedere decisivo. Sol che si muova, infatti, dall'idea per cui l'azione revocatoria può essere chiamata a svolgere *funzioni* diverse a seconda non soltanto del *contesto* in cui viene esercitata, bensì – e soprattutto – del diverso *presupposto oggettivo* che ne sta alla base³²⁰: tant'è vero che, laddove un minimo comune denominatore alle

iuris et de iure), per l'altro si spiega agevolmente alla luce dell'esistenza e del rilievo dei rapporti di gruppo, i quali sotto certi aspetti assimilano la posizione delle società del gruppo che sono parte dell'atto revocando a quella dei *coniugi* (o dei componenti di un'unione civile), anche per i quali – non a caso – è prevista un'analogia inversione dell'onere della prova in ordine alla conoscenza dello stato di insolvenza, ancorché cumulata con la mancanza di un arco temporale entro il quale collocare necessariamente l'atto revocabile (per tale accostamento cfr. SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2025). Per la medesima ragione, del resto, non convince l'opinione di quanti, proprio a partire delle deviazioni che una regola, quale quella che dispone l'inversione dell'onere della prova in ordine alla conoscenza del pregiudizio cagionato dall'atto revocabile, determina rispetto ai tradizionali modelli revocatori, ha ritenuto di intravedere nel rimedio in questione «una azione di inefficacia introdotta *ex novo*» o, in altri termini, come «una revocatoria speciale degli atti infragruppo, la quale, pur caratterizzandosi per la confluenza tanto di elementi tipici della revocatoria ordinaria, quanto di elementi propri della revocatoria concorsuale, ed anzi proprio per questo, non coincide né con l'una, né con l'altra» [in questi termini CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 141 s. (corsivo nel testo)].

³¹⁹ In tal senso cfr. anche CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 145.

³²⁰ Al riguardo, è opportuno chiarire come per “funzione” della revocatoria si intenda – mutuando la classificazione proposta da LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, cit., 85 s. – un'«espressione sintetica atta a descrivere presupposti ed effetti della revoca di determinati atti rispetto al fallimento», la quale è allora destinata a «mutare a seconda dell'estensione della disciplina e della concreta configurazione dei presupposti della revoca» (così LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, cit., 89). Non è invece possibile in questa sede dare conto – se non tangenzialmente – degli interrogativi che si agitano intorno ad un *secondo* e più generale modo di intendere la funzione della revocatoria, ovvero quale espressione che descrive «le conseguenze economiche e sociali della disciplina normativa considerata (e quindi l'attitudine della stessa a favorire od ostacolare determinate operazioni economiche)» (così ancora LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, cit., 85 s.). Assumendo in particolare questa seconda accezione quale punto d'osservazione della disciplina della revocatoria, è immediato imbattersi nella nota disputa in ordine alle ripercussioni economiche derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione: nell'alternativa tra l'interpretazione in chiave *indennitaria* dei presupposti della revocatoria fallimentare, che indubbiamente conferisce al rimedio la «massima elasticità, consentendo di sanzionare adeguatamente [...] gli atti veramente fraudolenti, ma consentendo al tempo stesso di esonerare dalla revoca gli atti normali

diverse categorie di atti revocabili non sia individuabile, com'è a dirsi con riguardo all'azione revocatoria fallimentare, scopo del rimedio sia da ravvisarsi esclusivamente nel «ripartire la perdita derivante normalmente derivante dall'insolvenza [...] non solo tra i creditori esistenti al momento della sentenza, ma tra una collettività più ampia, che comprende anche coloro che hanno avuto causa dal fallito prima del fallimento»³²¹; sol che si muova da tale presupposto, si diceva, diviene allora agevole constatare come alla nuova revocatoria degli atti infragruppo di cui al primo comma dell'art. 290 del Codice non possa che essere ascritta – al pari dell'*actio pauliana* codicistica – una funzione esclusivamente *indennitaria*³²². Scopo del rimedio, in altri termini, non è la collettivizzazione della perdita derivante dall'insolvenza, né il ripristino della consistenza e dei criteri di distribuzione del patrimonio del debitore alterati da atti che hanno accordato trattamenti preferenziali a taluni creditori in danno di altri, bensì il mero riassorbimento dell'incidenza decrementativa sul patrimonio delle società del gruppo di transazioni avvenute a condizioni non “di mercato”.

Tanto premesso, certo è ad ogni modo che l'inserimento del concetto di pregiudizio all'interno della più ampia dinamica effettuale delle operazioni infragruppo – oltre a

di impresa» (così LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 84, ma considerazioni analoghe, di recente, in SCOGNAMIGLIO, *La questione della revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario e il metodo del diritto commerciale*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, vol. III, *Crisi d'impresa – Scritti vari*, Milano, 2015, 1515 ss.), e quella in chiave *redistributiva*, che, in funzione della ripartizione della perdita derivante dall'insolvenza, rischia al contrario di «giungere a conclusioni di particolare rigore», caricandosi di un «particolare significato sanzionatorio» e alimentando l'idea di un «cordone sanitario» intorno all'impresa insolvente: così frustrandone eventuali tentativi di ristrutturazione e accelerando la dissoluzione dell'impresa (cfr. ancora LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 103 s.). Al riguardo, tuttavia, deve osservarsi come le critiche di eccessivo rigorismo mosse alla tesi redistributiva siano in un certo senso destinate a sfumare nella misura in cui si convenga che «quando si sostiene l'opportunità di introdurre il danno come presupposto della revocatoria fallimentare per evitare che vengano assoggettati all'azione gli atti inseriti in un programma inteso a riorganizzare l'attività per eliminare l'insolvenza, si finisce con il tutelare non già l'interesse alla *conservazione dell'impresa*, ma piuttosto l'interesse alla *conservazione del potere esclusivo dell'imprenditore* di gestire il tentativo di risanamento dell'impresa insolvente» (così MAFFEI ALBERTI, *La «funzione» della revocatoria fallimentare*, cit., 372, nonché, per l'idea che la funzione economica della revocatoria sia quella di «disincentivare i creditori dal ricevere l'adempimento dall'insolvente», al fine di «indurre quest'ultimo e i creditori stessi a far ricorso agli strumenti giuridici tipici per il trattamento giuridico dell'insolvenza», così consentendo «il controllo sulla concorsualizzazione del fenomeno» della crisi d'impresa, cfr. GALLETTI, *La ripartizione del rischio d'insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, cit., 350 ss.). Ed è per tale ragione, del resto, che la correzione legislativa dell'eccessiva rigidità del sistema revocatorio concorsuale è transitata, nelle recenti riforme del diritto della crisi d'impresa, attraverso l'introduzione di specifiche *esenzioni*, e non già il reinserimento – neppure in chiave interpretativa – del requisito del danno tra i presupposti dell'azione.

³²¹ Il virgolettato ovviamente in MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 151.

³²² Sul punto, per alcune prime impressioni cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 346 ss., nonché, per una proposta di qualificazione del rimedio come «azione revocatoria ordinaria di atti a titolo oneroso», tuttavia espressamente ritenuta «una ricostruzione tutt'altro che certa», cfr. NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 27; SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2025; SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 690. Ascrive espressamente all'azione in parola una funzione indennitaria CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 144.

determinarne un rilevante slittamento semantico rispetto alla nozione rilevante ai fini civilistici³²³ – giustifica altresì la presenza di una clausola di salvezza, quale quella contenuta nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 290 del Codice, in favore del «disposto dell'articolo 2497, primo comma, del codice civile».

Un richiamo, quest'ultimo, che si presta ad essere interpretato secondo due direttrici. Se è vero, infatti, che la relazione illustrativa al Codice della crisi aggancia il rinvio al *solo inciso finale dell'art. 2497 c.c.*³²⁴, e cioè alla regola per cui non sussiste responsabilità «quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette», non è men vero, per altro verso, che il tenore letterale della norma parrebbe includervi l'intero primo comma dell'art. 2497 c.c.: comprensivo, allora, anche dell'azione diretta spettante ai soci e ai creditori delle società controllate, la cui legittimazione attiva – *limitatamente all'azione dei creditori* – è, in caso di insolvenza di quest'ultima, attribuita al curatore dal quarto comma dell'art. 2497 c.c.³²⁵.

Ebbene, le due soluzioni – come anticipato – non parrebbero escludersi a vicenda, e ciò in quanto esse a ben vedere colgono ciascuna una *porzione* del problema complessivamente dischiuso dall'attitudine delle azioni revocatorie infragruppo a sterilizzare il pregiudizio derivante dall'abuso di eterodirezione³²⁶.

Per un verso, infatti, il riferimento ai vantaggi compensativi quale clausola di esonero dalla revocabilità di una transazione infragruppo estende anche al terreno della regolazione dell'insolvenza del gruppo quella prospettiva di valutazione in chiave globale e sintetica del risultato delle decisioni imprenditoriali influenzate dalla politica di

³²³ In tal senso cfr. CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 144, ove il condivisibile rilievo per cui «l'*eventus damni* al quale si intende reagire e che si intende riparare non è di tipo generico, come nella revocatoria ordinaria [...], ma di tipo specifico, essendo rappresentato *esclusivamente* da quel danno che subiscono i creditori di una impresa appartenente ad un gruppo per effetto degli atti [...] consistenti in uno spostamento di risorse a beneficio di altre imprese del gruppo» (corsivo nel testo).

³²⁴ Ed in questo senso si è peraltro orientata la dottrina: cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 351, nonché SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit., 422.

³²⁵ E oggi anche dall'art. 291 del Codice della crisi, il quale, sulla scorta di quanto già previsto dal quarto comma dell'art. 2497 c.c., attribuisce al curatore – sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nell'ambito di una pluralità di procedure autonome ma coordinate – la legittimazione ad esercitare – oltre alla denuncia di gravi irregolarità nella gestione di cui all'art. 2409 c.c. – anche le «azioni di responsabilità previste dall'articolo 2497 del codice civile». Senonché, a questo riguardo diviene necessario comprendere a quali rimedi si riferisca l'art. 291 del Codice, nella misura in cui declina al plurale il riferimento alle *azioni* regolate dall'art. 2497 c.c.: interrogativo al quale si potrebbe rispondere notando, da un lato, come le società coinvolte in una procedura di gruppo potrebbero essere più d'una, donde l'attribuzione al curatore della legittimazione ad agire nei confronti di *tutte le società del gruppo* e, dall'altro, come l'art. 2497 c.c. preveda la possibilità di direzionare l'azione risarcitoria non soltanto contro, la capogruppo, ma anche contro «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo» o «ne ha tratto consapevolmente beneficio», donde la legittimazione sostitutiva del curatore in ordine alle (sole) pretese risarcitorie spettanti ai *creditori* (ancorché) nei confronti di *tutti i possibili soggetti passivi* (in tal senso cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., 505).

³²⁶ A prescindere, infatti, dal significato che si intenda attribuire all'ambiguo tenore letterale della norma di rinvio, non v'è comunque dubbio che la salvezza dell'art. 2497 c.c. determini due diversi ordini di implicazioni (per le quali cfr., oltre a quanto osservato nel testo, CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 145 ss.).

gruppo³²⁷, alla quale l'art. 2497 c.c. subordina la rimproverabilità alla capogruppo del danno derivante dall'abuso del potere di direzione e coordinamento³²⁸. Il che induce allora

³²⁷ D'altra parte, sotto il versante squisitamente societario, la portata espansiva della teoria dei vantaggi compensativi è stata sottolineata, nel contesto della responsabilità degli amministratori della capogruppo nei confronti dei propri soci di minoranza, da GUIZZI, *Riflessioni su alcuni problemi irrisolti nella disciplina dei gruppi (Fantasia para un gentilhombre)*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 15, nonché, in quello del conflitto di interessi del socio in assemblea, da MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., 76, ove la proposta di reinterpretare alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento – e, segnatamente, tenendo conto dell'eventuale prospettazione dell'«acquisizione al patrimonio della controllata di un vantaggio economico equivalente al pregiudizio» — l'elemento del «danno potenziale» rilevante ai fini dell'impugnazione della delibera assembleare adottata con il voto determinante del socio in conflitto di interessi, nonché ai fini dell'azione risarcitoria prevista dal terzo comma dell'art. 2377 c.c. In prospettiva analoga, merita altresì sottolineare la soluzione recentemente adottata dal diritto progettuale europeo in tema di responsabilità degli amministratori delle società eterodirette, cui la sezione 15.16 dell'*European Model Companies Act* assegna in via esclusiva la valutazione dell'idoneità compensativa della complessiva politica di gruppo, includendola, in particolare, tra i presupposti di un vero e proprio dovere di “resistenza” (immagine mutuata da ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 3, tomo I, *Assemblea*, Torino, 1994, 37) e del connesso esonero da responsabilità. La soluzione, infatti, suggerisce la possibilità di estendere la rilevanza dei vantaggi compensativi anche a fattispecie di responsabilità di diritto interno ulteriori rispetto a quella scolpita dall'art. 2497 c.c., e ciò in quanto, sebbene il fatto estintivo previsto dalla norma codicistica sia testualmente riferito al solo illecito commesso dalla capogruppo, non v'è comunque dubbio che la medesima logica possa replicarsi anche con riguardo alle responsabilità nel gruppo degli amministratori delle società controllate e anche nel contesto delle azioni esercitate ai sensi degli artt. 2392, 2393 e 2393-bis c.c., a prescindere dalla contestuale attivazione della correlata responsabilità della capogruppo [ciò, ovviamente, che la violazione imputabile (alla capogruppo e per automatica ripercussione) agli amministratori delle società controllate si inserisca nel contesto di una strategia imprenditoriale e non invece in un progetto improntato al perseguimento da parte della capogruppo di vantaggi di natura personale: nel qual caso, al contrario, non vi sarebbe ragione di applicare il privilegio dell'esonero da responsabilità in presenza di vantaggi compensativi, da rimpiazzare allora con le regole più restrittive d'imputazione dell'illecito civile in generale (cfr. sul punto già MAZZONI, nel *Parere dei componenti del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale. Università Cattolica di Milano*, cit., 1507)]. Le linee di tendenza appena menzionate, del resto, appaiono meritevoli di essere ricondotte a sistema, astruendo in particolare dalla clausola dei vantaggi compensativi, un principio generale, che, nel contesto dei gruppi, imponga di *reinterpretare l'elemento del danno alla luce degli effetti complessivi della partecipazione all'attività di gruppo*, e ciò anche *in contesti ulteriori rispetto al sistema dei rimedi risarcitori connessi all'esercizio della funzione gestoria*.

³²⁸ Riprendendo considerazioni di diritto societario, è il caso di osservare come alla clausola generale dei vantaggi compensativi, assunta nell'ordinamento italiano ad elemento cardine della regolazione del gruppo, sia possibile assegnare una duplice funzione. In primo luogo (e in una prospettiva strettamente *rimediale*), l'eliminazione del pregiudizio costituisce fatto *estintivo* dell'illecito della controllante – o, se si vuole, causa di esclusione dell'antigiuridicità della condotta – e non mero fatto *impeditivo* di una condanna della medesima in ragione dell'assenza del danno (in tal senso, per tutti, MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., 72 s.; M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione nel diritto dell'impresa di gruppo*, cit., 660). In secondo luogo (e nella prospettiva dell'*organizzazione* del gruppo), una regola quale quella scolpita dal primo comma dell'art. 2497 c.c. abilita indirettamente la capogruppo alla pianificazione di politiche gestionali programmaticamente pregiudizievoli per le società controllate, a condizione che siano previste (altrettanto programmaticamente) operazioni di segno contrario a beneficio della società danneggiata, le quali facciano sì che «i risultati della gestione della società eterodiretta, nel suo complesso, siano coerenti con i termini di rendimento del capitale investito in essa che è ragionevole e logico attendersi da una società che non agisce sul mercato come un soggetto autonomo ma come un soggetto inserito in un gruppo» (così Trib. Milano, 10 novembre – 23 novembre 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Se così è, emerge allora chiaramente come una disposizione dettata in ottica tipicamente *rimediale* concorra in realtà a delineare *obblighi di condotta* a carico della capogruppo, assurgendo da mero criterio *negativo* di ascrizione della responsabilità a vincolo *positivo* che integra le regole di produzione dell'azione all'interno del gruppo (di «criterio di organizzazione delle regole di azione

a ritenere che gli atti di cui al primo comma dell'art. 290 del Codice siano revocabili soltanto nella misura e *nei limiti, anche quantitativi*³²⁹, in cui la lesione del patrimonio dell'impresa disponente non sia già stata compensata prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, e ciò all'esito *tanto* della complessiva attività imprenditoriale del gruppo *in bonis*³³⁰, *quanto* di un eventuale giudizio risarcitorio promosso contro la capogruppo ai sensi dell'art. 2497 c.c.³³¹.

Viene da sé, ovviamente, che la valutazione dell'esistenza di poste compensative che elidano, in tutto o in parte, il danno immediatamente cagionato dall'atto impugnato debba essere condotta secondo logiche in parte diverse rispetto a quelle valide ai fini dell'ascrizione di una responsabilità risarcitoria a carico della capogruppo o dei soggetti che hanno a vario titolo concorso in un abuso del potere di eterodirezione³³². Nel giudizio

e procedimentali (o [...] delle regole procedimentali di azione) nel gruppo e di criterio di determinazione dell'esistenza o meno di una responsabilità di e nel gruppo» discorre CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *RDS*, 2012, I, 275). In quest'ultima prospettiva, del resto, l'obbligo di compensazione concorre ad integrare gli *standard* di correttezza gestionale imposti alla capogruppo, intrattenendo a sua volta con questi ultimi un rapporto di *duplice* corrispondenza: la neutralizzazione del danno, infatti, rappresenta, *da un lato*, la componente primaria di una gestione del gruppo conforme a correttezza, sicché l'adempimento dell'obbligo in parola costituisce in tal senso condizione (certamente non sufficiente, ma nondimeno) *necessaria* ai fini del rispetto dei principi di corretta gestione; *dall'altro*, anche le operazioni compensative si prestano, a ben vedere, ad essere valutate alla stregua del medesimo canone, dovendo, cioè, inserirsi anch'esse in una pianificazione del l'attività di gruppo che, pur essendo rispettosa degli interessi della singola controllata danneggiata, non risulti al contempo abusivamente lesiva di altre imprese del gruppo (spunti in tal senso in CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, cit., 275).

³²⁹ Per uno spunto cfr. CARRARO, *Atti pregiudizievoli: aspetti problematici vecchi e nuovi*, cit., 1122.

³³⁰ Merita precisare al riguardo come non vi sia ragione per dubitare che, sotto il profilo eziologico, l'effetto compensativo possa derivare anche da operazioni diverse e non contestuali rispetto a quelle la cui esecuzione ha cagionato il pregiudizio. Depongono in tal senso, infatti, tanto la nota considerazione della direzione e coordinamento quale *attività* (che non si esaurisce nel compimento di singoli *atti* di gestione), quanto il logico adattamento a tale peculiare contesto dei principi civilistici in materia di *compensatio lucri cum damno*. A ben vedere, cioè, anche ammettendo che la compensazione possa operare in difetto del requisito dell'unicità causale, si sarebbe in presenza non già di una deroga alla regola civilistica, bensì – e per l'appunto – di una reinterpretazione dei suoi presupposti «alla luce del funzionamento del meccanismo rispetto ad un'attività e non ad un atto» (così CARIELLO, *La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 387 s., ma in tal senso cfr. altresì RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 639; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., 74; BENEDETTI, *I vantaggi compensativi nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 142 ss.).

³³¹ In tal senso cfr. SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 690. Più nel dettaglio, potrebbe ipotizzarsi la seguente ipotesi elementare: a fronte di un atto di disposizione avvenuto a condizioni non di mercato, l'azione *revocatoria* del trasferimento patrimoniale garantirebbe – attraverso il recupero del bene – la sterilizzazione del *danno emergente* cagionato alla massa attiva dell'impresa disponente, mentre l'azione *risarcitoria* coprirebbe la quota di pregiudizio non reintegrata, né reintegrabile attraverso il rimedio reale, e segnatamente l'eventuale *lucro cessante* legato al mancato sfruttamento del bene oggetto dell'atto, così come eventuali pregiudizi di natura *non* patrimoniale.

³³² Uno spunto in MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 351, secondo il quale l'obiettivo dell'art. 290 del Codice è quello di «applicare, *sia pure in modo non perfettamente corrispondente*, anche nel campo dell'azione revocatoria tra imprese del gruppo la categoria dei vantaggi compensativi» (enfasi aggiunta).

revocatorio, infatti, non si tratta di imputare ad un soggetto le conseguenze pregiudizievoli di un'operazione gestoria, valutando a tal fine l'assenza di profili di rimproverabilità della condotta alla luce del suo possibile inserimento in una complessiva strategia di pianificazione imprenditoriale che – nella prospettiva *ex ante* propria dell'assunzione di ogni decisione d'impresa³³³ – si dimostri ragionevolmente idonea ad assicurare la compensazione *integrale* delle perdite subite³³⁴. Al contrario, ai fini della

³³³ A tale riguardo, la discussione in ordine al grado di certezza nell'acquisizione del vantaggio compensativo idoneo ad evitare l'ascrizione alla capogruppo della responsabilità da abuso di eterodirezione non può prescindere da un dato difficilmente controvertibile. La programmazione da parte della capogruppo di misure riequilibratrici è, al pari di qualunque decisione di carattere imprenditoriale, destinata a scontare le incertezze legate ai profili di rischio che circondano ogni iniziativa economica; ragion per cui ben potrebbe accadere che vantaggi pure individuati *ex ante* come connotati da un sufficiente grado di probabilità non trovino la loro concretizzazione entro l'orizzonte temporale atteso, e ciò – si badi – per fattori non imputabili ad una scorretta o imprudente programmazione dell'attività da parte della capogruppo. Sol che si convenga con tale presupposto diviene allora agevole constatare come il fulcro della discussione debba essere spostato dal piano della concretizzazione del vantaggio a quello della programmazione da parte della capogruppo dell'operazione o, più in generale, del “titolo” costitutivo della compensazione. In quest'ottica, si tratterebbe non già di ammettere *tout court* la rilevanza dei benefici futuri, bensì di circoscrivere quella dei vantaggi prevedibili in ragione di un criterio che consenta di coniugare la dimensione imprenditoriale dell'attività di gruppo con le esigenze di certezza e di effettività dell'apparato rimediabile: ciò con una soluzione, ad esempio, che attribuisca rilievo al fatto che la compensazione costituisca *parte integrante della pianificazione strategica, imprenditoriale e finanziaria dell'attività di gruppo* e che tale politica risulti *ex ante* idonea ad assicurare, con sufficiente (e determinabile) probabilità (a condizione, sul punto che, del vantaggio futuro «sia esattamente stimabile il grado di probabilità e se l'incertezza così misurata possa essere monetizzata a valori di mercato»: DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 338) ed entro un orizzonte temporale ragionevole, la piena ed integrale compensazione degli eventuali pregiudizi sofferti. In dottrina, propende ad esempio per una valutazione condotta in una prospettiva *ex ante*, del resto tipica di «ogni decisione imprenditoriale», MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., 75, ma l'accento sulla presenza «di un piano strategico, industriale e finanziario di gruppo che evidenzia programmaticamente, le operazioni della capogruppo rispetto alle figlie, così da rendere trasparente la gestione prospettica di gruppo» è posto anche da CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, cit., 277, con considerazioni condivise da SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno. Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 129; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., 178; GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, cit., 125 e nt. 25; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, 603 s.; MARCHISIO, *La “corretta gestione” della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 948 ss. Da ultimo, merita sottolineare come la soluzione proposta consenta alla controllante e agli ulteriori soggetti cui è ascrivibile il fatto dannoso di invocare una compensazione ragionevolmente prevedibile, ma non ancora concretizzata anche nel contesto di un giudizio risarcitorio (come sostenuto in dottrina da VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 358 ss.), e ciò anche a dispetto della formulazione letterale dell'art. 2497 c.c. (la quale, nella misura in cui allude ad un danno «mancante» ovvero integralmente «eliminato», parrebbe al contrario suggerire che la compensazione debba intervenire al massimo nel corso del giudizio risarcitorio promosso contro la capogruppo: in tal senso cfr., infatti, SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 674; ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 662; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 543).

³³⁴ Anche sotto il versante societario, del resto, non devono esservi dubbi sul fatto che la consistenza del vantaggio compensativo evocato dall'art. 2497 c.c. deve essere tale da elidere *integralmente* il danno

valutazione *ex post* del carattere pregiudizievole di una transazione infragruppo e della successiva quantificazione del danno cagionato, e nell'ottica – cioè – della delimitazione del risultato utile che può derivare dall'accoglimento della domanda, il criterio della compensazione non può che operare, per così a dire, “*a consuntivo*”³³⁵: richiedendo allora l'accertamento e il successivo raffronto, in termini aritmetici, degli effetti di tenore opposto derivanti dalle singole operazioni infragruppo³³⁶.

cagionato alla singola società coinvolta (in tal senso cfr. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., 327 ss., ma a favore di una concezione rigorosa e proporzionale della compensazione si esprimono altresì SACCHI, *Conclusioni*, in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 634 ss.; ID., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 672 ss.; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 639 s.; SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 535 ss.; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., 75). La soluzione opposta (sostenuta in particolare da MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 731 e condivisa, sebbene con riferimento al gruppo paritetico, da SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., 178), oltre a porsi in contrasto con il tenore letterale dell'art. 2497 c.c., si presta al rischio di avallare interpretazioni eccessivamente “larghe”, quali quelle che pretendano di valutare la compensazione del danno con riferimento al saldo del gruppo nel suo complesso ovvero, in termini ancor più critici, alla luce del mero inserimento della società pregiudicata in un contesto di gruppo (contro tale deriva cfr. in particolare DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., 337, ove il condivisibile rilievo per cui la mera appartenenza al gruppo potrebbe al limite costituire un elemento suscettibile di essere eccetto in compensazione dalla capogruppo, nella sola misura in cui si tratti di un vantaggio «stimato e suscettibile di essere asportato da una politica di gruppo sfavorevole»). La conclusione proposta con riguardo alla *consistenza* del vantaggio compensativo non esclude tuttavia che la valutazione di idoneità soddisfacente debba essere condotta con una metodologia non già *analitica* e *ragionieristica* – consistente, cioè, in un mero raffronto contabile tra poste attive e passive – bensì *sintetica* e *comprensiva* di tutti i vantaggi che, su diversi piani, derivano dall'attuazione della politica di gruppo: e ciò – s'intende – mediante una valutazione «globale, quindi sintetica, della complessiva attività», la quale tenga conto di tutti i vantaggi (organizzativi, reputazionali, ecc.) che siano derivati alla società pregiudicata, con il limite della loro quantificabilità in termini economici e monetari (in tal senso cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 197). Ciò con l'unica precisazione per cui il requisito della specificità della compensazione deve essere recuperato sul piano della determinatezza o determinabilità dei benefici globalmente percepiti dalla società pregiudicata, richiedendo ciò che il vantaggio sia «specifico e suscettibile di essere stimato in base a precisi criteri di mercato» (DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., 330, ma per l'esigenza di «una compensazione effettiva, e non meramente virtuale» cfr. già JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 811).

³³⁵ Uno spunto in tal senso in CARRARO, *Atti pregiudizievoli: aspetti problematici vecchi e nuovi*, cit., 1122, ma osserva che «atteso il venir meno della continuità aziendale, l'apprezzamento dell'intervenuta compensazione tra i pregiudizi e i vantaggi derivanti dalla partecipazione al gruppo [...] non è più condizionata dalla difficoltà di stabilire il momento in cui operare la valutazione comparativa», onde un significativo ampliamento, in sede concorsuale, degli spazi di applicazione del meccanismo dei vantaggi compensativi, anche CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 148.

³³⁶ È appena il caso di precisare come il richiamo all'art. 2497 c.c. e alla sussistenza di vantaggi compensativi quale condizione di esclusione della revocabilità, in caso di assorbimento *integrale* del danno, o di riduzione del risultato utile dell'azione, in caso di assorbimento *parziale*, non faccia altro che confermare la rilevanza del danno e la funzione marcatamente indennitaria dell'azione di inefficacia di cui al primo comma dell'art. 290 del Codice (in questo senso cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 357). Non v'è chi non veda, infatti, come lo scomputo dal risultato utile dell'azione delle eventuali poste compensative confluite nel patrimonio dell'impresa disponente svolga la medesima funzione di «commisurazione degli effetti patrimoniali della revoca dell'atto alla misura del pregiudizio effettivamente prodotto» che l'interpretazione in chiave indennitaria della disciplina della revocatoria fallimentare assegna all'«eventuale credito» (non a caso

Altrettanto indicativa è poi la seconda delle possibili interpretazioni al rinvio operato dall'art. 290 del Codice della crisi alla disposizione codicistica in tema di responsabilità da direzione e coordinamento di società. In particolare, a voler agganciare la clausola di salvezza all'*intero contenuto dispositivo del primo comma dell'art. 2497 c.c.*, la norma si presta altresì ad essere letta quale espressa conferma della possibilità – che pure per certi versi potrebbe ritenersi scontata – di considerare la medesima operazione pregiudizievole *tanto* quale oggetto di un'azione di inefficacia, *quanto* come presupposto per l'iscrizione alla capogruppo di profili di responsabilità gestoria, attesa la concorrente – seppur non del tutto sovrapponibile – idoneità dei rimedi *revocatori* e di quelli *risarcitori* a sterilizzare gli effetti pregiudizievoli dei trasferimenti abusivi di risorse infragruppo³³⁷.

Se così è, meno immediato è tuttavia l'individuazione di un criterio di coordinamento tra le due categorie di rimedi. Al riguardo, e premesso innanzitutto che il problema non ha ragione di porsi per quei pregiudizi il cui fondamento eziologico non sia ravvisabile in un atto *lato sensu* traslativo³³⁸, non è da escludersi, per il resto, che le due azioni possano operare in un'ottica cumulativa e non alternativa, dirigersi cioè nei confronti del *medesimo atto*, ma di *diversa porzione del pregiudizio* da questo cagionato. Detto altrimenti, non pare azzardato ipotizzare che, fermo restando che la sussistenza di un vantaggio compensativo esclude, per quantità corrispondenti, tanto la revocabilità del

definito come «uno dei punti più oscuri della teoria della revocatoria»: così LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 90 e nt. 129) che, ai sensi dell'art. 171 del Codice della crisi, il terzo revocato può insinuare nel passivo dell'impresa attrice e che, secondo tale prospettazione, sarebbe un «credito di restituzione» avente ad oggetto «l'eventuale controprestazione già fornita al patrimonio del fallito», onde «evitare che la massa, attraverso il risultato della revocatoria, conseguisse addirittura un *arricchimento* (così ancora LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 75 s., ma per l'opposta interpretazione, che, muovendo da premesse antindennitarie, qualifica la pretesa in parola come un credito *pecuniario* corrispondente in ogni caso al valore della prestazione a suo tempo compiuta dal fallito e che il terzo revocato è stato costretto a restituire in conseguenza della revoca, funzionale a consentire a quest'ultimo di «concorrere [...] alla ripartizione del patrimonio del fallito, così ricostruito, a parità di condizioni con tutti gli altri creditori e terzi revocati», cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 196 ss. e ID., *La «funzione» della revocatoria fallimentare*, cit., 363 s., ove anche il virgolettato; al riguardo cfr. altresì la posizione di FERRI jr., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, Milano, 2011, *passim*, e ID., *La revoca fallimentare dei pagamenti di crediti garantiti*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, II, 281 ss., il quale – prescindendo da qualunque ricostruzione pregiudiziale in chiave indennitaria o meno della disciplina della revocatoria fallimentare (ID., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, cit., 62 e nt. 8) – propone di riconoscere al terzo revocato un credito prededucibile, sul presupposto per cui il trattamento che il diritto concorsuale riserva alla controparte del fallito *dopo* la dichiarazione di fallimento rappresenta la soglia minima della tutela da accordare al terzo revocato: in argomento cfr. altresì le note critiche di VIGO, *Uno studio su “Le pretese del terzo revocato nel fallimento”*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, vol. III, cit., 1635 ss.).

³³⁷ Del resto, in una prospettiva più generale (e cioè al di fuori della regolazione dell'insolvenza dei gruppi di imprese), non si riscontrano ostacoli ad ammettere il cumulo dell'azione revocatoria con quella risarcitoria al fine di sterilizzare gli effetti degli atti pregiudizievoli per i creditori (sul punto cfr. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. I) Parte generale*, cit., 249 e STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 77).

³³⁸ Per tale rilievo cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 357, il quale allude proprio alle ipotesi in cui l'attività di direzione e coordinamento non si estrinsechi «in atti di disposizione o con effetti traslativi specificamente individuabili», potendo essa «consistere anche in condotte omissive».

primo, quanto la risarcibilità del secondo³³⁹, il rimedio risarcitorio possa mirare a reintegrare esclusivamente quella parte e quelle voci di danno – consistenti tanto in talune componenti del danno emergente, quanto, e soprattutto, nell'intero *lucro cessante* – che la declaratoria di inefficacia dell'atto pregiudizievole non è idonea a ristorare³⁴⁰.

4. (segue) *la sua attuazione: spunti dalla recente giurisprudenza in tema di revocatorie tra fallimenti.*

Appurato, dunque, che le azioni regolate dall'art. 290 del Codice della crisi perseguono obiettivi diversi e in un certo senso *complementari*, in quanto tendenti entrambi – sia la ricostruzione obiettiva del patrimonio delle imprese insolventi del gruppo attraverso il recupero di prestazioni effettuate nel periodo sospetto, sia l'eliminazione del danno cagionato da atti di disposizione lesivi dell'integrità del medesimo – ad una comune finalità di *ripristino della corretta imputazione delle risorse tra le diverse componenti del gruppo*, non resta che chiedersi se (ed eventualmente in quali termini) gli effetti e il complessivo *modus operandi* tipici della tutela revocatoria siano suscettibili di mutare alla luce dell'innesto del rimedio in una procedura concorsuale di gruppo, disposta a carico di più imprese insolventi.

A tal fine, logicamente preliminare rispetto a qualunque considerazione sul punto è tuttavia l'esatta individuazione dei legittimati *passivi* delle azioni delle quali si discute, atteso che tanto il primo, quanto il terzo comma dell'art. 290 del Codice alludono – genericamente – a «imprese appartenenti al medesimo gruppo» o, ancora, ad «altre società del gruppo», senza alcuna precisazione in ordine alla condizione patrimoniale e finanziaria dell'impresa beneficiaria dell'atto revocabile³⁴¹. Senza contare, peraltro, che

³³⁹ In tal senso cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragrupo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 358: «fermo rimanendo le possibilità in astratto di cumulo tra di essi [i due tipi di rimedi], le circostanze in concreto possono condurre ad escludere l'esperibilità dell'una, o di entrambe le azioni, proprio per la presenza di vantaggi compensativi».

³⁴⁰ Così ancora MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragrupo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 358. Il medesimo criterio – e cioè la sottrazione dal perimetro del danno risarcibile ai sensi dell'art. 2497 c.c. di quanto sia stato recuperato al patrimonio dell'impresa disponente per effetto di un'azione di inefficacia – vale altresì, e forse a maggior ragione, qualora la domanda risarcitoria sia stata estesa dalla capogruppo ai soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo e – soprattutto – che vi hanno consapevolmente tratto beneficio. È proprio in tale ultima circostanza, in particolare, che è massimamente avvertita l'esigenza che il danno risarcibile in sede concorsuale non vada commisurato soltanto al «vantaggio conseguito», come disposto dal secondo comma dell'art. 2497 c.c., bensì anche al risultato di un'eventuale azione revocatoria dell'atto pregiudizievole: risultando allora possibile ottenere, anche e soprattutto in tale contesto, «il risarcimento del solo danno ulteriore, ossia non neutralizzato dalla dichiarazione di inefficacia dell'atto» (così CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragrupo*, cit., 147).

³⁴¹ Certo è, al contrario, che ad agire ai sensi del primo comma dell'art. 290 sia il curatore tanto della liquidazione giudiziale di gruppo *in senso stretto*, quanto di una delle procedure *individuali* aperte a carico della singola impresa insolvente del gruppo, e ciò pur a dispetto della corrispondente previsione della legge delega, che – come si è accennato – limitava al contrario l'innesto dei rimedi revocatori alle sole ipotesi di «gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo». L'inconveniente (segnalato anche da CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragrupo*, cit., 153 s. e MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragrupo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 344 e nt. 73) non appare tuttavia foriero di ripercussioni sulla «stabilità» legislativa della previsione del Codice, attesa sia la difficoltà di ipotizzare all'atto pratico un intervento correttivo del giudice delle leggi, sia la possibilità di

le incertezze derivanti dall'incostanza terminologica che connota in più punti l'ordito del Codice³⁴² sono destinate ad aggravarsi non appena si considera che, al di fuori della regolazione dell'insolvenza di gruppo, si è recentemente profilata in giurisprudenza una regola che preclude l'esperibilità della tutela revocatoria ai danni di imprese soggette ad una procedura concorsuale³⁴³.

fornire un'interpretazione della norma (quale quella suggerita, non a caso, da CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 154) che escluda un eccesso di delega, attribuendole ad esempio una portata meramente ricognitiva di un potere che già spetta al curatore in virtù dello statuto generale dell'organo.

³⁴² Si consideri al riguardo che se, da un lato, il *primo* comma dell'art. 290 del Codice allude ad azioni di inefficacia che possono essere proposte «nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo», senza ulteriori specificazioni in ordine al relativo stato di “salute” finanziaria, dall'altro il *secondo* comma addossa l'onere della prova della mancata conoscenza del carattere pregiudizievole dell'atto alla «società beneficiaria», lasciando così ad intendere – pur, come detto, con la consapevolezza dell'incostanza terminologica che connota in più punti le disposizioni del Codice – la legittimazione passiva delle sole imprese del gruppo *in bonis* (in tal senso cfr. infatti FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 1011). Tuttavia, tale modo di ragionare non appare a dire il vero insuperabile, considerata non soltanto la diffusa (e deprecabile) tendenza del legislatore del Codice della crisi ad impiegare i termini «impresa» e «società» in maniera alquanto fungibile, ma altresì la possibilità di fornire alla norma un'interpretazione che la armonizzi anche con una soluzione che includa tra i legittimati passivi anche le imprese assoggettate alla liquidazione giudiziale (quale quella fornita, ad esempio, da CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 151 e n. 89, ove il rilievo per cui, in tali ipotesi, l'onere della prova incomberebbe su colui che ha la rappresentanza processuale della società beneficiaria insolvente, e dunque sul curatore resistente).

³⁴³ Si allude ovviamente a Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30416, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 284 ss., con nota di SASSANI, *Improporzionabili le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, cui ha fatto seguito Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2020, n. 12476, in *Fall.*, 2020, 1526 ss., con note di PANZANI, *La natura costitutiva dell'azione revocatoria ed il credito per equivalente della curatela del solvens nei confronti del fallimento dell'accipiens* e di DE SANTIS, *Il trattamento concorsuale del credito revocatorio per equivalente, ovvero del giudizio “virtuoso” di accertamento del passivo*. Prim'ancora di esaminare tali pronunce, merita fare un cenno al fatto che la soluzione accolta dalle Sezioni Unite è stata espressamente concepita quale *trasversale all'intero sistema revocatorio innestato in ambiente concorsuale* e, in quanto tale, applicabile anche all'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 66 l.fall. (e, oggi, dell'art. 166 del Codice). A quest'ultimo riguardo, è del resto oltremodo noto come l'innesto dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento e la conseguente interazione dei suoi requisiti con le logiche di una procedura concorsuale determinino una vera e propria “concorsualizzazione” del rimedio, inducendo addirittura taluno ad ipotizzare se l'azione ex art. 66 l.fall. sia collocabile in un vero e proprio *tertium genus* rispetto all'azione revocatoria codicistica e a quella fallimentare (cfr. FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, cit., 992 e 996, il quale discorre di un'«azione concorsuale quanto ad effetti (cioè il risultato utile ridonda a favore di tutti i creditori del fallito, anche se successivi all'atto revocando), ma non concorsuale quanto a presupposti»). Pur non potendo in questa sede trattare il tema in maniera esauriente, ci si può limitare a segnalare come la portata di tale concorsualizzazione sia tutt'altro che condivisa, oscillando la dottrina tra la posizione di quanti *i*) ritengono che l'azione ex art. 66 l.fall. sia la stessa azione che spetterebbe ai singoli creditori *uti singuli* al di fuori dal fallimento del debitore, esauendosi le deviazioni soltanto in punto di legittimazione (del curatore e non del singolo creditore, salvo poi precisare se l'iniziativa del curatore debba dirsi esclusiva ovvero se – ed in quale misura – permanga una legittimazione concorrente del singolo creditore), di competenza (del tribunale fallimentare) e di effetti (la sostituzione di un «vincolo strutturalmente “a porte chiuse”» con un rimedio a vantaggio collettivo: il virgolettato in DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, cit., 2016, 437): per tale posizione cfr., in luogo di molti, MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 265 ss.; LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 109 ss.; CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni della massa*, cit., 391 ss.; FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, cit., 992 ss.; D'ARRIGO, *Pagamento di cambiale scaduta, atti fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo I, cit., 699 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass.

Tale orientamento giurisprudenziale, d'altra parte, è immediatamente rilevante per i temi dei quali in questa sede si discute. Esso, infatti, appare in grado di interferire con l'interpretazione nuovi dei rimedi revocatori infragruppo quantomeno in due prospettive diverse, a seconda che si assumano quali *premesse* del ragionamento o le ragioni della preclusione alle revocatorie tra fallimenti *tout court*, riguardate a prescindere da qualunque considerazione della disciplina di gruppo (relegata allora a mero *posterius* dell'argomentazione), o, al contrario, l'esistenza di una norma espressa – l'art. 290 del Codice della crisi – che parrebbe tratteggiare con sufficiente chiarezza i connotati minimi di una pretesa giudiziale *con effetto revocatorio* esercitabile anche (se non proprio) *in danno di una procedura concorsuale*.

Le conseguenze dei due approcci sono agevoli da scorgere.

Nella *prima* prospettiva, l'esistenza di una preclusione generale alle azioni revocatorie tra procedure concorsuali, *qualora dovesse essere confermata*, porrebbe l'interprete di fronte all'alternativa tra adottare anche nella liquidazione giudiziale *di gruppo* la *medesima* soluzione vigente nei rapporti tra (i fallimenti di) imprese *autonome* – circoscrivendo allora i legittimati passivi delle revocatorie infragruppo alle sole imprese *in bonis* – ovvero ricercare profili di specialità delle procedure concorsuali di gruppo idonei a giustificare la vigenza, *al loro interno*, di regole parzialmente *diverse* da quelle applicabili *al di fuori* del gruppo³⁴⁴. Nella *seconda* prospettiva, invece, l'incedere

civ., Sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18607, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 393 ss., con nota di CONSOLO-MONTANARI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento e le questioni di prescrizione (recte, decadenza)* e, di recente, Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 2015, n. 9170, in *Fall.*, 2016, 323 s., con nota di MILANO, *Il danno nella revocatoria ex art. 66 l.fall.*; e quanti invece *ii*) ritengono che le divergenze investano anche l'elemento oggettivo (l'insolvenza del debitore ovvero il concorso nel provocarla, quale peculiare declinazione del pregiudizio richiesto dall'art. 2901 c.c.: sul punto cfr., per tutti, CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, cit., 66 ss., ma in giurisprudenza, cfr. la decisa smentita di tale posizione da parte di Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 2253, in *Fall.*, 2016, 322 s., con nota di MILANO, *Il danno nella revocatoria ex art. 66 l.fall.*) e quello soggettivo (la mera conoscenza dello stato di insolvenza, a prescindere dall'antioriorità o dalla posteriorità dei crediti rispetto all'atto di disposizione, per cui cfr. DELLA TOMMASINA, *Liquidazione dell'impresa agricola e azione revocatoria ordinaria*, cit., 39 ss., nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. VI, 7 maggio 2015, n. 9170, in www.ilfallimentarista.it, 1° luglio 2015, con nota di LIBERO NOCERA, *Onere della prova più agevole per il curatore nella revocatoria ordinaria*).

³⁴⁴ Quest'ultima impostazione – oltre ad essere stata anticipata in dottrina da AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso-Panzani, tomo III, Torino, 2016, 4126 ss., in relazione alle prime pronunce di legittimità che avevano negato l'esperibilità delle revocatorie tra fallimenti, ponendo le premesse per i più recenti interventi delle Sezioni Unite sul punto (cfr. Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2011, n. 10486, in *Fall.*, 2011, 1477 ss. e Cass. civ., Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 3672, *ivi*, 2013, 122 ss.) – era stata seguita dalla prima sentenza della Corte di Cassazione che si è pronunciata – con esito negativo – sull'esperibilità delle azioni revocatorie a danno di un fallimento (Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30416, cit.). Invero, tra gli spunti più rilevanti sottoposti alle Sezioni Unite con la prima ordinanza di rimessione figurava anche il riferimento all'azione revocatoria di cui all'art. 91 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270. In quell'occasione, tuttavia, la Corte aveva – in coda alla propria pronuncia – palesemente eluso tale confronto, sul presupposto per cui l'amministrazione straordinaria di gruppo costituirebbe «una procedura “speciale”, ancorata a presupposti specifici (con i connessi problemi di tutela dei gruppi di creditori che, per quanto tra di loro autonomi e distinti, sono comunque tutti favoriti o penalizzati da un'unica strategia di gestione del gruppo e della sua crisi, onde la necessità di una previsione regolatrice particolare) che non consentono di invocare ragioni di coerenza normativa e sistematica in grado di giustificare l'applicazione della regola dalla stessa posta anche alla procedura fallimentare, oltre il caso dalla stessa disciplinato». Tanto premesso, volendo prescindere per un momento dalla correttezza di tale “marginalizzazione” del dato di diritto concorsuale speciale, ciò

dell'argomentazione sarebbe in una certa misura invertito: se è vero, infatti, che l'espressa previsione di rimedi revocatori tra imprese del gruppo appare suscettibile di introdurre un elemento di potenziale attrito nel ragionamento giurisprudenziale, si tratterebbe allora, proprio a partire da tale premessa, di valutarne un radicale superamento o, quantomeno, una parziale rimeditazione³⁴⁵.

La complessità dei problemi appena accennati richiede una preliminare sistemazione della materia.

A tal fine, in particolare, è imprescindibile innanzitutto sgombrare il campo da qualunque tentativo di eludere *a monte* il problema, muovendo da un'interpretazione dell'art. 290 del Codice che ne restringa l'ambito di applicazione alle sole eventualità in cui il beneficiario dell'atto revocabile sia un'impresa del gruppo *in bonis*. È invero difficilmente controvertibile al riguardo che la condizione patrimoniale e finanziaria dell'impresa beneficiaria costituisca, al pari della natura dell'atto revocabile, un elemento del tutto *neutro* ai fini della sussistenza della legittimazione passiva rispetto alla pretesa

che merita al contrario valorizzare è il richiamo all'esistenza di «problemi di tutela dei gruppi di creditori che, per quanto tra di loro autonomi e distinti, sono comunque tutti favoriti o penalizzati da un'unica strategia di gestione del gruppo e della sua crisi»: problemi ai quali tanto la disciplina dell'amministrazione straordinaria quanto il nuovo Codice della crisi reagiscono – fra l'altro – attraverso la predisposizione, ovvero l'adattamento al diverso contesto del gruppo, di rimedi revocatori (uno spunto in questo senso già in MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, cit., 121 s.).

³⁴⁵ Tale modo di ragionare si è tradotto, in particolare, nella seconda ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. I, ord. 23 luglio 2019, n. 19881, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 373 ss., con nota di FABIANI, *Il caso della revocatoria tra fallimenti*), nella quale si è fatto leva – fra l'altro – proprio sull'art. 290 del Codice della crisi al fine di suggerire la generale ammissibilità dell'azione revocatoria nei confronti di una procedura concorsuale. Spunto – quest'ultimo – che, tuttavia, non è stato ritenuto decisivo nel più recente arresto delle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2020, n. 12476, cit.), e ciò in forza di considerazioni che, se *da un lato* appaiono ancora marcatamente elusive del confronto con i nuovi dati di diritto positivo [si allude cioè al passaggio della motivazione (§ IV) nel quale le Sezioni Unite ritengono di poter sgombrare immediatamente il campo dal confronto con l'art. 290 del Codice della crisi sul presupposto per cui quest'ultimo «è testo in generale non applicabile – per scelta del legislatore – alle procedure aperte anteriormente alla sua entrata in vigore»], *dall'altro* rischiano di condizionarne l'interpretazione in maniera sì indiretta, ma non per questo meno prematura. In particolare, al par. IV della motivazione si legge come il *quid proprium* di regole quali l'art. 91 del d.lgs. 270 del 1999 si esaurisca in un mero aggravamento del regime ordinario della revocatoria fallimentare, senza tuttavia che tale norma – contrariamente a quanto ritenuto nelle due ordinanze di rimessione – «puntell[i] minimamente l'eventuale esperibilità di un'azione revocatoria contro una società del gruppo già separatamente assoggettata a procedura». Considerazioni – queste ultime – che la Corte estende poi anche al terzo comma dell'art. 290 del Codice della crisi, il quale, al pari della disposizione di diritto concorsuale speciale, non contiene alcuna «traccia dell'esperibilità dell'azione contro una società già sottoposta a procedura di liquidazione giudiziale». Né, infine, è da ritenersi decisivo, secondo la Corte, il primo comma dell'art. 290, il quale, pur essendo testualmente applicabile anche ad imprese del gruppo insolventi, parrebbe nondimeno attestato «su profili riferibili alle azioni dichiarative». Senonché, due sono i potenziali profili di criticità di tale ragionamento o, sotto altra prospettiva, le considerazioni che avrebbero richiesto quantomeno un supplemento di riflessione: *da un lato*, la possibile limitazione dell'ambito di applicazione del terzo comma dell'art. 290 del Codice alle sole azioni in danno di altre società del gruppo *in bonis* (problema del quale si darà conto *infra*, nel testo) e, *dall'altro*, la natura *dichiarativa* del nuovo rimedio plasmato dal primo comma (soluzione, come si è detto, non condivisibile, e non condivisa neppure da CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 152). Sono conclusioni – queste ultime – che, anche a voler prescindere dalla loro (invero dubbia) fondatezza, avrebbero in ogni caso richiesto ben altra meditazione e che a questo punto potrebbero rischiare di condizionare anticipatamente la (ancora embrionale) riflessione sui nuovi rimedi infragruppo.

revocatoria³⁴⁶, la quale – anzi – trova all’interno dei rapporti tra imprese del gruppo ammesse alla medesima procedura (o ad una procedura autonoma ma coordinata) il proprio ambito elettivo di applicazione³⁴⁷.

³⁴⁶ Non a caso nei primi commenti alla nuova disciplina è considerazione ricorrente e raramente messa in discussione che le revocatorie infragruppo *nel loro complesso* siano esercitabili *tanto* nei confronti di imprese del gruppo ammesse a liquidazione giudiziale, *quanto* nei confronti di imprese *in bonis* (così in particolare NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., 503; FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, cit., 222 e SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2024). A voler ragionare diversamente, infatti, si introdurrebbe nel sistema revocatorio infragruppo un criterio selettivo implicito che *non soltanto* sarebbe palesemente contrario alla legge delega (il cui tenore letterale è infatti chiaro nell’attribuire al curatore la legittimazione ad agire «anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo») e distonico pure rispetto alla disciplina speciale di gruppo già vigente nell’ordinamento italiano (e ciò tenuto conto del fatto che, nella disciplina delle amministrazioni straordinarie, non si è mai dubitato dell’esperibilità delle revocatorie aggravate anche a danno di imprese insolventi: cfr. in tal senso LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 105 s.; AMBROSINI, *L’amministrazione straordinaria*, cit., 4126; DI MARZIO-MACARIO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, cap. VI, *Il gruppo di imprese, le azioni di responsabilità e revocatorie, le disposizioni finali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. V, cit., 745; STASI-ZANICHELLI, *Le revocatorie infragruppo*, in *Grandi procedure non solo per le grandi imprese. Le procedure concorsuali amministrative: profili giuridici e soluzioni pratiche*, Milano, 2010, 310; DACCÒ, sub *Articolo 91. Azioni revocatorie*, cit., 487 s. e 490 s.; COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *L’interprete e l’operatore dinanzi alla crisi dell’impresa. Questioni controverse: in particolare la revocatoria fallimentare. Atti del Convegno. Siena, 15-16 ottobre 1999 – Siena, 9 giugno 2000*, Milano, 2001, 302 s.; DI MAJO, *I gruppi di imprese nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia-Piccinini-Severini, vol. V, *L’amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, Torino, 2011, 453; ID., *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, cit., 1315); ma che rischierebbe *altresi* di indebolire l’efficacia dell’apparato rimediabile complessivamente delineato dalla riforma, preordinato all’elisione delle conseguenze pregiudizievoli di atti con effetti dispositivi anche, se non addirittura *proprio* all’interno della componente insolvente del gruppo ammessa ad una procedura liquidatoria.

³⁴⁷ Sotto altra prospettiva, merita *altresi* segnalare come i rimedi revocatori consentano in una certa misura anche il coinvolgimento di imprese *in bonis* nella sistemazione del dissesto della componente insolvente del gruppo, attraverso il recupero di prestazioni che sono fuoriuscite dal relativo perimetro prima dell’apertura della liquidazione giudiziale (cfr. al riguardo le osservazioni di MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell’amministrazione straordinaria*, cit., 103 s.). Senonché, tali considerazioni richiamano immediatamente un’ulteriore prospettiva d’indagine, che in questa sede è possibile soltanto accennare: si allude, segnatamente, al rischio – immediatamente segnalato in dottrina (cfr. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., 348 s.) – che l’art. 290 del Codice della crisi metta capo ad una «moltiplicazione di azioni idonee a rendere inefficace qualsiasi atto di trasferimento di risorse, a prescindere dalla funzione da esso svolta in concreto nell’ambito della complessiva strategia di gruppo»: rischio, quest’ultimo, che dipenderebbe dalla scarsa “selettività” del rimedio revocatorio, idoneo in quanto tale a «colpire indiscriminatamente sia atti di depauperamento, sia, viceversa, operazioni di sostegno finanziario infragruppo» e, cosa ancor più grave, a «propagare l’insolvenza anche alle società *in bonis*». Il problema è certamente concreto, anche se non pare azzardato ritenere che la sua rilevanza sia destinata ad attenuarsi non appena si consideri che, se – come si è detto – le azioni revocatorie aggravate di cui al terzo comma dell’art. 290 del Codice altro non sono se non le *medesime azioni regolate dall’art. 166* per la liquidazione giudiziale delle imprese autonome, non v’è dubbio allora che anche nella liquidazione giudiziale di gruppo si applichi l’intero corredo di esenzioni previsto dal terzo comma dell’art. 166 a tutela, fra l’altro, di eventuali tentativi di ristrutturazione della componente in crisi del gruppo (per tale soluzione cfr. ad esempio CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, cit., 134 s., ove il condivisibile rilievo per cui «non vi è dubbio che le diverse *rationes* sottese a queste ultime permangano invariate anche quando l’atto sia compiuto tra imprese appartenenti al medesimo gruppo»). Senza contare, peraltro, che proprio la recente riforma del diritto concorsuale ha addirittura esteso l’ambito di applicazione di talune fattispecie esentative, com’è a dirsi proprio con riguardo a quella relativa agli atti, ai pagamenti effettuati e alle garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione del piano attestato di risanamento di cui all’art. 56 del Codice: un’esenzione, quest’ultima, che

Tanto premesso, e dato cioè per acquisito che *almeno in un caso* (l'art. 290 del Codice della crisi) l'ordinamento ammette l'esercizio dell'azione revocatoria a danno di un'impresa insolvente, deve comunque convenirsi che quello della legittimazione passiva di una procedura concorsuale a fronte di una pretesa *lato sensu* restitutoria rappresenti a tutti gli effetti un problema *di portata sistematica*, in quanto tale meritevole di essere studiato *sul piano del diritto concorsuale generale* e – per ciò che in questa sede maggiormente rileva – *in maniera trasversale a qualunque procedura liquidatoria*, indipendentemente dalla natura del legittimato passivo: e ciò in quanto non v'è alcuna ragione di dubitare, con riguardo all'interrogativo qui esaminato, che *ciò che vale al di fuori del gruppo possa e debba valere allo stesso modo anche al suo interno, e viceversa*³⁴⁸.

Calandosi in questa prospettiva³⁴⁹, non è arduo innanzitutto scorgere le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza ad erigere, *al di fuori del gruppo*, una preclusione all'esercizio delle azioni revocatorie in ragione del sopravvenuto fallimento del convenuto. Alla base di tale soluzione vi è, infatti, un'esigenza – potrebbe dirsi – di *insensibilità dell'asse concorsuale rispetto all'incidenza di sopravvenienze in senso*

oggi opera infatti «anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria» (art. 166, comma 3, lett. d) del Codice della crisi) e, pertanto, potrebbe essere invocata – ma il condizionale è d'obbligo – anche a fronte dell'azione di inefficacia prevista dal primo comma dell'art. 290 del Codice. Rimane fermo in ogni caso che, qualora non sia applicabile alcuna delle ipotesi di esenzione legislativamente previste e, sussistendo i presupposti, l'esercizio di un'azione revocatoria infragruppo sia idoneo a provocare l'autonoma insolvenza dell'impresa beneficiaria dell'atto revocabile, la circostanza potrebbe comunque essere considerata tollerabile: trattandosi, cioè, “del prezzo” che in un certo senso l'ordinamento impone alle imprese “sane” del gruppo in funzione della tutela dei creditori delle sue componenti insolventi.

³⁴⁸ Spunti in questo senso in SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, cit., 692.

³⁴⁹ Merita altresì di essere precisato, in via preliminare, come il problema in esame non possa essere analizzato tenendo in considerazione soltanto (o attribuendo rilievo preminente al)le dinamiche *processuali* che connotano l'esercizio delle azioni revocatorie nel (e ai danni di un) fallimento, ma astraendo tali considerazioni entro il più ampio orizzonte – di carattere questa volta *sostanziale* – dei principi, degli interessi e dei valori sui quali la *regula iuris* di creazione giurisprudenziale è destinata ad impattare. È solo in quest'ottica, infatti, che è possibile constatare come l'esercizio endofallimentare delle azioni revocatorie a danno, rispettivamente, di soggetti non insolventi e di un'impresa soggetta ad un'altra procedura concorsuale siano scenari *affatto irriducibili ad un assetto di interessi comune*: e ciò in quanto, mentre *nell'un caso* la vicenda negoziale in cui si inserisce il rimedio vede coinvolti esclusivamente il debitore insolvente, la massa dei suoi creditori e il beneficiario dell'atto revocabile – sicché ben si comprende come, nel caso in cui la valutazione comparativa dell'ordinamento corre «fra l'esigenza di tutelare il singolo creditore e quella di garantire al debitore il rispetto della sua sfera di legittimazione, la soluzione sia nel senso di «preferire il debitore a meno che non stia a suo carico un fattore psicologico valutato negativamente» (MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria (Contributo alla teoria del processo e alla teoria delle obbligazioni)*, cit., 235) – *nell'altro* al rapporto tra le ragioni dei creditori interessati alla revoca e quelle della controparte dell'atto, individualmente considerata, si sostituisce un conflitto omogeneo tra due classi di creditori, titolari – potrebbe dirsi – di un interesse pretensivo e dell'omologo interesse oppositivo aventi ad oggetto un'utilità appresa all'attivo di una procedura e destinata a “transitare”, in caso di accoglimento della domanda, nell'attivo dell'altra. Per uno spunto nel senso che, anche a prescindere dal fallimento del terzo beneficiario dell'atto revocabile e convenuto in revocatoria (e dunque della tutela in chiave concorsuale degli interessi ad esso afferenti), «il conflitto di interessi fondamentale, in materia di revocatoria, sia proprio un conflitto fra creditori i cui interessi gravano su una medesima massa patrimoniale, che è insufficiente all'integrale soddisfacimento di tutti» – conflitto che riguarda allora «interessi sostanzialmente omogenei» – cfr. già LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, cit., 64.

atecnico, la cui riaffermazione si salda da vicino alla preoccupazione che l'effetto sostanzialmente *recuperatorio* della sentenza di revoca preluda alla distrazione di beni oramai isolati e segregati in funzione del soddisfacimento dei creditori dell'*accipiens*³⁵⁰.

Ciò nondimeno, il dibattito sorto in dottrina intorno alla soluzione preclusiva invalsa in giurisprudenza ha acclarato come altrettante (e altrettanto valide) ragioni inducano a ritenere che il meccanismo tipicamente costitutivo di produzione degli effetti della sentenza di revoca costituisca un elemento neutro rispetto alla "tenuta" del vincolo di destinazione impresso sul patrimonio dell'impresa insolvente alla data dell'apertura del concorso: prima fra tutte l'innegabile retroattività della sentenza di revoca³⁵¹, i cui effetti

³⁵⁰ In particolare, l'argomentazione svolta in giurisprudenza si snoda attraverso due passaggi: *da un lato*, la soluzione al problema della natura, costitutiva ovvero dichiarativa, della sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria: questione rispetto alla quale è riscontrabile in entrambi gli arresti una chiara preferenza per la *prima* alternativa; *dall'altro*, l'individuazione delle regole concorsuali che precludono l'esercizio delle azioni costitutive a danno di un fallimento: ostacoli da rinvenirsi *non già* nel divieto di azioni esecutive individuali su beni compresi nell'attivo fallimentare [posto, al riguardo, che l'azione revocatoria, pur essendo certamente «strumentale alla successiva fase (ancorché soltanto eventuale) dell'esecuzione forzata» (così COSSU, voce *Revocatoria ordinaria (azione)*, cit., 457) e disvelando altresì un'«indiscutibile anima essenzialmente cautelare», implicita nell'attribuzione della legittimazione anche al creditore a termine, condizionale, o comunque attualmente sprovvisto di titolo esecutivo (così M. DE CRISTOFARO, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, cit., p. 436, ove anche il virgolettato), non può *di per sé* essere ascritta al novero delle azioni esecutive e cautelari di cui oggi l'art. 150 del Codice della crisi vieta l'inizio o la prosecuzione dopo la dichiarazione di fallimento del convenuto (in tal senso cfr., in dottrina, DE SANTIS, *Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*, cit., 334; FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, cit., 992)], bensì nel principio di cristallizzazione del passivo (*rectius*, come precisato nella seconda sentenza, dell'attivo) alla data dell'apertura della procedura [principio in forza del quale, com'è noto, la sentenza dichiarativa di fallimento determina la formazione di un patrimonio separato, e dunque la scissione del patrimonio del debitore «in due masse distinte, l'una costituita dai beni sottratti alla procedura, che restano a lui personali e nella sua piena disponibilità; l'altra dai cespiti sottoposti alla liquidazione quale garanzia comune dei creditori», sì da giustificare «sia l'impossibilità per il fallito di disporre dei beni del patrimonio separato, sia l'insensibilità di esso a nuove obbligazioni» (MONTANARI, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1985 (ristampa inalterata), 47 ss.)]. I rimedi revocatori, infatti, proprio in quanto riconducibili alle logiche della tutela costitutiva, sarebbero suscettibili di concludersi con la produzione di un effetto – o, meglio, con la creazione di una situazione giuridica nuova – i cui elementi costitutivi si perfezionano integralmente soltanto con il passaggio in giudicato della sentenza di revoca: uno scenario, allora, in cui si anniderebbe un'intollerabile violazione del divieto di gravare la massa con pretese restitutorie fondate su titoli posteriori all'apertura del concorso, previsto a tutela del vincolo di destinazione impresso sul patrimonio dell'impresa insolvente.

³⁵¹ L'accento sulla retroattività della sentenza di revoca è stato ampiamente posto dai primi commenti alla prima sentenza delle Sezioni Unite (cfr. invero CAMPIONE, *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 759). Al riguardo, non v'è dubbio che, al pari di altre azioni costitutive in relazione alle quali è pacificamente ammessa l'efficacia retroattiva pur in mancanza di una norma espressa (come l'annullamento e la rescissione), «anche nella "dimensione" dell'azione revocatoria entra in gioco una vicenda negoziale rispetto alla quale può essere predicata l'efficacia eliminabile *ex tunc*» (CAMPIONE, *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali*, cit., p. 760, ma per il rilievo che «gli effetti della revoca sono generalmente quelli di un ripristino della situazione anteriore all'atto» cfr. altresì STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 266 e nt. 35): come, del resto, è confermato dalla regola per cui, al ricorrere dei presupposti di cui agli artt. 2901, ultimo comma, e 2652, comma 1, n. 5), c.c., possono essere travolti anche gli eventuali acquisti compiuti *medio tempore* dagli aventi causa dell'acquirente (in questi termini cfr. già MONTANARI, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, cit., 15 e nt. 20). Ciò premesso, non convince allora

sostanziali si producono sin dal momento del perfezionamento dell'atto revocato e, oltretutto, a partire da presupposti sostanziali – *id est*, l'atto impugnato – che si collocano evidentemente in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento del convenuto³⁵².

Ciò premesso, non va tuttavia sottaciuto come, se vi è un problema che l'esercizio di un'azione restitutoria a danno di una procedura concorsuale senza dubbio dischiude, esso risiede più propriamente *nell'adattamento della dinamica e degli effetti del rimedio al peculiare contesto nel quale esso è destinato ad operare*³⁵³: un contesto, cioè, nel quale

l'idea, avallata tra le righe in giurisprudenza, per cui le sentenze costitutive producono tendenzialmente effetti per il futuro, fatti salvi i casi eccezionali in cui un'espressa previsione di legge ne consenta la retrodatazione ad un momento precedente la proposizione della domanda giudiziale (cfr. il par. 4.6 della motivazione della sentenza del 2018, ove si afferma che «la sentenza costitutiva produce effetti, dal momento in cui la stessa passa in giudicato (*ex nunc*), che possono retroagire alla data della domanda [...], salvi i casi in cui la legge prevede espressamente che gli effetti retroagiscono al momento in cui è sorto il rapporto che viene modificato»). In altri termini, nel ragionamento della Corte parrebbe annidarsi l'affermazione di un rapporto di reciproca e doppia implicazione tra la natura costitutiva della sentenza di revoca e l'irretroattività dei relativi effetti: quasi, cioè, come se la seconda costituisse un corollario automatico e – per così dire – ontologico della prima. E tuttavia così non è, in quanto a ben vedere «quella della retrodatazione degli effetti del giudicato [sia] questione di diritto positivo», cosicché possano annoverarsi «esempi di sentenze dichiarative i cui effetti sono retrotratti al tempo della domanda e, viceversa, di sentenze costitutive che incidono sulla fattispecie dal tempo dell'atto» (così CIRULLI, *Azione revocatoria ordinaria e fallimento del terzo acquirente (nota a Cass., Sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416)*, in *www.judicium.it*, 5, ma cfr. altresì P. CASELLA, *Sulla natura della revocatoria fallimentare e sul decorso degli interessi*, cit., 756, nonché le premesse del ragionamento svolto – nell'ottica di consentire la provvisoria esecutività della sentenza (costitutiva) di revoca – da FABIANI, *La sentenza in materia revocatoria e il problema della sua esecutorietà*, in *Foro it.*, 2001, 1363 ss.).

³⁵² Il che, allora, non può non indurre quantomeno a dubitare della natura di “sopravvenienza” in senso stretto del risultato utile connesso all'accoglimento della domanda (spunti in tal senso in TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, cit., 130 e nt. 110 e in SASSANI, *Improponibili le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, cit., 295).

³⁵³ A questo riguardo, non è irrilevante sottolineare come proprio la soluzione proposta nel recente pronunciamento delle Sezioni Unite (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2020, n. 12476, cit., ove l'idea di non «rivoluzionare le basi» dell'orientamento giurisprudenziale che vieta l'inizio delle revocatorie a danno di un fallimento, ammettendo tuttavia l'azionabilità di una tutela per equivalente, consistente nell'insinuazione nel passivo della procedura convenuta di un credito corrispondente al valore del bene oggetto dell'atto non più revocabile) parrebbe implicitamente confermare l'assenza di una preclusione assoluta alle revocatorie tra fallimenti e, parallelamente, la necessità di un adattamento della loro dinamica effettuale alle regole del concorso. Si consideri, infatti, che, se è certamente vero che la soluzione proposta consente di rimediare al vuoto di tutela che un divieto secco alle revocatorie tra fallimenti porrebbe a carico dei creditori del disponente, tutelandone invece l'aspettativa alla reintegrazione della garanzia patrimoniale generica e rivelandosi sotto tale profilo più equilibrata (a parziale superamento, pertanto, di un'obiezione che parte della dottrina aveva convincentemente mosso al principio di diritto inizialmente affermato in giurisprudenza: cfr. SASSANI, *Improponibili le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, cit., 296), non v'è comunque dubbio come anche un'eventuale reintegrazione *pecuniaria* si risolva in realtà in una *sottrazione di utilità alla massa attiva del fallimento del convenuto-disponente*, dalla quale viene infatti espunto il ricavato della vendita di quel bene che pure in via di principio si intende non distrarre dal soddisfacimento dei suoi creditori: uno scenario, tuttavia, che stavolta la giurisprudenza *non ritiene in contrasto con il principio di cristallizzazione dell'attivo*, in ragione – guarda caso – proprio dell'*anteriorità rispetto all'apertura del concorso della fattispecie sostanziale interessata*. Ma se così è, non sembra allora azzardato ritenere che quella fantomatica azione restitutoria per equivalente altro non sia se non *una diversa modalità di attuazione della stessa pretesa revocatoria*: la quale, in particolare, lungi dal risultare *preclusa tout court*, soggiace piuttosto ad un processo – potrebbe dirsi – di “*ri-concorsualizzazione*”, dipendente in ultima istanza proprio dal suo adattamento con le logiche concorsuali che permeano entrambi i versanti del rapporto da revocare. Un

si assiste – su entrambi i versanti dell’atto revocabile – allo slittamento della tutela del credito dal piano individuale a quello collettivo e che impone dunque come tanto l’*accertamento*³⁵⁴, quanto la *realizzazione* della pretesa restitutoria conseguente

adattamento, in particolare, che si traduce in prima battuta in un effetto di monetizzazione della pretesa restitutoria, desunto tuttavia non per derivazione – o, meglio, “per correzione” – dall’accoglimento di un divieto alla tutela revocatoria, ma semmai quale corollario dell’interazione tra le regole del concorso e le modalità di esercizio di un’azione che con le prime è pienamente compatibile.

³⁵⁴ Sotto il versante *processuale*, è evidente come l’esercizio dell’azione revocatoria a danno di una procedura concorsuale dischiuda un problema di conflitto di competenza, risultante dall’interferenza tra due fori esclusivi, espressione a loro volta di principi contrapposti: da un lato, quello della *vis attractiva concursus*, che vorrebbe radicata la competenza del tribunale che ha disposto l’ammissione alla procedura dell’impresa attrice in revocatoria; dall’altro, quello dell’esclusività del procedimento di verifica del passivo, in applicazione del quale l’azione andrebbe invece incardinata all’interno della procedura cui è stata ammessa l’impresa convenuta. Senonché, al riguardo appare condivisibile la soluzione adottata al riguardo dalla recente giurisprudenza di legittimità (e condivisa, in dottrina, da MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 158 ss.; DE SANTIS, *Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*, cit., 334 s., nonché, più ampiamente, ID., *Giudizio di verifica del passivo e pretese di tutela dichiarativa e costitutiva*, in *Fall.*, 2018, 665 ss.): l’azione dovrà essere esercitata per il tramite di una domanda di ammissione al passivo del fallimento dell’*accipiens*, contesto in cui il giudice delegato sarà allora chiamato a pronunciarsi prioritariamente sulla sussistenza dei presupposti per la revoca, il cui accertamento si colloca in un rapporto di pregiudizialità-dipendenza rispetto al risultato utile dell’azione (per tale ricostruzione dei rapporti tra la sentenza costitutiva di revocatoria e le pretese restitutorie consequenziali cfr., per tutti, MENCHINI-MOTTO, *L’accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 418 ss. e CAVALLINI-GABOARDI, sub *Articolo 70*, in *Commentario alla legge fallimentare*, vol. I, cit., 329). Del resto, la concentrazione endoconcorsuale delle tutele – oltre a risultare coerente con il carattere di *esclusività* che la dottrina tende ad attribuire al procedimento di verifica del passivo (in tal senso cfr. già FABIANI, *L’esclusività del rito dell’accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1990, 900 s. e, più recentemente, BOZZA, *Lo stato passivo*, cap. II, *L’esclusività dell’accertamento del passivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. II, *Il fallimento. Effetti – Stato Passivo*, Milano, 2014, 616 e GALLETTI, *Stato passivo o riparto? La “frantumazione” dell’idea di responsabilità*, cit., 655 ss.), idoneo in quanto tale a canalizzare al suo interno non tanto (o non soltanto) qualunque pretesa restitutoria avente ad oggetto beni nella disponibilità del fallito al momento dell’apertura della procedura, quanto altresì l’accertamento dei presupposti di fatto e di diritto che ne costituiscono gli antecedenti logici necessari (per l’idea, infatti, che il procedimento per l’accertamento del passivo sia destinato ad assumere natura «non solo sempre più “esclusiva” con riferimento ai diritti reali e di credito che s’intendono insinuare al passivo del fallimento, ma anche quanto mai “inclusiva”», in ragione della sua tendenza ad «“includere” nella sua valutazione [...] tutte le questioni dipendenti e pregiudiziali all’accertamento del credito che s’intenda insinuare al passivo» cfr. CASA, *Natura esclusiva del procedimento di verifica dello stato passivo*, in *Fall.*, 2020, 403), costituisce altresì l’unica soluzione idonea a garantire il pieno ed effettivo dispiegarsi del contraddittorio tra i creditori concorrenti (aspetto che non a caso è stato definito l’autentica «chiave di volta» del problema da MONTANARI, *I rapporti tra fallimento e risoluzione giudiziale pendente nella nuova prospettiva della Suprema Corte*, in *Fall.*, 2020, 779 ss.). A fronte, infatti, di una pretesa che, pur non essendo strettamente riconducibile allo schema del rapporto di credito, agisce comunque *in senso sottrattivo* di beni o utilità già compresi nella massa attiva, la sua attrazione entro i binari dell’accertamento del passivo consente a tutti coloro che, a vario titolo, ambiscano a concorrere sul patrimonio del debitore di interloquire sui presupposti giustificativi delle rispettive domande: e ciò non tanto (o non soltanto) attraverso la facoltà di esporre le proprie ragioni in vista e nel corso dell’udienza di verifica, quanto della legittimazione a proporre, avverso il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, quei rimedi che consentano proprio di escludere dal concorso la pretesa restitutoria della procedura attrice in revocatoria. Non convince, al contrario, la soluzione (proposta in dottrina da MENCHINI-MOTTO, *L’accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., 445 ss., e ribadita più recentemente da MOTTO, *Domanda di impugnazione del contratto con effetti reali e fallimento dell’acquirente*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 595) di “scorporare” il giudizio revocatorio in due fasi distinte, preordinate – rispettivamente – all’accertamento dei presupposti

all'accoglimento della domanda siano regolate con modalità e secondo logiche concorsuali. Di qui allora la possibilità di ipotizzare una soluzione che, limitando la preclusione derivante dal principio di cristallizzazione dell'attivo alle sole azioni esecutive successive alla pronuncia di revoca, consenta nondimeno la realizzazione del valore connesso alla pretesa restitutoria consequenziale: e ciò – s'intende – all'esito della liquidazione del bene nell'ambito della procedura cui accede l'impresa convenuta e il "transito" del ricavato della vendita a beneficio (e con preferenza) dei creditori del fallimento attore³⁵⁵.

per la pronuncia della sentenza di revoca e all'esercizio delle pretese restitutorie consequenziali: di modo tale che la prima possa svolgersi dinanzi al tribunale che ha dichiarato il fallimento del disponente e soltanto la seconda refluire all'interno della procedura cui è ammesso il beneficiario dell'atto revocato; nell'ambito della quale sarebbe poi necessario concepire, quale meccanismo di raccordo tra i due giudizi, un'ipotesi di ammissione condizionata dell'eventuale credito restitutorio (MENCHINI-MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., 445). Invero, anche a voler tacere del fatto che la disciplina dell'ammissione condizionata allo stato passivo è improntata ad un principio di stretta *tipicità* e appare pertanto inidonea a fungere da correttivo alla separazione processuale (in tal senso cfr. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendente alla data del fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1397, nonché, in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2991, in *Fall.*, 2020, 772 ss., con nota di MONTANARI, *I rapporti tra fallimento e risoluzione giudiziale pendente nella nuova prospettiva della Suprema Corte*), resta comunque il fatto che la cognizione *incidentale* su questioni attinenti alla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie – oltre a non essere un fenomeno del tutto sconosciuto al diritto concorsuale, che contempla infatti la possibilità per il curatore di sollevare, nelle forme della cd. revocatoria incidentale, un'eccezione avente ad oggetto proprio la revocabilità della pretesa fatta valere dal creditore nel procedimento di verifica del passivo (per uno spunto cfr. FABIANI, *Il caso della revocatoria tra fallimenti*, cit., 394 e nt. 45) – non esclude comunque che la pretesa revocatoria divenga l'oggetto di un giudizio a cognizione piena nell'eventualità in cui la domanda di ammissione venga rigettata e il fallimento istante proponga opposizione allo stato passivo (per uno spunto in tal senso cfr. FEBBI, *Torna rapidamente alle Sezioni Unite il problema delle azioni revocatorie nei confronti di procedure concorsuali. Prime impressioni su Cass. n. 19881/2019*, in *www.judicium.it*, 2 s.). In quest'ottica, la soluzione proposta costituirebbe allora espressione di una precisa tendenza del sistema, orientata a posporre il giudizio a cognizione piena e a renderlo attivabile ad iniziativa di parte soltanto in caso di soccombenza: modello, fra l'altro, sotteso anche al nuovo art. 2929-bis c.c., che in taluni casi consente al creditore munito di titolo esecutivo di procedere direttamente ad esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza di revoca (sul punto cfr., in luogo di molti, GALLO, voce *Azione revocatoria breve*, in *Disc. disc. priv.*, Sez. Civ., Agg. XI, Torino, 2018, 33 ss. e LAI, *Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2016, 349 ss.).

³⁵⁵ A questo riguardo, è necessaria una precisazione conclusiva. Non occorre infatti trascurare come l'inclusione indiscriminata, nel passivo dell'impresa convenuta, delle ragioni di credito della procedura attrice rischierebbe di parificare la posizione della *seconda* a quella della collettività dei creditori della *prima*: laddove, al contrario, il diritto sostanziale accorda al creditore e al curatore attori in revocatoria il diritto alla soddisfazione *esclusiva* sul ricavato dell'esecuzione concorsuale resa possibile dalla revoca. Un inconveniente – quest'ultimo – che rende allora necessario ipotizzare una soluzione che consenta alla procedura attrice di individuare e "segregare", all'interno dell'attivo del fallimento del convenuto, il risultato utile legato all'accoglimento del rimedio, di modo tale che esso possa essere destinato prioritariamente al proprio soddisfacimento. A tal fine, può non essere irrilevante muovere dall'analogia esistente tra lo scenario appena tratteggiato e un'altra ipotesi di responsabilità "senza debito" nota all'ordinamento civile e concorsuale. Si allude, cioè, al *fallimento del terzo datore di ipoteca*, nel patrimonio del quale, infatti, è compreso un bene il cui valore è destinato al soddisfacimento non soltanto dei propri creditori, ma anche – e, peraltro, prioritariamente – delle pretese di soggetti con i quali non intercorre alcun rapporto di credito. Ebbene, per tali eventualità il nuovo art. 201 del Codice della crisi canalizza all'interno del rito dell'accertamento del passivo anche «le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui»: soluzione – quest'ultima – che può essere dunque estesa anche all'azione revocatoria, in relazione della quale si tratterà allora di concepire un'analogia domanda di ammissione al passivo del credito

Se tale è, in definitiva, la conclusione preferibile sul piano del diritto concorsuale generale, non è arduo avvedersi di come sia proprio nella regolazione dell'insolvenza del gruppo – e in particolare nella liquidazione giudiziale di gruppo *in senso stretto* – che essa manifesti una propria intima coerenza. In tale contesto, infatti, l'effetto di *monetizzazione del risultato utile della revoca* si dimostra compatibile *non soltanto* con l'idea per cui la reintegrazione della garanzia patrimoniale delle società del gruppo (e non solo) lese da trasferimenti di risorse pregiudizievoli si appunta sul *valore* e non sulla specifica utilità oggetto dell'atto revocabile³⁵⁶, *ma altresì* con (quello che si è constatato essere) il reale significato dei principi di autonomia e di separazione patrimoniale nella liquidazione giudiziale di gruppo, al cui ripristino i rimedi revocatori sono strettamente preordinati.

S'intende cioè sostenere – per concludere sul punto – che questi ultimi, se correttamente intesi nelle loro peculiari modalità attuative, consentono agli organi della procedura, una volta ottenuta la declaratoria di inefficacia di una transazione infragruppo, di ricostruire la massa attiva dell'impresa disponente non tanto attraverso il recupero reale di beni o utilità, da liquidare in maniera isolata ed atomistica, bensì l'*imputazione sul piano contabile* e il successivo conteggio, in sede di *distribuzione del ricavato della liquidazione unitaria*, del complesso di valori fuoriusciti dal relativo perimetro in forza di atti compiuti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale.

5. I poteri “propulsivi”. *L'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del gruppo in liquidazione giudiziale.*

Lo studio dei rimedi revocatori esaurisce – per ciò che in questa sede rileva³⁵⁷ – l'analisi della componente, per così dire, “*retrospettiva*” dei poteri di gestione del patrimonio del gruppo attribuiti agli organi della liquidazione giudiziale. Non resta a questo punto che volgere l'attenzione alle regole che, nella fase successiva all'apertura della procedura, presiedono alla gestione *attiva*, ancorché in funzione strumentale alla

restitutorio del fallimento attore con preferenza sul ricavato della vendita del bene oggetto dell'atto di disposizione revocato (come del resto suggerito dalla giurisprudenza anche in relazione all'azione revocatoria ordinaria promossa dal creditore *in bonis* e trascritta *prima* della dichiarazione di fallimento dell'acquirente: eventualità nella quale, non a caso, il vittorioso esperimento dell'azione «non abilita, tuttavia, il creditore dell'alienante non fallito a promuovere l'esecuzione sui beni compravenduti ma lo colloca *in posizione analoga a quella del titolare di un diritto di prelazione* e gli consente di conseguire, in sede di ricavato della vendita del bene, la *separazione della somma corrispondente al suo credito verso l'alienante, per esserne soddisfatto in via prioritaria*»: così Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2019, n. 14892, in www.ilcaso.it).

³⁵⁶ E cioè con l'idea per cui «è [...] sul piano dei *valori*, e non su quello dei *beni*, che il rimedio revocatorio è destinato ad operare» (FERRI jr., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, cit., 71 s., ma cfr. già BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Milano, 2001, 44 ss.).

³⁵⁷ Mette conto precisare come all'interno dello statuto legale di poteri del curatore nella nuova liquidazione giudiziale di gruppo figurino altresì la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. e la denuncia al tribunale in presenza di gravi irregolarità nella gestione, ai sensi dell'art. 2409 c.c. Tali istituti, anche in considerazione dell'ampiezza e della complessità dei problemi che dischiudono, non possono essere oggetto di trattazione in questa sede.

liquidazione, delle risorse di pertinenza del gruppo, e ciò con particolare riguardo all'eventualità in cui ne venga disposta la prosecuzione dell'attività.

Si tratta – come si è accennato – di una materia singolarmente trascurata a livello legislativo. Manca, innanzitutto, qualunque riferimento all'esercizio dell'impresa, sebbene tale omissione – come si è tentato di dimostrare – non impedisca che, nella liquidazione giudiziale di gruppi altamente integrati dal punto di vista economico e produttivo, possa essere disposta – con preferenza rispetto a scenari liquidatori non conservativi – la prosecuzione, in prospettiva parimenti unitaria (o, meglio, *diretta e coordinata*), dell'attività di tutte o parte delle imprese insolventi del gruppo; così come è assente anche una disciplina analitica degli adempimenti successivi all'apertura della procedura, ivi comprese la redazione e la successiva approvazione del programma di liquidazione: documento nel quale sono destinate a confluire proprio le valutazioni e le iniziative del curatore in ordine alla ricostruzione, conservazione e massimizzazione del valore del gruppo.

La *fisiologica* incompletezza della regolazione dell'insolvenza di gruppo induce allora ad analizzare in via preliminare la disciplina *generale* delle prerogative gestorie nella liquidazione giudiziale, e ciò con la finalità ultima di apprezzarne i margini di compatibilità con le innegabili particolarità delle procedure di gruppo. Il tutto – è bene premetterlo – in funzione di un interrogativo più ampio, che attiene alla possibilità di includere il trasferimento di risorse infragruppo nel novero dei poteri dei quali il curatore dispone *in via ordinaria*: senza, cioè, che a tal fine sia necessario ipotizzare l'importazione nelle procedure liquidatorie di regole innestate in altri contesti e, segnatamente, nel concordato preventivo di gruppo³⁵⁸.

In questa prospettiva, non è arduo innanzitutto avvedersi di come i recenti interventi di aggiornamento del diritto della crisi d'impresa abbiano – in maniera sì frammentaria, ma non per questo meno profonda e coerente – inciso sulle attribuzioni *sostanziali* del curatore, integrandone lo statuto legale attraverso l'innesto di compiti di pianificazione e di gestione della procedura e del suo oggetto materiale – l'impresa e il relativo patrimonio – che ne hanno complessivamente ridisegnato il ruolo e la funzione³⁵⁹. Poteri, questi

³⁵⁸ Si allude ovviamente all'art. 285 del Codice della crisi.

³⁵⁹ Si tratta di considerazioni diffuse in dottrina. In questa sede può essere sufficiente rimarcare come la riforma, muovendo – per un verso – dalla sicura riconduzione del curatore alla figura del «gestore di interessi altrui» e – per l'altro – dalla constatazione per la quale la legge fallimentare, in quanto incentrata su «tecniche di incentivazione prevalentemente basate sulla sanzioni», garantisce «la sostanziale correttezza dell'operato del curatore, ma non la sua massima efficienza», rendendolo cioè un «liquidatore (poco incentivato) di patrimoni statici e di imprese decotte» (i virgolettati in STANGHELLINI, *Il curatore: una figura in transizione*, in *Fall.*, 2007, 997 s.), abbia inteso affiancare alla figura del «curatore-pubblico ufficiale», incaricato di provvedere alla liquidazione del patrimonio del fallito previa attivazione delle revocatorie ed espressione di «una visione del fallimento in chiave nettamente autoritaria», quella del «curatore-manager», assimilabile addirittura ad un «trustee dei creditori sottoposto a vigilanza del giudice delegato» (in questi termini LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, in *Scritti giuridici*, vol. II, cit., 877 ss., ove anche i virgolettati): compito, quest'ultimo, che si accentua quando viene disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa e che, in ogni caso, implica la redazione del programma di liquidazione, la cui rilevanza in termini di «piano industriale» (così ancora LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, cit., 878), o di «piano strategico della gestione liquidatoria di un patrimonio» (in questi termini PACIELLO, sub *Articolo 104-ter. Programma di liquidazione*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit.,

ultimi, che permangono sostanzialmente immutati anche nel sistema di *governance* della crisi d'impresa delineato dal nuovo Codice della crisi, in forza del quale – anzi – essi risultano oggi affiancati da attribuzioni sinora sconosciute alle procedure liquidatorie e suscettibili, peraltro, di abbattere in maniera definitiva il (per vero fragile) diaframma tra la procedura concorsuale e l'organizzazione (eventualmente) corporativa del suo soggetto passivo³⁶⁰.

Sul punto è tuttavia necessario procedere con ordine.

953), o ancora, come prevedeva l'art. 104-ter l.fall. (ma non più il nuovo art. 213 del Codice), di «atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo» è accentuata dal fatto che esso assurge – ai sensi dell'art. 38 l.fall. (e, oggi, dell'art. 136 del Codice) – al «rango di fonte regolamentare dei doveri del curatore» (così ancora PACIELLO, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del debitore*, cit., 932).

³⁶⁰ Si allude ovviamente al(l'ormai definito tramonto del) principio di neutralità organizzativa delle procedure concorsuali, in forza del quale, *da un lato*, «la dichiarazione di fallimento, come non determina automaticamente né l'estinzione della società né il dissolversi del vincolo societario, così non comporta né il venir meno dell'*organizzazione societaria* in quanto tale, né il subentro degli organi della procedura nelle funzioni e prerogative degli organi sociali diverse da quelle inerenti alla amministrazione e disposizione del patrimonio oggetto dello spossessamento», sicché «negli ambiti non toccati dalle esigenze della procedura [...] gli organi sociali conservano integri i loro poteri», e, *dall'altro*, il concordato preventivo non comporta «in via di principio, alcuna conseguenza sull'assetto organizzativo della società» (in questi termini ovviamente NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 319 s., 324 e 336, ma sul punto cfr. anche MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, cit., 124, con riguardo al fallimento, e 144 s., con riguardo al concordato preventivo). Ebbene, se tale impostazione ha fatto sì che «per oltre sessant'anni, la legge fallimentare e il diritto dell'impresa, segnatamente di quella organizzata in codici societari, hanno percorso cammini irrelati e comunque reciprocamente ininfluenti, dacché declinati (e imprigionati) in un reciproco rapporto di apparente ossequiosa, quanto orgogliosa, autonomia. Un'autonomia che si è poi venuta a tradurre, nel tempo, in una grammatica, in un linguaggio e, quindi, in principi distinti, spesso distonici se non antitetici» (in questi termini BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2016, 241 ss.), di contro, e più di recente, il principio di neutralità organizzativa ha dovuto fare i conti, *per un verso*, con l'introduzione dell'art. 185 l.fall., nella parte in cui consente di «adeguare le regole societarie ordinarie agli scopi di riorganizzazione e di risanamento dell'impresa propri del concordato preventivo» (così PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 100) attraverso la nomina di un amministratore giudiziario che si surrogi nelle competenze deliberative dei soci (norma la cui eccezionalità è stata non a caso sostenuta da NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti*, in *Riv. soc.*, 2018, 1213 s. e 1225 ss., e ribadita in ID., *Le ristrutturazioni societarie nel diritto italiano delle crisi: notazioni generali*, cit., 390 s., nonché da MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 289 ss. e da VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, cit., 876; in giurisprudenza cfr. la soluzione, del pari «eccezionalista», adottata da una delle rarissime pronunce giurisprudenziali che si confrontate con l'istituto delle proposte concorrenti, e cioè Trib. Reggio Emilia, 28 giugno 2017, in *Fall.*, 2017, 1325 ss., con nota di BENEDETTI, *L'applicazione giurisprudenziale dell'art. 163, comma 5, l.fall.*) e, *per l'altro*, con il nuovo art. 264 del Codice della crisi. Tale norma, infatti, nel disporre anche nelle procedure liquidatorie – come si avrà modo di precisare – «un vero e proprio *assorbimento* dei processi decisionali societari all'interno del diritto concorsuale, sostituendo, quasi integralmente, quest'ultimo alle ordinarie regole dettate dal diritto delle società [...] con la pressoché totale disapplicazione delle norme che delineano l'allocatione dei poteri deliberativi nelle società *in bonis*» (in questi termini cfr. PINTO, *Diritto delle società e procedure concorsuali nel codice della crisi*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. comm.*, 24 del dattiloscritto consultato per concessione dell'Autore), attesta in maniera incontestabile «il deciso superamento, se non anche la smentita plateale, di ogni tentativo di affermare, quantomeno con riguardo al sistema del codice della crisi, e, più in particolare alla disciplina della liquidazione giudiziale, l'attuale vigenza del principio di neutralità delle procedure concorsuali rispetto all'organizzazione sociale» (così FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, in *Riv. soc.*, 2019, 251 s.).

Volendo in prima battuta tratteggiare i poteri di *gestione* del patrimonio del debitore insolvente (sia esso organizzato nella forma del gruppo o meno)³⁶¹, non può che muoversi dal presupposto per cui al curatore è attribuita la generale e «istituzionale»³⁶² funzione di «amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale» (art. 128 del Codice della crisi): nozione, quest'ultima, all'interno della quale rientrano tanto l'attività, di natura prettamente *statica* e ordinatoria, di acquisizione e conservazione dei beni del debitore in funzione della loro *immediata* monetizzazione (alla quale può alludersi, seppur con le dovute precisazioni, con il riferimento alla nozione di amministrazione *liquidativa*)³⁶³, quanto tutta quella congerie di atti che, seppur nella cornice della liquidazione del patrimonio responsabile, non sono *direttamente ed immediatamente* funzionali a tale scopo³⁶⁴, bensì propedeutici alla *conservazione* del valore di un elemento

³⁶¹ È opportuno premettere come lo studio dei poteri del curatore non possa prescindere da quell'«avvertenza metodologica», suggerita da autorevole dottrina, per la quale «un discorso dedicato agli organi preposti alla procedura incontra non poche difficoltà di tipo sistematico, non solo per l'eterogeneità degli atti che ciascuno è chiamato a compiere, ma soprattutto perché le molte competenze previste dalla legge si esplicano in modo articolato per tutta la durata del procedimento», rendendo allora «difficilmente perseguibile e, tutto sommato, poco utile un approccio di tipo analitico, che rischia di risolversi in un nudo e disorganico catalogo di funzioni, avulso dal contesto problematico in cui ciascuna di esse s'inserisce» (così CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, cit., 249). Anche per tale ragione, d'altra parte, ai fini della presente indagine l'attenzione verrà concentrata sulle prerogative del curatore di carattere latamente gestorio.

³⁶² Il virgolettato in FERRARA *sr.*, voce *Curatore del fallimento*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 512.

³⁶³ Si mutua al riguardo parte della tassonomia coniata da CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 123 (ove il riferimento ad un'attività «nella quale lo scopo è la conversione in denaro dei beni stessi oggetto di amministrazione») e 202 s. (ove in particolare, *da un lato*, il rilievo per cui «l'amministrazione del curatore si svolge – in via di principio – in funzione di una *liquidazione a breve scadenza*, ed è diretta alla sola conservazione e realizzazione delle potenzialità giuridiche del patrimonio», sicché essa consiste nell'«amministrare per liquidare» e, *dall'altro*, la precisazione per la quale «liquidare non è amministrare, anche quando alla liquidazione è informato lo scopo dell'attività d'amministrazione», cosicché in definitiva «l'amministrazione [...] si ferma allo scoglio della liquidazione»). Nei medesimi termini cfr. altresì FERRARA *sr.*, voce *Curatore del fallimento*, cit., 513 e 517, nonché, più di recente, VASSALLI, *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 227 s. Le considerazioni appena svolte sono sicuramente da condividersi, non prima tuttavia di aver precisato come le recenti riforme del diritto fallimentare abbiano segnato il definitivo tramonto della concezione tradizionale della liquidazione fallimentare come «attività vincolata, posta in essere sotto lo stretto controllo dell'autorità giudiziaria» o, ancora, quale «strumento inerte, di pura e semplice attuazione di situazioni soggettive»; per avallare, invece, l'idea per la quale l'attività liquidatoria «possiede le caratteristiche, di concretezza e discrezionalità, d'una vera e propria attività gestionale, con tutto ciò che ne consegue sotto il profilo delle strutture organizzative e delle competenze necessarie ad espletarla» (i virgolettati in TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 1662 s.): sicché oggi può dirsi sufficientemente acquisita e sedimentata «l'idea che la liquidazione dell'attivo implichi sempre, al tempo stesso, *amministrazione* dell'attivo, anche a prescindere dalle ipotesi [...] di affitto dell'azienda o di esercizio provvisorio, in vista della vendita in blocco della azienda del fallito» (così PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 681, ma nel medesimo senso cfr. già RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 159).

³⁶⁴ In questi termini cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, 2012, 73, che non a caso iscrive l'esercizio provvisorio dell'impresa nel novero degli atti «finalizzati, sia pure indirettamente, alla liquidazione», pur accogliendo tuttavia una concezione restrittiva dell'istituto, in ragione della quale non deve ritenersi possibile «il ricorso all'esercizio provvisorio per conseguire un utile, non giustificandosi in questa prospettiva l'assunzione del rischio d'impresa».

già *acquisito* all'attivo – con particolare riguardo al cespite *azienda* – ovvero, ancora, all'*acquisizione* di un valore *prospettico*³⁶⁵.

È il caso, in particolare, della complessiva attività di gestione non tanto (o non soltanto) del *patrimonio*, bensì della stessa *impresa* del debitore: un potere, in particolare, del quale il curatore è investita sia nell'eventualità in cui il tribunale autorizzi la prosecuzione dell'*impresa* in coincidenza con l'apertura della liquidazione giudiziale, sia nella diversa ipotesi in cui è il ceto creditorio a valutarne l'opportunità ai sensi del secondo comma dell'art. 211 del Codice³⁶⁶, ovvero all'atto dell'approvazione di un programma di liquidazione nel quale, tra gli «atti necessari per la conservazione del valore dell'*impresa*», sia incluso anche «l'esercizio dell'*impresa* del debitore»³⁶⁷.

In tale contesto, d'altra parte, è di immediata evidenza come si assista ad un deciso ampliamento delle prerogative gestorie del curatore³⁶⁸, dipendenti dall'inserimento del

³⁶⁵ Uno spunto in questo senso in PACCHI, *Il giuoco delle parti nella liquidazione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 493, nella parte in cui si rimarca come «accanto ad operazioni di monetizzazione immediata (es. la vendita di un bene, la riscossione di un credito ecc.) si collocano quelle funzionali ad una futura miglior liquidazione (es. l'esercizio provvisorio dell'*impresa* per mantenere l'*azienda* in attività e per portare a compimento commesse, l'affitto d'*azienda* mirando alla cessione unitaria del complesso aziendale all'affittuario ecc.)».

³⁶⁶ Ipotesi cioè nella quale, non essendo presente «alcun espresso criterio legalmente predeterminato che consenta di sindacare, in termini di legittimità sostanziale, l'operato degli organi della procedura», «la parola d'ordine è “opportunità”, sia per la conservazione [...], sia per la cessazione della misura conservativa» (in questi termini ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., 101, nonché F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 66, che ivi discorre di «convenienza o non manifesta antieconomicità della prosecuzione dell'attività» e PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, 592, che conseguentemente considerano l'esercizio provvisorio disposto in questa fase solo come uno «strumento di migliore allocazione dei beni e di migliore realizzo»). D'altra parte, già durante la vigenza dell'art. 90 l.fall. era stato sostenuto che, a voler «ravvisare, nell'esercizio fallimentare dell'*impresa*, una gestione meramente “conservativa”», si tratterebbe di «imporre al gestore [...] soltanto gli atti ispirati alla *necessità* economica, con esclusione degli atti ispirati... all'*utilità* economica», così di fatto introducendo indirettamente «un limite del tutto arbitrario alla discrezionalità dell'ufficio fallimentare: limite contrastante, quanto meno, con il più elastico riferimento dell'art. 90, 2° comma, all'“opportunità” (per i creditori)» (in questi termini RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 161 s.).

³⁶⁷ Del resto, che *tre* siano i momenti nei quali è possibile proporre e disporre l'esercizio dell'*impresa* è acclarato dal fatto che nel contenuto minimo del programma di liquidazione è, come si è detto, anche la proposta del curatore in ordine al possibile esercizio dell'*impresa* (all'interno di quella che può essere definita come una «partizione [...] specificamente dedicata ad “impresa e azienda”»: in questi termini cfr. FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 275): dovendo cioè quest'ultima essere intesa tanto quale riconsiderazione di una decisione già assunta ai sensi dell'art. 211 del Codice, quanto come valutazione *ex novo* (in tal senso cfr., in luogo di molti, F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 52 e 74). Quest'ultima eventualità è stata tuttavia definita un'«ipotesi veramente residuale», in ragione del condivisibile rilievo per cui «l'autorizzare un esercizio provvisorio, dopo mesi di cessazione dell'attività, quanti sono quelli che separano la dichiarazione di fallimento dal deposito del programma di liquidazione, non appare una soluzione logicamente idonea a salvare l'avviamento» (in questi termini PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 594, ma la medesima valutazione è presente in RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, cit., 192).

³⁶⁸ L'idea emergeva già durante la vigenza della legge fallimentare del 1942 e della vecchia e più restrittiva disciplina dell'esercizio provvisorio dell'*impresa* del fallito di cui all'art. 90 l.fall.: si era infatti già evidenziato come, rispetto a «quello che in genere avviene quando il fallimento si traduce direttamente nella liquidazione del patrimonio» (laddove, cioè, l'attività del curatore assume i connotati della mera amministrazione liquidativa), «il discorso cambia notevolmente nell'ipotesi in cui si faccia luogo all'esercizio provvisorio dell'*impresa*», eventualità nella quale non è certamente «pensabile che i poteri del

fattore *impresa* all'interno del referente passivo dei predetti poteri di amministrazione³⁶⁹. In coincidenza con la continuazione dell'attività, infatti, non soltanto è destinata a *sfumare* la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione³⁷⁰,

curatore rimangano quelli stessi che gli spettano nell'ipotesi in cui non si faccia luogo a tale esercizio e si proceda senz'altro alla liquidazione» (in questi termini cfr. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 205 ss.).

³⁶⁹ In tal senso cfr. già DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Milano, 1998, 200, ad avviso del quale «l'elemento nuovo è rappresentato dalla *dinamicità* della situazione, passandosi da una gestione *conservativa* del patrimonio ad una gestione *produttiva* di beni e servizi» (enfasi aggiunta). D'altra parte, è proprio sulla scorta di tali considerazioni che in dottrina si è affacciata l'idea per cui anche la disciplina della liquidazione volontaria degli enti collettivi del primo libro del codice civile, «concepita secondo una prospettiva di assoluta staticità» in quanto strettamente preordinata alla trasformazione dell'attivo in denaro e alla conseguente definizione delle obbligazioni ancora pendenti, possa subire taluni adattamenti in caso di svolgimento di un'attività d'impresa: dovendo, cioè, essere concepita in tal caso quale «ideale prosecuzione dell'amministrazione posta in essere dagli amministratori in carica fino a quel momento; ossia, come gestione dell'iniziativa in questa sua fase iniziale, non diversamente da quanto sarebbe richiesto ad un liquidatore di un'altra impresa collettiva (societaria)» (in tal senso CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, 280 s.).

³⁷⁰ È diffusa in dottrina l'idea per cui, una volta apertosi l'esercizio provvisorio dell'impresa, non sarebbe più possibile distinguere tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, con la conseguenza per cui «il curatore godrebbe di una legittimazione in relazione al compimento di tutti gli atti inerenti all'attività d'impresa» (così BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, cit., 2885, ma l'idea è condivisa in dottrina: cfr., in luogo di molti, MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, cit., 1177 e F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 103 s.), e ciò *vuoi* in forza di considerazioni di carattere eminentemente pratico (il rilievo, cioè, per cui «la necessità dell'autorizzazione singola per gli atti straordinari, con tutto ciò che tale necessità importa in termini di verifiche preventive, tempi di consultazione, ecc., rischia di nuocere alla snellezza operativa, che è richiesta nella gestione di un'impresa»: rilievo ritenuto decisivo da FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 133 ss.), *vuoi* della più generale constatazione per la quale «quella di straordinaria amministrazione è [...] una nozione che mal si attaglia ad un'attività avente ontologicamente natura dispositiva, quale appunto l'esercizio dell'impresa» (così ancora BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, cit., 2886, ma per l'idea per cui le operazioni strettamente inerenti all'esercizio dell'impresa non avrebbero «alcunché di straordinario» cfr. altresì AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, cit., 532, nonché già NATOLI, *In tema di limitazione dei poteri di amministratore di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, II, 357 e 360, cui si oppone la serrata critica di RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 310 ss.; la tesi si fonda implicitamente sull'assunto per cui la sfera dell'ordinaria amministrazione debba essere circoscritta in funzione della finalità prettamente *conservativa* del patrimonio amministrato, filone interpretativo inaugurato da FERRARA sr., *Gli atti d'amministrazione*, in *Filangieri*, 1903 e oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1954, 261 ss. e da BONFANTE, *Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'inabilitato*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, 5 ss. e condiviso, in luogo di molti, da NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968, 143; per ampio riesame del problema in prospettiva civilistica cfr. ALBANESE, *Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (e l'annullabilità del contratto non autorizzato)*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1144 ss.). La conclusione non può in realtà essere del tutto condivisa: sol che si muova, infatti, dall'idea per cui i giudizi di *pertinenza* e di *normalità* di un atto rispetto all'attività di amministrazione in cui si inserisce (giudizio, quest'ultimo, rilevante ai fini della perimetrazione dell'*ordinaria amministrazione*, tipica «nozione di rapporto» nella quale rientrano tutti gli «atti normali rispetto ad una determinata attività d'amministrazione caratterizzata da un determinato scopo e riferita ad un determinato e concreto patrimonio») si collocano *su due livelli diversi*, sicché esistono «tante "amministrazioni" quanti sono gli scopi che ciascuna di esse persegue, e tante "ordinarie amministrazioni" quante sono le amministrazioni» o, meglio, che gli atti di ordinaria amministrazione non costituiscono altro che «un settore della più ampia categoria degli atti pertinenti ad una determinata attività» (i virgolettati riportati anche tra le parentesi in CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., rispettivamente 143, 119 e 139, ma la relatività della distinzione è messa in luce anche da RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 318 s.); sol che si muova da tale premessa – si diceva – risulta

normalmente rilevante ai fini della selezione delle operazioni che necessitano della preventiva autorizzazione da parte del comitato dei creditori³⁷¹; ma appare porsi in secondo piano anche l'ulteriore classificazione – incentrata ancora una volta sul possibile contenuto dell'azione del curatore – tra gestione *conservativa* e gestione *innovativa*³⁷²: la prima, cioè, compendiabile nel dovere di esercitare l'impresa «ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale»³⁷³, e la seconda rapportabile – in negativo – al divieto di «nuove operazioni», posti a carico – rispettivamente – degli amministratori di società di capitali nella fase precedente il cd. “passaggio di consegne” e dei liquidatori di società di persone³⁷⁴.

allora evidente come anche all'interno della più ampia congerie degli atti *pertinenti* (o inerenti) all'esercizio dell'impresa sia comunque possibile astrattamente individuare una sfera, per quanto ristretta che sia, di atti di straordinaria amministrazione: atti, cioè che siano *si pertinenti*, ma ciò nondimeno *non normali* rispetto alle finalità dell'attività gestoria riguardata (in questo senso cfr. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 84, nonché RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 327 ss., ove tuttavia esso è correttamente combinato con l'ulteriore parametro del “rischio”, al fine di qualificare come di straordinaria amministrazione «gli atti rivolti ad assumere rischi che non possono considerarsi normali per il tipo di gestione considerato»; per un'interessante applicazione giurisprudenziale della distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione in materia di gestione dell'impresa – ancorché al di fuori delle procedure concorsuali – cfr. Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa, 19 maggio 2018, n. 5660, in *Giur. it.*, 2019, 876 ss., con nota di MUSARDO, *Ordinaria e straordinaria amministrazione nell'esercizio dell'attività d'impresa*, che – muovendo dal presupposto per cui il limite dell'ordinaria amministrazione non può essere interpretato «nel senso che esso assume nel diritto generale delle persone fisiche, di impedimento ad operazioni dispositive o comunque non meramente conservative», dovendo al contrario fondarsi «sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione normale di un'impresa delle dimensioni di quella di specie» – conclude nel senso che «devono reputarsi atti di straordinaria amministrazione solo quelli che modificano la struttura economico-organizzativa dell'impresa»). Più corretto è, pertanto, ritenere che, in caso di prosecuzione dell'attività del fallito, «la maggior parte degli atti compiuti in tale esercizio dovrà pur sempre apprezzarsi come ordinaria amministrazione, senza alcuna necessità di un ricorso a frequenti e impacciati autorizzazioni» [così ancora CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 209 s. (enfasi aggiunta), ma uno spunto già in G. BONELLI, sub *Articolo 750*, in *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, vol. II, II ed., Milano, 1923, 176; più di recente, la medesima soluzione parrebbe essere stata accolta da F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 105].

³⁷¹ Un limite, quest'ultimo, che a livello generale discende dal «carattere *sostitutivo* dell'amministrazione in questione» e costituisce in quest'ottica espressione di un «principio comune a tutte le forme di sostituzione coattiva nell'esercizio dell'impresa» (in questi termini cfr. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 210 s.).

³⁷² D'altronde, che «la distinzione tra “amministrazione evolutiva” o “produttiva” ed “amministrazione conservativa”» andasse considerata «con molta cautela, se non addirittura con diffidenza, quanto meno sotto il profilo di una sua applicazione al nostro istituto», e ciò in quanto in esso si manifesta «un'ampia gamma di situazioni diverse, evolventesi da un minimo ad un massimo di discrezionalità dell'ufficio» era stato già sostenuto, con sorprendente modernità, da RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 160 s.

³⁷³ Formulazione, quest'ultima, che – appare significativo rimarcarlo – è oggi pedissequamente mutuata dal nuovo art. 213 del Codice della crisi, il quale, nell'elencare il contenuto minimo del programma di liquidazione, dispone che esso debba se del caso individuare anche «gli *atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa*, quali l'esercizio dell'impresa del debitore e l'affitto di azienda, ancorché relativi a singoli rami dell'azienda, nonché le modalità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco».

³⁷⁴ Il parallelismo con le regole gestorie che plasmano i poteri degli amministratori e dei liquidatori di società di persone e di capitali nella fase successiva al verificarsi di causa di scioglimento – evento da leggersi quale «“successione” di discipline dell'attività, dunque nella *prospettiva di una sua tendenziale continuazione* (o comunque dell'inesistenza di un obbligo di sua immediata interruzione), sebbene,

appunto, diversamente organizzata» (in questi termini cfr. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 301, ma per il rilievo che lo scioglimento «riguarda in primo luogo la “funzione” dell'organizzazione societaria» cfr. già ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1991, 1039) – non è in questa sede casuale, non appena si muova non tanto (o non soltanto) dalle evidenti analogie che intercorrono, anche sul piano meramente letterale, tra le norme societarie e le omologhe disposizioni di diritto concorsuale (prontamente ravvisate da ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., 133), quanto piuttosto per l'ancor più evidente continuità assiologica – a livello di *obiettivi*, s'intende, e non certo di *interessi protetti* (per il diverso referente teleologico dei due procedimenti cfr., per tutti, NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 7, tomo III, *Trasformazione – Scioglimento*, Torino, 1997, 393; NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 301 s. e nt. 24; anche se al riguardo non può sottacersi, *da un lato*, come l'interesse dei soci alla «massimizzazione del disinvestimento», presupponendo in realtà la «massimizzazione del patrimonio sociale», si riveli pienamente compatibile con la tutela dell'interesse dei creditori: in tal senso cfr., in luogo di molti, TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, cit., 92, ove i virgolettati; e, *dall'altro*, come, sebbene «i soci, nella valutazione normativa tipica, siano i principali e diretti interessati al procedimento di liquidazione», quest'ultimo costituisca «una garanzia (anche) per i terzi», rispetto ai cui interessi assume un «valore indirettamente “protettivo”»: i virgolettati in PINTO, *In tema di nomina giudiziale dei liquidatori e di impossibilità di funzionamento dell'assemblea*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 376 ss.) – tra la liquidazione *ordinaria* del patrimonio sociale, ispirata oggi al criterio del «migliore realizzo» e preceduta, in attesa del “passaggio di consegne” ai liquidatori, da una disciplina dell'azione gestoria che ne funzionalizza i poteri in ordine alla «conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale» (locuzione da leggersi quale endiadi: così FERRI jr., *La gestione di società in liquidazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 431 s., e quale “ponte” ideale tra la gestione ordinaria dell'attività sociale e i poteri, indubbiamente più circoscritti, dei liquidatori: in questo senso cfr. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 278 e SARALE, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009. Commentario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna-Roma, 2009, 1206) e la disciplina della liquidazione dell'attivo nel *fallimento* e nella liquidazione giudiziale, anch'essa improntata alla «conservazione del valore dell'impresa» attraverso la sua prosecuzione o il suo affitto (art. 213 del Codice). D'altra parte, la contiguità tra le due vicende liquidative dell'impresa esercitata in forma societaria parrebbe essere oggi confermata da quel recente orientamento giurisprudenziale che, sulla scorta di talune sollecitazioni dottrinali (cfr. già RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 359 ss. e spec. 394, nonché, più di recente, STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, cit., 77 e TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, cit., 122 ss. e 134 ss.; spunti in relazione alla possibilità di estendere la regola della *par condicio* a fenomeni liquidatori contigui possono ricavarsi anche dalla nota vicenda della liquidazione del patrimonio destinato incapiente, per la quale – e per la soluzione positiva – cfr., in luogo di molti, S. ROSSI, *Liquidazione dei patrimoni destinati e tutela dei creditori particolari tra codice civile e nuove norme di diritto concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2006, I, spec. 902 ss.), estende il principio della *par condicio creditorum* anche alla liquidazione volontaria di società di capitali connotate da una situazione di incapienza patrimoniale (cfr. Cass. civ., Sez. III, ord. 15 gennaio 2020, n. 521, in *Fall.*, 2020, con nota di FABIANI, *La regola della “par condicio creditorum” all'esterno di una procedura di concorso*; in *Giur. it.*, 2020, 350 ss., con nota di CERRATO, *Società commerciali, liquidatori e “fine vita” dell'ente: superiamo antiche credenze?*; e in *Le società*, 2020, 802 ss., con nota di GARILLI, *Liquidazione di società e par condicio creditorum*; nella giurisprudenza di merito precedente cfr. Trib. Milano 22 dicembre 2010, in *Società*, 2011, 757, con nota di CASSANI, *Responsabilità ex art. 2394 c.c.: applicazione analogica alle società a responsabilità limitata*; Trib. Genova 14 marzo 2013, in *Società*, 2014, 301, con nota di GAETA, *Brevi note in materia di liquidazione della società e par condicio creditorum*; Trib. Milano 6 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2, 393, con nota di RIGANTI, *Par condicio creditorum e procedure di liquidazione di società di capitali*; Trib. Milano 15 giugno 2015, in *Giur. comm.*, 2018, II, 539 ss., con nota di CAPRARA, *Parità di trattamento dei creditori sociali e doveri del liquidatore*; in dottrina, la soluzione è criticata da NICCOLINI, sub *Articolo 2484 c.c. Cause di scioglimento*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. III, *Artt. 2449-2510*, Napoli, 2004, 1711 s. e, alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali, ID., *La responsabilità del liquidatore di società di capitali cancellata dal registro delle imprese secondo la Cassazione*, in *Foro it.*, 2020, 915 ss.; per un recente riesame del problema, cfr. BASSI, *La par condicio creditorum nella liquidazione delle società*, in *Fall.*, 2020, 1361 ss.).

Invero, in un sistema nel quale tanto la disciplina della liquidazione volontaria delle società, quanto quella della regolazione concorsuale dell'insolvenza delle imprese e dei gruppi individuano espressamente la *finalità* del procedimento di conversione in denaro del patrimonio dell'ente nella *massimizzazione del ricavato a vantaggio, in via prioritaria, dei creditori e, indirettamente, di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda dissolutiva dell'impresa*³⁷⁵; in tale contesto – si diceva – *non soltanto* non può escludersi *a priori* la possibilità che i titolari dell'interesse protetto valutino l'opportunità di modalità di gestione del bene azienda che ne *salvaguardino* o, addirittura, ne *incrementino*, per quanto possibile, il valore³⁷⁶, ma appare *altresì* ancor meno plausibile circoscrivere i poteri dell'organo incaricato dell'esercizio dell'impresa del debitore alla luce di criteri incentrati sul *contenuto* delle attività consentite³⁷⁷.

Non appena si convenga, infatti, sulla necessità di adottare, in qualunque discorso relativo alla nozione formale di amministrazione, una prospettiva diametralmente opposta, che assegni cioè allo *scopo finale* di tale attività (inteso in senso obiettivo)³⁷⁸ un

³⁷⁵ In questo senso cfr., per tutti, PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 571 e 580, nonché, con riguardo alla disciplina della liquidazione volontaria, già NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990, 23 ss., nonché ID., *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, cit., 482, ove il riferimento alla «regola del massimo valore», la cui attuazione potrebbe non a caso «richiedere una continuazione dell'attività intesa al mantenimento del valore dell'azienda sociale e, per suo tramite, alla più conveniente cessione dell'azienda stessa». Con riferimento alla disciplina novellata nel 2003, cfr. le considerazioni analoghe espresse dal medesimo Autore in ID., sub *Articolo 2489. Poteri dei liquidatori*, in *Società di capitali. Commentario*, vol. III, cit., 1777 s. D'altra parte, che l'azione sociale e, in particolare, l'esercizio delle prerogative dei liquidatori in pendenza del procedimento di liquidazione debbano essere ispirate alla tutela dell'interesse alla «massimizzazione della quota di liquidazione» è agevolmente comprensibile ove si muova dalla «permanenza della caratterizzazione lucrativa della funzione societaria in liquidazione», la quale «non può, evidentemente, che connotare in termini speculativi anche l'interesse dei soci in questa particolare fase della vita della società» (così TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, cit., 88).

³⁷⁶ In termini sostanzialmente analoghi cfr. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 200, ove il rilievo per cui «nessun limite è prescritto dalla legge alla attività dell'impresa riattivata e certamente nessuno potrebbe tacciare il curatore di essere venuto meno ai suoi doveri se, riattivata l'impresa, egli l'avesse addirittura rivitalizzata anziché limitarsi a presiedere ad una sua dissoluzione meno traumatica per il solo fatto di essere differita nel tempo». Ciò, del resto, riposa sul presupposto – se si vuole generale e trasversale alla disciplina della cessazione dell'impresa organizzata in forma societaria – per cui la prosecuzione dell'attività d'impresa in pendenza della liquidazione non può dirsi «sul piano concettuale, antagonista (e sia pure estemporaneamente antagonista) a quella dismissione dell'attività d'impresa cui presiede la procedura di liquidazione» (in questi termini cfr. invece NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, cit., 905, ma sul punto cfr. la convincente replica di MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 313 s., che della prosecuzione dell'impresa in funzione del migliore realizzo dell'azienda valorizza il «carattere di *utilità* rispetto allo scopo della liquidazione reclamato dall'art. 2489 c.c. al fine di connotare, e delimitare al tempo stesso, la posizione gestoria dei liquidatori»).

³⁷⁷ Spunti in questo senso ancora nella fondamentale indagine di CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 117, ove l'idea per cui «i valori perseguiti sono esterni all'amministrazione e [...] altrettanto si può dire per i mezzi utilizzati nel suo svolgimento» (enfasi aggiunta).

³⁷⁸ Merita al riguardo precisare come il concetto di scopo – inteso quale elemento in forza del quale «un'attività (d'amministrazione) acquista una rilevanza unitaria, come tale» – debba essere inteso in senso strettamente *obiettivo*, quale «scopo che anima l'attività, la direzione che le è stata impressa e che le è ormai immanente [...] scopo ormai obbiettivo in essa [...] che consente di definire l'attività stessa come una funzione»: sì da escludere allora «la possibilità di qualsiasi riferimento a scopi esterni ad essa, quali potrebbero essere lo scopo del [...] soggetto che agisce» (in questi termini cfr. ancora CORSI, *Il concetto di*

rilievo centrale e ordinante ai fini della ricostruzione del suo *contenuto*³⁷⁹, risulta evidente come la perimetrazione dei poteri gestori del curatore non possa che essere operata in funzione di un criterio di *pertinenza*, e non più di stretta *necessità*, con le finalità ultime della liquidazione concorsuale, quali di volta in volta individuate dalla legge ovvero desunte a partire dalla sensibilità degli interpreti per i profili funzionali degli istituti e, in generale, del diritto della crisi d'impresa³⁸⁰.

amministrazione nel diritto privato, cit., 120 ss.). In questo senso, del resto, si comprende a pieno la proposta di inquadrare la vicenda estintiva delle imprese societarie quale modificazione dello «scopo sociale» (in questo senso cfr. già FERRARA jr.-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, VII ed., Milano, 1987, 631, ove il rilievo per cui «allo scopo di conseguire un guadagno si sostituisce quello di realizzare il guadagno già conseguito, di ripartirlo fra i soci e di rimborsare loro le azioni»), non prima tuttavia di aver precisato che tale modifica va riferita «non al contratto ma all'attività e al risultato a cui tende» (così MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 303 e nt. 53, ma rilievi analoghi in CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 274).

³⁷⁹ Il che rispecchia l'idea per la quale l'attività di amministrazione sia «per sua natura “inautonomo”, cioè condizionata passivamente alla predeterminazione, anche meramente ideale, dell'ambito e dei criteri del suo svolgimento» (così ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, cit., 1). In questa prospettiva, trova del resto conferma la plausibilità di distinguere tra «scopo finale (liquidatorio) e scopo mezzo (esercizio, e quindi amministrazione, dell'impresa)», come suggerito da CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 207 e nt. 31; ma uno spunto in questo senso già in BONELLI, sub *Articolo 750*, cit., 174, ove il rilievo per cui «le operazioni commerciali del curatore devono tenersi nei limiti adatti allo scopo finale, che è pur sempre la liquidazione della massa obiettiva» (enfasi aggiunta).

³⁸⁰ Una prospettiva, quest'ultima, che è del resto confermata anche dall'evoluzione delle norme che, con riguardo ai liquidatori di società di capitali, li investono oggi del «potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società» (e non già dei soli atti «necessari per la liquidazione», come previsto invece dall'art. 2278 c.c. per le società di persone: la portata non meramente terminologica della distinzione tra *necessità* e *utilità* è rimarcata da AIELLO, *La liquidazione delle società di capitali*, in AIELLO-CAVALIERE-CAVANNA-CERRATO-SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, vol. V, tomo II, Padova, 2011, 146; prima della riforma del 2003, evidenziava le «strette» entro le quali il riferimento al criterio della necessità confinava i poteri dei liquidatori ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, cit., 128; dopo la riforma cfr., in giurisprudenza, Trib. Milano, Sez. VIII, 26 maggio 2011, in *Le società*, 2012, 761 ss., con nota di DI BRINA, *I poteri dei liquidatori di società di capitali*, ivi compresi quelli necessari per la «conservazione del valore dell'impresa», ma in ogni caso funzionali al «migliore realizzo» (e ciò anche in assenza di autorizzazione assembleare, secondo l'opinione preferibile: cfr. FERRI jr., *La gestione di società in liquidazione*, cit., 437; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 312 s.; FIMMANÒ, sub *Articolo 2487. Nomina e revoca dei liquidatori; criteri di svolgimento della liquidazione*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Artt. 2484 – 2496 c.c.*, a cura di Bianchi-Strampelli, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2016, 102 s.; *contra*, cfr. NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 527 ss., nonché ID., *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, cit., 904, ove alcune considerazioni di carattere testuale che non appaiono per vero insuperabili, soprattutto alla luce dell'espressa attribuzione ai liquidatori del potere di compiere «ogni decisione propedeutica alla migliore attuazione dell'interesse dei soci, ivi inclusa dunque anche la prosecuzione dell'attività»: così ancora MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 313). Di qui allora l'impressione per cui l'orizzonte teleologico in cui si colloca la liquidazione ordinaria e concorsuale dell'impresa include oggi non soltanto la mera *conservazione*, ma anche un eventuale *incremento* del valore dell'attivo: il che induce altresì a ritenere che qualunque decisione imprenditoriale che risulti *astrattamente idonea* – tale è infatti il significato da assegnare alla nozione relazionale di *pertinenza*, da intendersi cioè quale rapporto di «potenziale strumentalità» fra l'atto e l'attività (il virgolettato in CASELLI, *Oggetto sociale e atti «ultra vires»*, Padova, 1970, 103, ma la tesi è condivisa da CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 131 s.) – al perseguimento di tale obiettivo possa rientrare a pieno titolo nella cornice dei poteri di amministrazione di cui è titolare il curatore, e ciò a maggior ragione – benché non esclusivamente – nell'eventualità in cui sia disposto l'esercizio dell'impresa.

In questo ordine di idee, è possibile allora convenire su un duplice ordine di considerazioni.

Da un lato, infatti, non può ritenersi preclusa *a priori* l'adozione di iniziative imprenditoriali *nuove*, non limitate – s'intende – alla mera conservazione dell'esistente e, in particolare, alla semplice ultimazione dei processi produttivi in corso³⁸¹, qualora ciò si riveli strumentale a cogliere opportunità d'affari o congiunture economiche favorevoli e tale indirizzo sia stato condiviso con i creditori in sede di autorizzazione all'esercizio dell'impresa ovvero di approvazione del programma di liquidazione³⁸².

Dall'altro, nel novero delle prerogative gestorie del curatore rientrano anche – se non addirittura *a maggior ragione* – il reperimento e la successiva allocazione delle risorse

³⁸¹ Del resto, l'idea per cui la funzione assegnata all'esercizio provvisorio dell'impresa dovesse essere interpretata «nei termini più lati che l'istituto può in via di principio consentire», inde allora la possibilità di adoperare l'espressione «“amministrazione conservativa”, in contrapposto all’“amministrazione evolutiva” o “produttiva”», ma soltanto a condizione che «si prendano queste espressioni in senso lato e generico e si attribuisca loro un valore puramente indicativo o di sommario orientamento» si era già affacciata durante la vigenza della vecchia legge fallimentare (in tal senso cfr., con sorprendente attualità, CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, cit., 207 s., ove i virgolettati e, in più, l'inclusione tra le finalità concrete dell'esercizio provvisorio – accanto al «completamento di operazioni già in corso al momento della dichiarazione di fallimento nel tentativo di realizzare l'utile di costi già sostenuti» e al «puro mantenimento in vita del complesso aziendale allo scopo di tentarne la vendita come tale, ancora in efficienza» – anche del «compimento di nuove operazioni per sfruttare una congiuntura favorevole di mercato»). D'altra parte, anche con riguardo alla disciplina della liquidazione volontaria delle società di capitali, e pur in presenza di un divieto espresso a carico degli amministratori quanto al compimento di nuove operazioni (quale quello prescritto dall'art. 2449 c.c. nel testo previgente la riforma del 2003, per la quale incerta interpretazione giurisprudenziale cfr. la sintesi di BALZARINI, sub *Articolo 2486. Poteri degli amministratori*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Artt. 2484 – 2496 c.c.*, cit., 52 ss.), la migliore dottrina era pervenuta alla conclusione per cui l'«antieconomicità di un improvviso totale arresto dell'attività della società» consigliava non soltanto l'opportunità di «concludere le operazioni pendenti [...] nei termini di una “ordinaria” amministrazione intesa alla conservazione dello specifico valore di avviamento dell'azienda sociale nell'attesa della sua consegna ai liquidatori», ma altresì «il compimento di nuove operazioni, allorché tanto possa giovare o si riveli necessario ad un migliore svolgimento della liquidazione» (così NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, cit., 478 ss.). Per un'accurata ricostruzione storica e comparatistica del percorso che ha condotto la dottrina ad «abbandonare la prospettiva “asettica” della liquidazione, a favore di una prospettiva dinamica della stessa, quale forma di gestione dell'impresa tesa, al pari della gestione svolta in fase attiva, all'ottimizzazione dei risultati» cfr. oggi TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, cit., 3 ss. (il virgolettato a 10 s.) e, più in generale, NICCOLINI, *Appunti per un profilo storico della disciplina dello scioglimento e della liquidazione della s.p.a. e per qualche riflessione sulla sua possibile evoluzione*, in *Riv. soc.*, 1998, 1072 ss., il quale nondimeno perviene alla conclusione per cui, sebbene alla base della prosecuzione, durante la liquidazione, dell'attività d'impresa vi sia un'«istanza efficientistica, espressa [...] nel suo risvolto economico», tale «profilo disciplinare della vicenda estintiva della società [...], in ragione degli interessi coinvolti e della difficoltà di trovare fra essi un equilibrato punto di temperamento, si presenta forse [...] il più delicato ad affrontarsi».

³⁸² È appena il caso di precisare al riguardo che, così come nella liquidazione giudiziale competono ai creditori l'approvazione del programma di liquidazione e, dunque, l'individuazione delle linee programmatiche cui deve essere improntata la gestione del patrimonio responsabile da parte del curatore, così anche nella liquidazione volontaria delle società spetta ai titolari dell'interesse protetto in via immediata e diretta – i soci – attribuire eventualmente «una diversa conferma all'interesse sociale, privilegiando, ad esempio, l'obiettivo della celerità del disinvestimento a scapito di quello della massimizzazione o viceversa»: scelta che si tradurrà nell'indicazione di particolari «criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione» e che farà sorgere l'«obbligo per i liquidatori di allineare il loro agire ai criteri indicati dai soci» (in tal senso cfr. TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, cit., 120 s.).

necessarie alla prosecuzione dell'attività³⁸³. Tali attività, infatti, quantomeno nella misura in cui non comportino l'esposizione della massa a nuovi impegni finanziari e, pertanto, un'espansione dell'indebitamento prededucibile, costituiscono anzi il cuore dell'"ordinaria amministrazione" concorsuale dell'impresa³⁸⁴; ragion per cui esse non necessiteranno di alcuna autorizzazione preventiva da parte del comitato dei creditori, fatta salva l'esigenza – della quale si darà meglio conto nel prosieguo – di un'adeguata pianificazione del reperimento e dell'impiego della provvista finanziaria, coesistente alla nozione *generale* di gestione e, *nel diritto concorsuale*, alla specifica funzione di gestione della procedura assegnata al curatore³⁸⁵.

Evidente è, in definitiva, l'attuale ampiezza, nel mutato contesto delle competenze in materia di gestione della crisi d'impresa, della funzione di amministrazione del «patrimonio *compreso* nella liquidazione giudiziale». Volendone a questo punto valutare la replicabilità nelle procedure liquidatorie di gruppo, un primo dato appare difficilmente

³⁸³ Il fatto che l'assunzione di nuovi finanziamenti, unitamente a quegli atti «diretti a trasformare l'azienda ..., a modificarne gli elementi costitutivi, a sostituirne gli impianti [...] ad allargare od a restringere la sfera dell'attività imprenditoriale [...]»; a mutare la qualità od il prezzo dei beni o dei servizi prodotti o scambiati; a collocare questi ultimi su mercati diversi» rientri, anche in pendenza dell'esercizio provvisorio, nell'area della straordinaria amministrazione, discende dal fatto che «i nuovi rischi assunti con gli atti accennati – se anche possono considerarsi "normali" nell'ambito di gestioni imprenditoriali diverse – non possono certo apprezzarsi come tali nella nostra, tenuto conto delle particolari cautele di cui la legge ha voluto circondarla» (in questi termini cfr. già RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, cit., 330).

³⁸⁴ Al riguardo, si potrebbe in realtà essere tentati dal limitare il reimpiego delle disponibilità liquide della procedura ai fini dell'autofinanziamento dell'esercizio provvisorio, introducendo distinzioni quali – ad esempio – quella tra liquidità *preesistenti* al fallimento, in quanto corrispondenti a somme già presenti nel patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento, e liquidità che si vengono a creare nel corso della procedura, per effetto ad esempio del risultato di gestione dello stesso esercizio dell'impresa ovvero dell'accoglimento di azioni risarcitorie o recuperatorie di pertinenza della massa. È stato tuttavia correttamente obiettato al riguardo come è soltanto «in una concezione restrittiva dell'esercizio provvisorio, che vi ravvisa un'ipotesi eccezionale nel sistema», che potrebbe al limite ritenersi «plausibile in prima approssimazione l'idea che le liquidità sopravvenute e/o le liquidità per così dire non relative all'azienda o al ramo d'azienda esercitati nel fallimento non siano suscettibili di essere reinvestite nell'esercizio provvisorio e vadano senz'altro destinate alle ripartizioni fallimentari» (in questi termini cfr. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 286). La verità è, in definitiva, che non appare consentito all'interprete circoscrivere in astratto la misura dell'impegno finanziario della procedura in sede di continuazione dell'attività, così come non è consentito censurare *a priori* possibili utilizzazioni – se si vuole – "speculative" dell'esercizio dell'impresa, nella misura in cui esse comportino la sopportazione di un profilo di rischio concertato tra gli organi della procedura e, quel che più conta, condiviso dai titolari dell'interesse protetto.

³⁸⁵ L'assunto è condiviso in dottrina: particolarmente efficace sul punto è ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, cit., 103, nella misura in cui l'attribuzione al curatore della gestione della procedura e dell'obbligo di redigere il programma di liquidazione costituisce «una novità della riforma della legge fallimentare che [...] inserisce nella procedura di fallimento un'istanza di programmazione dell'attività che costituisce un elemento naturale, se non anche essenziale, della stessa fattispecie impresa». Per l'inerenza della programmazione anche ai doveri dei liquidatori nella liquidazione ordinaria – quale «concretizzazione *anche* dell'obbligo generale di "corretta gestione imprenditoriale"» – cfr., in luogo di molti, TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, cit., 105 ss. (corsivo nel testo); PERRINO, *Programma di liquidazione e tecniche di liquidazione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1089 e GALLETTI, *La ripartizione del rischio d'insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, cit., 167, il quale in particolare desume dagli artt. 2487, lett. c) e 2490 c.c. la «necessità di procedere alla redazione di un piano di cessazione, nonché di un piano di liquidazione».

controvertibile: a ben vedere, infatti, la regola implicita che, in caso di prosecuzione dell'attività, assegna all'unico curatore il potere di gestione dell'impresa di gruppo non può che presupporre l'attribuzione al medesimo di un corrispondente potere di disposizione *dell'intero attivo del gruppo*, senza – ed è questo il punto di maggiore interesse – che il suo esercizio comporti il superamento della separazione patrimoniale nei gruppi insolventi e, in tal modo, il collasso delle più elementari ed insopprimibili caratteristiche del modello organizzativo³⁸⁶.

Come si è accertato, infatti, la regola di autonomia delle masse, se correttamente interpretata, non esprime affatto – contrariamente alla sua interpretazione corrente – un'esigenza di *compartimentalizzazione* dei patrimoni afferenti alle imprese insolventi del gruppo: essa, cioè, non impone che *sin dall'apertura della procedura* le relative risorse siano oggetto di un vincolo di segregazione *in senso statico* al soddisfacimento dei soli creditori che hanno titolo per concorrere sulla rispettiva massa attiva.

Di contro, sol che si convenga sulla permanenza, in pendenza dell'esercizio concorsuale dell'impresa, di una destinazione *dinamica* dell'attivo allo svolgimento di una attività produttiva e, oltretutto, sulla constatazione che gli elementi del patrimonio dell'impresa insolvente rilevano, in sede di attuazione della responsabilità patrimoniale, essenzialmente – se non addirittura *esclusivamente* – per il loro *valore*³⁸⁷; sol che si muova da tale premessa – si diceva – diviene agevole constatare come la separazione patrimoniale tra le imprese del gruppo si traduca, prim'ancora che in un rapporto di corrispondenza tra masse (del quale si è già dato conto, e che in ultima istanza esclude qualunque possibilità di concorso *incrociato* tra creditori), in un'esigenza – a monte – di corretta *imputazione* e, di conseguenza, di *riconoscibilità dell'afferenza di un certo valore all'attivo della singola massa*.

Detto altrimenti, il principio di autonomia delle masse non parrebbe impedire al curatore il potere – *insito già nello statuto legale della funzione di gestione del patrimonio responsabile* – di “dirottare”, per così dire, elementi dell'attivo dalla massa di un'impresa del gruppo all'altra, e ciò a maggior ragione qualora simili interventi si inseriscano nella pianificazione del finanziamento (o, meglio, dell'autofinanziamento) dell'esercizio endoconcorsuale dell'impresa di gruppo. Al contrario, da quel principio devono invece desumersi le *condizioni minime necessarie* in presenza delle quali interventi di assistenza

³⁸⁶ Rischi sui quali la dottrina ha più volte posto l'accento, al fine di escludere – *de iure condendo* – qualunque prospettiva di importazione del consolidamento sostanziale nell'ordinamento italiano e – *de iure condito* – di giustificare la scelta del legislatore della riforma di cui al Codice della crisi di riaffermare l'autonomia delle masse attive e passive delle imprese del gruppo: in questo senso cfr., in luogo di molti, FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 291; CARIDI, *Spunti di riflessione nella prospettiva di una disciplina organica dei gruppi insolventi*, cit., 8, nonché, più in generale, VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni* (substantive consolidation), cit. 591 e 604 s.

³⁸⁷ Spunti in questo senso in FERRI jr., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, II ed., Milano, 2013, 29, nella parte in cui la garanzia patrimoniale viene definita – anche prima e a prescindere dalla sua attuazione in sede concorsuale – quale «specifica funzione normativa del patrimonio [...] in base alla quale il *valore* di un determinato complesso di beni, il cd. *attivo*, è destinato in via prioritaria alla soddisfazione di una massa di debiti, il cd. *passivo*» (corsivo nel testo).

finanziaria nella liquidazione giudiziale di gruppo sono da considerarsi compatibili con i principi in materia di responsabilità patrimoniale, per come “rivisitati” alla luce delle dinamiche tipiche dell’esercizio dell’impresa nella forma del gruppo³⁸⁸.

Più precisamente, tali condizioni operano in fase di *programmazione*, di *esecuzione* e di successiva *rendicontazione*, in senso ampio e volutamente atecnico, dei risultati dell’esercizio dell’impresa, e in quest’ottica sono da individuarsi nella triplice esigenza che *i*) le modalità di *reperimento* della provvista finanziaria siano – se del caso – programmaticamente descritte all’interno del programma di liquidazione, *ii*) l’*allocazione* della provvista medesima avvenga con modalità e accorgimenti anche contabili tali da garantire in ogni momento la “*tracciabilità*” delle poste attive reinvestite nell’attività di gruppo, e *iii*) la fuoriuscita di risorse dalla massa attiva della singola impresa sia altrettanto programmaticamente compensata dall’acquisizione – e dalla successiva distribuzione in sede di ripartizione dell’attivo – di un valore di importo almeno pari alla “perdita” subita per effetto dell’assistenza finanziaria prestata³⁸⁹.

Si tratta – com’è agevole intuire – di condizioni oltremodo generali, che richiedono – in specie per quanto riguarda la compensazione della fuoriuscita patrimoniale – ulteriori e consistenti chiarificazioni. In quest’ottica, rinviando l’analisi del primo e del terzo requisito al prosieguo della presente indagine, può sin da ora osservarsi, in relazione al secondo, come un’istanza di corretto e costante *tracciamento* delle risorse investite sia a ben vedere insita in ogni ipotesi di esercizio di un’attività imprenditoriale attraverso modelli organizzativi “multi-comparto”.

Prova ne è innanzitutto la disciplina societaria, la quale conosce – com’è noto – tecniche di segmentazione e segregazione del rischio d’impresa analoghe nella *funzione*, ancorché diverse nella *struttura*, rispetto al gruppo di società, e che in tali ipotesi impone l’adozione di specifiche «modalità di rendicontazione» (*ex art. 2350, comma 2, c.c.*) o, addirittura, qualora le dimensioni del referente obiettivo della destinazione patrimoniale esulino l’ambito del «settore determinato» dell’attività sociale³⁹⁰, per attingere al livello

³⁸⁸ E rivisitati, cioè, come è stato autorevolmente scritto, nella cornice di un sistema – quello dell’impresa – che, a differenza del diritto privato tradizionale, «sistema, per così dire, statico, basato sul valore dei beni, non sulla redditività, impone di leggere e fondare istituti, quali l’adempimento e la responsabilità patrimoniale, «su aspetti reddituali prima ancora che patrimoniali» (i virgolettati in FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., 131 s.).

³⁸⁹ Volendo inquadrare – sia pure a fini soltanto descrittivi – la situazione che si crea all’esito della *destinazione* di quote dell’attivo di un’impresa del gruppo al *finanziamento dell’attività comune*, proseguita in pendenza della procedura, all’interno di schemi di disciplina già noti all’ordinamento commerciale, non può non saltare all’occhio una certa affinità con la fattispecie del finanziamento destinato ad uno specifico affare: un istituto, quest’ultimo, nel quale si assiste del pari alla polarizzazione della garanzia patrimoniale «non già su beni staticamente intesi, bensì sugli esiti economici di un’attività produttiva (i «proventi dell’affare»). Con il corollario che la tutela del credito viene assicurata non tanto dai beni (presenti e futuri: art. 2740, comma 1°, c.c.) utilizzati dalla società nell’esercizio dell’impresa, quanto dalla loro *redditività*» (in questi termini SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 9).

³⁹⁰ La previsione – ai sensi dell’art. 2350, comma 2, c.c. – della possibilità per lo statuto di creare categorie speciali di azioni «fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell’attività sociale in un determinato settore» (per le quali cfr. già PORTALE, *Dal capitale «assicurato» alle «tracking stocks»*, in *Riv. soc.*, 2002, 162 ss., ove anche ampi riferimenti comparatistici) introduce – com’è noto – un ulteriore

dello «specifico affare» dotato di una sua autonomia³⁹¹, la tenuta di una *contabilità separata*: il tutto in funzione dell'«individuazione dei costi e dei ricavi *imputabili* al settore» di attività considerato³⁹².

strumento a disposizione della «divisionalizzazione» delle società di capitali (in questi termini cfr. TOMBARI, sub *Articolo 2350. Diritto agli utili e alla quota di liquidazione*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo I, Milano, 2016, 550, sul presupposto per cui la nozione di “settore” parrebbe presupporre «divisioni dell'impresa» dotate di una propria «autonomia amministrativa; in tal senso cfr. altresì STAGNO D'ALCONTRES, sub *Articolo 2350. Diritto agli utili e alla quota di liquidazione*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. I, *Artt. 2325 – 2379 ter*, Napoli, 2004, 297; per un ampio riesame della nozione cfr. SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008, 195 ss. e MONDINI, *Le azioni correlate*, II ed., Milano, 2009, 76 ss.).

³⁹¹ È acclarato infatti in dottrina come la creazione di patrimoni destinati a specifici affari consenta di «isolare all'interno dell'attività singoli momenti della stessa, che si connotino per una peculiare autonomia funzionale», con risultati in un certo senso affini a quelli realizzati mediante la costituzione di un gruppo di società, nel quale si assiste del pari alla scomposizione di un'attività economica obiettivamente unitaria «in tanti momenti suscettibili di essere pensati e ricostruiti come autonome “attività” dal punto di vista giuridico» (in questi termini cfr. GUIZZI, *Patrimoni destinati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, cit., risp. 642 e 640). Del resto, su un piano più generale è del pari condiviso come il riferimento al concetto di “affare” (di per sé polisemico: cfr. infatti la rassegna di fattispecie codicistiche in cui esso ricorre operata da DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 141 ss.) non valga a restringere l'ambito di applicazione dell'istituto dei patrimoni destinati, relegandolo – come pure talvolta è stato sostenuto – al solo perseguimento di iniziative economiche precisamente individuate e destinate ad esaurirsi entro un periodo di tempo predeterminato (in tal senso cfr. COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 31, nonché GIANNELLI, sub *Articolo 2447-bis. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. II, *Artt. 2380-2448*, Napoli, 2004, 1220); al contrario, l'impiego di quella locuzione vale a rendere esplicito che la creazione di patrimoni destinati può valere «anche per singole operazioni» (in questi termini G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, IX ed., 2015, 174 e nt. 62; SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 16) e, in ogni caso, per la realizzazione di vere e proprie attività, a condizione che esse siano ricomprese nell'oggetto sociale della società costituente (secondo un «rapporto di specie a genere o, per meglio dirsi, di continenza, e giammai di coincidenza»: così STELLA RICHTER jr., *Oggetto della società per azioni e oggetto dei suoi patrimoni destinati: rapporti tra attività economiche e specifici affari*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, volume IV, cit., 2899; in tal senso cfr. già FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., 136, il quale esclude che l'affare, in quanto «specifico», possa «coincidere con la concreta, non già meramente programmatica, e allora risultante dall'oggetto sociale, attività d'impresa»; la medesima soluzione è condivisa e argomentata anche da SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 17 s. e nt. 28), di agevole individuazione (in tal senso cfr. SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447-bis-2447-decies*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014, 63 ss.; ID., *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 16 s.; FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, 86 s.; BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, 206 ss.; RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. I, cit., 837 ss.; GUIZZI, *Patrimoni destinati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, cit., 646) e destinate a trovare una loro compiuta realizzazione, di modo tale che possa essere predicabile quel rapporto di congruità tra valore del patrimonio destinato e perseguimento dell'affare elevato dalla legge a presupposto di validità della delibera di costituzione (per tale accento cfr. STELLA RICHTER jr., *Oggetto della società per azioni e oggetto dei suoi patrimoni destinati: rapporti tra attività economiche e specifici affari*, cit., 2901 s.).

³⁹² Si è non a caso affermato, con particolare riguardo alla creazione di patrimoni destinati, ma con considerazioni estensibili anche all'ambito della presente indagine, che la disciplina societaria tutela, fra i vari interessi, anche quello dei «creditori i cui diritti sorgono in dipendenza del singolo affare i quali [...]

Un'esigenza, quest'ultima, che riaffiora con tutta evidenza anche nella liquidazione giudiziale di gruppo³⁹³, nella quale è anzi particolarmente avvertita la necessità che l'attrazione delle imprese insolventi in un unico contesto procedimentale e la possibile destinazione dei valori dell'attivo al finanziamento di un'iniziativa economica persistentemente unitaria non preludano alla *confusione patrimoniale*, quale conseguenza dell'indistinzione, anche a livello contabile, tra gli elementi delle relative masse: di qui allora l'obbligo di predisporre conti "separati" da intestare alle singole imprese del gruppo e destinati a registrarne le entrate e le uscite³⁹⁴, secondo un meccanismo a ben vedere non dissimile da quello sotteso, nelle procedure liquidatorie individuali, al principio e al correlato obbligo contabile scolpiti dall'art. 223 del Codice della crisi.

La norma, com'è noto, prevede la tenuta da parte del curatore di tanti «conti autonomi» quanti sono i beni del debitore sui quali grava un diritto reale di garanzia o un'altra causa di prelazione avente un oggetto parimenti determinato: conti, in particolare, ai quali è assegnata *non soltanto* la funzione di registrare, *in fase di liquidazione*, l'ammontare netto del ricavato della vendita dei beni garantiti, *ma altresì* quella di fornire, *in un momento logicamente e cronologicamente precedente*, un'«analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota proporzionale di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale»³⁹⁵.

hanno interesse alla identificazione in termini chiari e inequivoci in ordine ai beni riservati alla loro soddisfazione al fine di evitare il rischio del concorso con i creditori generali della società»: un'esigenza, quest'ultima, alla quale la disciplina societaria viene incontro attraverso la previsione di «specifici indici formali per garantire la riferibilità di atti e rapporti allo specifico affare» (così ancora GUIZZI, *Patrimoni destinati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, cit., 643 ss.). A riprova, del resto, dell'analogia esistente – a livello anche contabile – tra l'articolazione dell'impresa di gruppo e quella mediante patrimoni destinati milita poi la diffusa constatazione per la quale, nel secondo caso, il bilancio generale della società assume i connotati di «una sorta di consolidato» (così PORTALE, *Dal capitale « assicurato » alle « tracking stocks »*, cit., 168; ma in termini analoghi cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, STRAMPELLI, *Profili contabili dei patrimoni destinati*, in *Riv. soc.*, 2011, 586 e nt. 1). Per la valorizzazione della separata contabilizzazione quale «tecnica per assicurare la separazione patrimoniale» cfr. altresì GIANNELLI, sub *Articolo 2447-quinquies. Diritti dei creditori*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. II, cit., 1246 s.; STRAMPELLI, *Profili contabili dei patrimoni destinati*, cit., 587 e 590; nonché, più ampiamente, SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, cit., 153 ss.

³⁹³ In tal senso cfr. già, con riguardo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria di gruppo, M. CASELLA, *Lex mercatoria, statuti e T.A.R.*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, cit., 895. In termini più generali, le riflessioni che ci si accinge a compiere presuppongono che si convenga sul fatto che, tra le competenze istituzionali del curatore in caso di prosecuzione dell'attività d'impresa, figurino anche la tenuta della contabilità, secondo una disciplina analoga a quella che presiede alla redazione del bilancio di esercizio per le società *in bonis* (in tal senso cfr., anche per gli opportuni riferimenti, FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 285 s.).

³⁹⁴ Al fine, cioè, di assicurare quella «"separazione" del flusso dei proventi dal generale patrimonio della società» (*rectius*, nel nostro caso, del gruppo) che autorevole Dottrina aveva individuato quale tema fondamentale della disciplina dei finanziamenti destinati (in tal senso FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., 136).

³⁹⁵ Si è sostenuto al riguardo come la norma in esame intervenga ad ovviare al «disinteresse della progressiva disciplina fallimentare circa la distribuzione delle spese della procedura tra le due masse», recependo a tal fine la distinzione tra «spese specifiche (quelle rese necessarie per l'acquisizione, per l'amministrazione o per la liquidazione di un determinato bene) e spese generali, che riguardano, invece,

Evidente è la finalità della norma: la quale, cioè – oltre a fornire, rispetto alle spese *generali* di procedura, un preciso criterio di commisurazione della quota da imputare al singolo bene – assicura, attraverso meccanismi di contabilizzazione separata, la canalizzazione del ricavato *netto* della vendita a vantaggio dei titolari di pretese intrinsecamente collegate ad uno specifico e determinato elemento dell'attivo presente nel patrimonio del debitore³⁹⁶. Un'esigenza, quest'ultima, che a ben vedere ricalca quella di *garanzia della corrispondenza biunivoca tra masse* sottesa al principio di autonomia patrimoniale nei gruppi insolventi: con l'unica differenza che, *nell'un caso*, il rapporto intercorre tra il *singolo* credito garantito e lo *specifico* bene oggetto della causa di prelazione e, *nell'altro*, tra la *complessiva* esposizione debitoria della singola impresa del gruppo e l'intero patrimonio che ne costituisce la garanzia *generica*.

Se così è, ne deriva allora – e per concludere sul punto – come il principio sotteso all'art. 223 del Codice possa a buon diritto costituire il referente normativo primario a partire dal quale (innanzitutto) “costruire” in via interpretativa i doveri di rappresentazione contabile della gestione del patrimonio e dell'impresa di gruppo nella liquidazione giudiziale unitaria³⁹⁷; il che, del resto, è tanto più vero sol che si consideri che quel medesimo principio consente anche di fornire evidenza dell'*imputazione al singolo conto delle entrate e delle uscite afferenti alla singola massa*, così riproducendo anche la *distribuzione tra le diverse imprese del gruppo del plusvalore derivante dalla prosecuzione dell'impresa in pendenza della procedura*.

6. La pianificazione del finanziamento: il programma di liquidazione “di gruppo” e la sua (mancata) approvazione.

Come si è accennato, la valorizzazione della componente manageriale delle prerogative di gestione del curatore si è accompagnata, nelle recenti riforme, ad una più decisa enfasi sulla *programmazione* delle operazioni di liquidazione dell'attivo e, più in

l'intera procedura fallimentare [...]: con la conseguenza che dal ricavato di ogni singolo bene [vanno] detratte tutte le spese specifiche relative a quel bene e un'aliquota delle spese generali» (così BOZZA, *La ripartizione dell'attivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico*, cit., 626, ma per l'evoluzione giurisprudenziale del problema cfr. altresì SILVESTRINI, sub *Articolo 111-ter. Conti speciali*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, tomo II, cit., 1575 ss. e RUGGIERO, sub *Articolo 111-ter. Conti speciali*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. II, cit., 1850 ss.). Una regola, quest'ultima, che risponde del resto ad un'elementare esigenza di giustizia sostanziale, secondo la quale, cioè, «non è corretto che la prededuzione vada ad intaccare i diritti dei creditori che nemmeno in astratto beneficiano della procedura e che dunque non vi hanno interesse» e la quale, allora, ispira «regole che salvaguardano i creditori assistiti da garanzia reale su beni del debitore, ai quali può essere “addebitato” (sotto forma di prededuzione) solo il costo di ciò che li beneficia direttamente (ad esempio, le spese della vendita del bene posto a garanzia)» (i virgolettati in STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 287).

³⁹⁶ In altri termini, la norma «trova la sua giustificazione nell'esigenza di individuare il ricavato netto di ciascun bene da attribuire a ciascun creditore con prelazioni speciali su di esso; esigenza che trova attuazione, sia nella fase di rendiconto, attraverso l'esatta imputazione delle spese [...] inerenti a ciascun bene, sia nella fase dei riparti» (così ancora BOZZA, *La ripartizione dell'attivo*, cit., 629).

³⁹⁷ Ulteriori funzioni della disciplina dei conti speciali, ai fini che in questa sede maggiormente rilevano, saranno individuate nel prosieguo dell'indagine.

generale, di tutti gli snodi più significativi della procedura, ivi compresi eventuali parentesi conservative dell'esercizio dell'impresa³⁹⁸. Culmine e manifesto di tale tendenza sono coincisi, in particolare, con l'introduzione nel novero dei doveri del curatore della redazione del programma di liquidazione, che l'art. 104-ter l.fall. non a caso definiva quale «atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo»³⁹⁹ e che, oltretutto, subordinava alla sola approvazione da parte del comitato dei creditori⁴⁰⁰.

Nel riformato diritto della crisi d'impresa, la funzione di tale piano strategico dell'attività liquidatoria rimane in larga parte immutata. Anzi, è proprio nelle procedure liquidatorie di gruppo che il programma di liquidazione parrebbe a ben vedere colorarsi di un rilievo ancor più pregnante, in ragione della scelta di individuare nel documento programmatico redatto dall'unico curatore la sede nella quale devono essere compiutamente illustrate quelle «modalità di coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese» che, nella fase genetica della procedura, avevano reso opportuna l'apertura della liquidazione giudiziale unitaria⁴⁰¹.

³⁹⁸ L'assenza, nella disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa di cui alla legge fallimentare del 1942, di «una pianificazione della continuazione della gestione ed una esplicitazione degli obiettivi che si prospettano e dei criteri elaborati per raggiungerli» era già stata stigmatizzata, attraverso il confronto con la disciplina del programma nell'amministrazione straordinaria delle imprese insolventi, da LIBONATI, *Crisi dell'imprenditoria e riorganizzazione dell'impresa*, cit., 714, il quale nondimeno giustificava tale lacuna con il rilievo per cui «la continuazione dell'esercizio dell'impresa, nella logica del fallimento, è veramente eccezionale; al contrario, nell'amministrazione straordinaria [...] è evento normale»: donde allora «la necessità di regolare compiutamente il fenomeno, e di non consentirne lo svolgimento con carattere episodico».

³⁹⁹ Ma in maniera sicuramente più perspicua rispetto a quello che si può desumere invece dalla sola qualificazione dell'istituto come «programma di liquidazione»: essendo cioè chiaro che quel documento «in realtà è ben più di quello che il nome dice, essendo il programma di svolgimento dell'intera procedura, dato che prevede anche le «azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare» e la sussistenza di proposte di concordato» (così, molto efficacemente, STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 383).

⁴⁰⁰ Al riguardo, è stato condivisibilmente affermato che la competenza esclusiva del comitato dei creditori in ordine all'approvazione del programma (risultante, com'è noto, dalle modifiche introdotte con il decreto correttivo del 2007) «assume la portata di una vera e propria regola di sistema», la quale, unitamente alla «funzione propulsiva di eventuali integrazioni», si avvicina molto alla «determinazione ed approvazione delle linee guida di un vero e proprio *business plan*, non dissimile dalla valutazione, da parte del consiglio di amministrazione, dei piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dall'amministratore delegato»: con la conseguenza che i poteri del comitato dei creditori si prestano ad essere letti quale «elemento di articolazione su due livelli dell'attività di gestione, in cui al curatore compete la gestione corrente del patrimonio fallimentare (art. 31 l. fall.) ed al comitato dei creditori le decisioni, espresse sotto forma di autorizzazioni o approvazioni sulle grandi scelte attinenti alla liquidazione [...] o comunque suscettibili di incidere sul valore di realizzazione dell'attivo» (così GIANNELLI, *Competenze gestorie del comitato dei creditori e competenze «residuali» degli organi sociali*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno di Palermo, 18-19 giugno 2010*, cit., 106 s.; un giudizio molto meno positivo sulla novità è espresso invece da INZITARI, *La responsabilità del comitato dei creditori*, in *Contr. e impr.*, 2009, 25). Un riferimento ad una «amministrazione «strategica»», da distinguere e affiancare alla funzione generale di amministrazione del patrimonio fallimentare di cui all'art. 31 l.fall. (e oggi 128 del Codice) e da fondarsi «sul necessario accordo tra curatore, comitato dei creditori e giudice delegato» è presente anche in RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, cit., 192.

⁴⁰¹ Volendo limitare per il momento l'attenzione alle sole procedure di gruppo, il programma di liquidazione è stato non a caso definito quale «punto nodale, nel quale si potrà registrare, ed apprezzare, la migliore efficienza della procedura di gruppo rispetto all'ipotesi di procedure autonome, quantunque

Sotto il primo versante, se si esclude l'eliminazione della definizione legislativa prima citata (scelta, in ogni caso, alla quale non può certo attribuirsi alcuna valenza innovativa rispetto alla funzione dell'istituto)⁴⁰², la disciplina (del contenuto) del programma di liquidazione emerge all'esito della riforma sostanzialmente inalterata, salvo una (in verità non marginale) precisazione in ordine all'inserimento dell'esercizio dell'impresa del debitore all'interno della categoria degli atti «necessari per la conservazione del valore dell'impresa»: formulazione, quest'ultima, che riecheggia fedelmente quanto previsto dall'art. 2487 c.c. nell'ambito della liquidazione volontaria delle società di capitali e, in tal senso, si presta ad essere interpretata in maniera più ampia rispetto a quanto suggerito dal tenore letterale della disposizione. E ciò, in particolare, con riguardo tanto al rapporto tra *scopo* e *mezzo* delle iniziative programmabili, da leggersi in termini di mera *utilità* e non soltanto di stretta *necessità*, quanto all'individuazione della finalità stessa di tale categoria di atti: da rapportare non solo alla *conservazione*, ma in generale alla *massimizzazione* del valore dell'impresa, in funzione, cioè, del «migliore realizzo».

Ciò premesso, è sul versante delle procedure liquidatorie di gruppo che – come si è accennato – la materia della programmazione della liquidazione si colora di problemi e prospettive sinora inediti. I quali, in particolare, discendono non soltanto dalla già menzionata funzione ostensiva delle modalità coordinate di realizzazione dell'attivo del gruppo, ma altresì dagli interrogativi dischiusi, *da un lato*, dalle modalità di approvazione e, *dall'altro*, dal possibile contenuto del programma di liquidazione di gruppo: due ambiti, questi ultimi, sui quali la riforma incide con talune novità di portata non trascurabile ai fini della presente indagine.

S'intende innanzitutto far riferimento alla rinnovata centralità attribuita dalla riforma al sindacato giudiziale nell'approvazione del programma, il quale si inserisce oggi

eventualmente coordinate» (così SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 65, ma di «vera e propria “cartina di tornasole” della convenienza di una procedura unitaria» discorre altresì PACCHI, *Curatore nella liquidazione giudiziale. Profili giuridici*, in *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, a cura di Monteleone, Milano, 2021, 425). Se così è, tuttavia, ancor meno giustificabile appare la scelta del legislatore della riforma di dedicare al programma una sola disposizione (quella di cui al terzo comma dell'art. 287 del Codice, in forza della quale «nel programma di liquidazione il curatore illustra le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese»), senza al contempo regolare «da un lato, il profilo procedimentale (che succede se uno dei comitati dei creditori – che debbono essere, ricordo, diversi per ognuna delle società del gruppo – non approvi il programma?) e, dall'altro, tutti i possibili contenuti di quel programma» (così NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 30 s.).

⁴⁰² L'interrogativo sul «se la soppressione della enunciazione esplicita dello scopo della norma sia una scelta consapevole o meno e che significato abbia» è del resto emerso nei primi commenti alla riforma: cfr. PALUCHOWSKI, *La liquidazione dell'attivo nella liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2019, 1219 ss., la quale – muovendo dalla constatazione per cui «il programma di liquidazione non era stato uno strumento che aveva avuto facile e proficua applicazione», e ciò in quanto quell'istituto si è concretamente innestato all'interno di «fallimenti di risulta con attivo modestissimo, per i quali l'impostazione dell'art. 104 *ter* era un po' surdimensionata e focalizzata su una serie di esigenze statisticamente marginali» – perviene alla conclusione per cui la recente riforma del diritto concorsuale abbia «colto l'occasione per ridimensionare secondo la realtà concreta l'atto di indirizzo della fase liquidatoria»: il che, in particolare, emergerebbe dall'«ordine della trattazione dei temi, che vede al comma 2, quale primo tema specifico la *derelictio* dei beni, a dimostrazione dell'importanza statistica del fenomeno».

all'interno di un sistema che prevede – sulla scorta delle prassi già adottate da taluni tribunali fallimentari⁴⁰³ – la trasmissione *preventiva* del documento al giudice delegato, che ne consente la sottoposizione al comitato dei creditori, e la *successiva* autorizzazione all'esecuzione degli atti di liquidazione, in quanto *conformi* al contenuto del programma approvato⁴⁰⁴. Ne risulta, insomma, un meccanismo complesso e, a dire il vero, abbastanza

⁴⁰³ Il riferimento è alla prassi della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano (riportata da PALUCHOWSKI, *La liquidazione dell'attivo nella liquidazione giudiziale*, cit., 1219), la quale – con una circolare del 21 ottobre 2008 (consultabile sul sito *www.ilcaso.it*, e commentata da PANZANI, *Programma di liquidazione*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo II, cit., 1144 ss., che non a caso la definisce come «un ritorno al passato») – aveva richiesto in via officiosa che il programma di liquidazione, prima di poter essere sottoposto al sindacato di merito da parte del comitato dei creditori, dovesse superare un vaglio preventivo di legittimità operato in monte dal giudice delegato: soluzione, quest'ultima, che appariva in realtà non soltanto *praeter legem*, ma altresì contraria allo spirito della riforma del diritto fallimentare del biennio 2006-2007, la quale – nel senso di una più decisa valorizzazione del ruolo del comitato dei creditori – aveva eliminato (con il decreto correttivo del 2007) la previsione dell'approvazione del programma da parte del giudice delegato previo parere favorevole del comitato dei creditori (per l'evoluzione del sistema, nonché per le sue implicazioni in termini di *governance* del fallimento, cfr., in luogo di molti, BOZZA, *L'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione all'esecuzione degli atti ad esso conformi*, in *Fall.*, 2008, 1057 ss.). Allo stesso modo, del resto, il decreto correttivo aveva rimosso altresì la previsione, di cui al quarto comma dell'art. 104-ter l.fall., per la quale l'approvazione del programma di liquidazione teneva «luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della presente legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni inclusi nel programma»: previsione, quest'ultima, che, se *da un lato*, e in un'ottica di semplificazione, «trovava il suo contrappeso nella partecipazione alla fase di formazione e approvazione dello stesso del comitato dei creditori e del giudice delegato», *dall'altro* esprimeva il sistema ad «un certo tasso di contraddizione», in quanto la disciplina appena esposta «da una parte, chiedeva l'autorizzazione del giudice per determinati atti, che dovevano comunque essere inclusi nel programma, per poi dire che, approvato il programma, non era necessaria altra autorizzazione, con la conseguenza che quelle autonomamente richieste erano necessarie soltanto nel caso che l'atto da autorizzare fosse compiuto prima dell'approvazione del programma» (così ancora BOZZA, *L'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione all'esecuzione degli atti ad esso conformi*, cit., 1057 s., ma la distinzione era stata ritenuta «priva di qualsiasi ragionevole giustificazione» anche da C. FERRI, *Liquidazione fallimentare, approvazione del programma e poteri del giudice delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 409). Ad ogni modo, l'eliminazione di tale autorizzazione *omnibus* aveva comunque reso necessaria la reintroduzione di una qualche forma di controllo da parte dell'autorità giudiziaria nella fase di *esecuzione* del programma di liquidazione, esigenza che si era tradotta nell'alquanto ambigua attribuzione al giudice delegato del potere di autorizzare «l'esecuzione degli atti a esso conformi».

⁴⁰⁴ È noto come in dottrina sia alquanto dibattuta la latitudine dei poteri del giudice delegato in fase di autorizzazione all'esecuzione degli atti di liquidazione in quanto conformi al programma approvato dai creditori (previsione che, come detto, rimane invariata anche all'esito della riforma di cui al Codice della crisi). E così, se da un lato parte della dottrina aveva ritenuto – valorizzando anche il tenore letterale della disposizione riguardata – come il sindacato dovesse assumere esclusivamente i caratteri di un «controllo di conformità dell'atto al programma, escludendo altri tipi di verifiche che farebbero riemergere un potere autorizzativo giudiziale che il legislatore ha inteso eliminare» (in tal senso cfr. BOZZA, *L'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione all'esecuzione degli atti ad esso conformi*, cit., 1060 ss. e 1062 per il virgolettato; nonché FABIANI, *Il decreto correttivo alla riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, 225 e PANZANI, *Programma di liquidazione*, cit., 1143), dall'altro alcuni Autori avevano per contro esteso l'ambito del controllo alla «legittimità sostanziale» del contenuto del programma di liquidazione, facendo cioè discendere, dalla verifica di conformità dell'atto esecutivo al programma approvato, una valutazione indiretta della conformità del programma medesimo alla legge (in tal senso cfr. invece ESPOSITO, *Il programma di liquidazione nel decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1078 ss., che discorre non a caso di un «controllo di “legalità attraverso l'esame del merito”» degli atti da autorizzare; FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo dal correttivo alla riforma*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 851; FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 299 s.); senza contare, infine, la posizione di quanti avevano addirittura ritenuto che all'interno del sindacato controllo di legalità sostanziale andasse ricompresa anche la valutazione della manifesta

farraginoso, nel quale la sicura sovrapposizione, nonché la prevedibile interferenza tra le valutazioni dei diversi organi della procedura rendono indifferibile l'esatta perimetrazione dei rispetti ambiti di controllo⁴⁰⁵.

Tale interrogativo esula in realtà dalle specifiche finalità della presente indagine, tanto più se si considera che, nelle procedure liquidatorie di gruppo, le modalità di approvazione del programma di liquidazione dischiudono perplessità ulteriori, derivanti dall'interferenza tra l'*unità* impressa dalla legge alla pianificazione e alla gestione della procedura e la *pluralità* delle istanze di tutela afferenti alle diverse "classi" di creditori, i cui interessi sono rappresentati nei singoli comitati dei creditori nominati, ai sensi del secondo comma dell'art. 287 del Codice, «per ciascuna impresa del gruppo».

Il conflitto, in altri termini, sta in ciò: *da un lato*, l'attrazione delle imprese insolventi del gruppo in una procedura unitaria non può non comportare l'adozione di una strategia di pianificazione *altrettanto unitaria* delle operazioni di gestione e di liquidazione dell'attivo, risultando cioè contraria allo "spirito" della riforma, nonché manifestamente incoerente con le finalità stesse della procedura, la redazione di programmi di liquidazione *distinti* per le singole imprese del gruppo⁴⁰⁶; *dall'altro*, la perdurante

illogicità o contrarietà delle scelte di liquidazione agli obiettivi che esse intendono perseguire (in questo senso cfr. ancora ESPOSITO, *Il programma di liquidazione nel decreto correttivo*, cit., 1080 ss., RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, cit., 193; FONTANA, *Il programma di liquidazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 245 s., nonché AMBROSINI, *La liquidazione dell'attivo*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, cit., 620 ss.).

⁴⁰⁵ Può del resto condividersi al riguardo l'impressione di quanti hanno intravisto nella disciplina della formazione e dell'approvazione del programma di liquidazione «la cartina di tornasole dell'assetto dei rapporti tra gli organi fallimentari delineato dalla riforma fallimentare» (il virgolettato in FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 257). Un assetto, pertanto, che, dopo l'ultima riforma di cui al Codice della crisi, parrebbe nuovamente far pendere la bilancia dei poteri degli organi della procedura dalla parte dell'autorità giudiziaria: il che è del resto confermato anche dall'ulteriore disposizione (il secondo comma dell'art. 216) che, in materia di vendita dei beni, attribuisce al giudice delegato il potere di stabilire con ordinanza le modalità con le quali il curatore o il delegato alle vendite devono procedere, tramite procedure competitive, alle vendite e agli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione. La norma non è in realtà direttamente pertinente ai fini della presente indagine, essendo il suo ambito di applicazione limitato ai soli «atti di liquidazione»; ciò nondimeno, non può comunque sottacersi come la scelta di inserire un'ulteriore occasione di sindacato e indirizzo giudiziale sulle modalità di liquidazione conduca alla formazione di un «defatigante iter procedimentale» (così DELLA SANTINA, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in www.ilcaso.it, *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 20 giugno 2019, 12), nel quale già si sommano, e inevitabilmente interferiscono, *tre* diversi livelli di controllo (l'autorizzazione preventiva alla trasmissione al comitato dei creditori, l'approvazione da parte di quest'ultimo e l'autorizzazione degli atti esecutivi del programma approvato): il che, francamente, non può non apparire quanto meno eccessivo e, oltretutto, svuotare in concreto di qualunque contenuto autonomo e innovativo l'ordinanza del giudice delegato di cui all'art. 216 del Codice (nella quale, cioè, «il giudice delegato, verificata la corrispondenza dell'atto richiesto a quello autorizzato in sede di programma, ne recepisce[...] pedissequamente le modalità, senza alcun ulteriore margine di discrezionalità»: così ancora DELLA SANTINA, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, cit., 14).

⁴⁰⁶ Senza contare, peraltro, che il tenore letterale del terzo comma dell'art. 287 del Codice, nella misura in cui allude all'obbligo per il curatore di illustrare le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese «nel programma di liquidazione», parrebbe lasciare ad intendere che tale documento debba essere *unico* per tutte le imprese insolventi del gruppo (in questo senso cfr. BOGGIO, *Partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo*, in *Patrimonio sociale e*

distinzione tra le relative masse passive si è tradotta nella previsione, apparentemente inderogabile, della nomina di distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo⁴⁰⁷. Ciò con la conseguenza per cui la positiva conclusione del procedimento di formazione del programma di liquidazione richiede inevitabilmente la convergenza di più volontà – verosimilmente regolata secondo il criterio unanimistico⁴⁰⁸ – su un unico documento dal contenuto complesso: di qui, in definitiva, il rischio di stalli decisionali rispetto ai quali la legge non fornisce alcun criterio espresso di composizione⁴⁰⁹.

Il potenziale *bloccante* che inevitabilmente si accompagnerebbe al riconoscimento al singolo comitato dei creditori di un *potere incondizionato di veto* in ordine all'approvazione del programma rende indifferibile l'individuazione di rimedi che a tali situazioni di stallo siano idonei ad ovviare⁴¹⁰; e che, oltretutto, siano idonei a farlo in una

governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in Ricordo di G.E. Colombo, Torino, 2020, 298 e nt. 7; FABBI, *Procedure sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese (Artt. 284-292)*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, a cura di Giorgetti, Pisa, 2019, 283 e SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., 2021).

⁴⁰⁷ Al riguardo, è significativo osservare la differenza, non soltanto terminologica, che separa l'art. 287, comma 2, del Codice dalla (sotto certi aspetti omologa) previsione di cui al primo comma dell'art. 257, il quale, in presenza del fallimento in estensione di soci illimitatamente responsabili, e a fronte dell'analoga confluenza nella medesima procedura della tutela di distinte classi di creditori, qualifica espressamente come *facoltativa* la nomina di più comitati dei creditori: il che – come è stato autorevolmente scritto – si spiega con la considerazione per cui «la composizione degli stati passivi è potenzialmente diversa per ciascun fallimento» (così CAVALLI, *Il fallimento delle società. Gli effetti del fallimento sociale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, cit., 238, nonché PATTI, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fall.*, 2007, 357) e, pertanto, «con l'esigenza di ovviare a un possibile conflitto fra le masse passive dei vari fallimenti, e in specie fra i creditori sociali e i creditori particolari dei singoli soci» (il virgolettato in BONSIGNORI, *Il fallimento delle società di persone*, cit., 164 s.). È evidente, cioè, come quella regola, muovendo implicitamente dalla tendenziale, ma non assoluta *distinzione* tra l'indebitamento della società e l'ambito della responsabilità personale dei soci, consenta nondimeno la nomina di un unico comitato dei creditori nell'eventualità in cui siano assenti ragioni di debito *personali* dei singoli soci, trattandosi di regolarne esclusivamente la responsabilità per le obbligazioni *sociali* (così ancora CAVALLI, *Il fallimento delle società. Gli effetti del fallimento sociale*, cit., 238 s. e nt. 121). Viene da sé, tuttavia, come la discrezionalità del giudice delegato nella nomina di più comitati dei creditori «trova un limite ogni qual volta la diversità delle masse passive tra il fallimento sociale e i fallimenti dei soci, nonché tra questi ultimi, sia tale da pregiudicare la finalità compositiva del conflitto tra creditori e creditori personali, propria del fallimento in estensione» (così CARIDI, sub *Articolo 148. Fallimento della società e dei soci*, cit., 1951, ma sul punto cfr. altresì JORIO, *Il fallimento delle società*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, cit., 768).

⁴⁰⁸ In questo senso cfr., nei primi commenti, RUSSOLILLO, *Liquidazione giudiziale nei gruppi di imprese*, in *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, cit., 839, il quale ipotizza che eventuali situazioni di conflitto dipendenti dall'impossibilità di ottenere l'approvazione congiunta del programma di liquidazione da parte di tutti i comitati dei creditori nominati possano essere superate attraverso la modifica del programma di liquidazione o, qualora ricorra il presupposto della violazione di legge, attraverso il reclamo al giudice delegato avverso il diniego di approvazione. Non v'è chi non veda, tuttavia, come la prima soluzione equivalga – di fatto – a “consegnare” la gestione dell'insolvenza del gruppo nelle mani dei soli creditori, così finendo con l'avallare anche eventuali soluzioni economicamente inefficienti.

⁴⁰⁹ Un accenno al problema in SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 66. Del resto, anche nelle procedure liquidatorie individuali, e ben prima dell'introduzione del Codice della crisi, la dottrina aveva constatato come, a fronte del parere sfavorevole espresso dal comitato dei creditori sul programma di liquidazione predisposto dal curatore, «la legge non istituisce una sede nella quale superare le divergenze dei due organi e risolvere l'*impasse*» (il virgolettato in VIGO, *Poteri e rappresentatività nel «nuovo» comitato dei creditori*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 120).

⁴¹⁰ Trattandosi cioè di replicare nel contesto concorsuale l'interrogativo posto, fra gli altri, da PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 113 ss. e in *Saggi di diritto*

prospettiva diversa, e necessariamente più incisiva, rispetto alla mera concertazione *informale* tra curatore e comitati dei creditori circa l'indirizzo da imprimere alla procedura e alla correlata facoltà per il primo di procedere, altrettanto *informalmente*, alla modifica del programma in recepimento delle indicazioni dei secondi⁴¹¹.

In quest'ottica, non può allora prescindersi da un censimento degli strumenti con i quali la legge fallimentare, prima, e il Codice della crisi, oggi, consentono di intervenire non soltanto sugli atti e sui provvedimenti adottati dagli organi della procedura, rimuovendone gli effetti in caso di loro illegittimità, ma altresì sulla composizione dell'organo medesimo, al ricorrere di circostanze sussumibili entro la nozione, dai confini per definizione "mobili", del «giustificato motivo»⁴¹². Tutto ciò non prima però di aver

commerciale, Milano, 1988 (da cui si cita), spec. 221 ss. Di recente, il punto è stato acutamente colto – sebbene con riguardo ad un problema lievemente diverso da quello analizzato nel testo – da D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 85 ss. e in part. 90, per l'individuazione di un «potere di veto del comitato dei creditori» che rischia di «rendere velleitario e meramente teorico ogni tentativo di ingresso di interessi-altri nella considerazione delle modalità di svolgimento dell'attività di liquidazione». Al riguardo, merita altresì precisare come il problema in esame non possa essere *bypassato* invocando la ben nota frequenza con la quale, nella prassi, il comitato dei creditori non si costituisce per mancanza di dichiarazioni di disponibilità da parte del ceto creditorio (rischio, quello della «fuga dal comitato dei creditori», che d'altronde era già stato paventato in dottrina dopo la riforma del 2006: cfr. in particolare SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, cit., 1063, ove anche il virgolettato, e NIGRO, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 368 s.). Invero, anche a voler prescindere dal fatto che le sole risultanze statistiche non consentono in alcun modo di sminuire il rilievo dei problemi che possono porsi nelle (pur rare) eventualità in cui l'organo riesca invece a formarsi, è comunque appena il caso di osservare come il differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi non consenta allo stato attuale di formulare alcun tipo di previsione circa le reazioni con le quali la prassi applicativa, e in particolare il ceto creditorio, accoglieranno l'introduzione delle nuove procedure di gruppo. Sicché, in definitiva, non è dato in alcun modo ipotizzare con quale frequenza, nella nuova liquidazione giudiziale di gruppo, si riuscirà a costituire un comitato dei creditori per ciascuna impresa insolvente del gruppo.

⁴¹¹ L'esigenza rappresentata nel testo, d'altra parte, è destinata ad accentuarsi non appena si considera che il nuovo art. 213 del Codice della crisi elimina la possibilità, riconosciuta invece al comitato dei creditori dal quinto comma dell'art. 104-ter l.fall., di «proporre modifiche al programma presentato», ferma restando, invece, la facoltà per il curatore di presentare «un supplemento di piano di liquidazione» in caso di «sopravvenute esigenze» (consistenti, queste ultime, come pare preferibile, anche in una diversa e più approfondita valutazione delle circostanze di fatto già poste alla base della redazione del programma originariamente sottoposto al comitato: in questo senso cfr. PANZANI, *Programma di liquidazione*, cit., 1148 s.). Con la conseguenza per cui, *da un lato*, appare ancor più impraticabile un'approvazione *parziale* del programma di liquidazione (eventualità che – non a caso – era stata ritenuta in giurisprudenza ontologicamente incompatibile con la natura di tale documento, ed equiparata pertanto nella sostanza ad una proposta di modifica: in questo senso cfr., in giurisprudenza, Trib. Roma, Sez. fall., 28 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, 361, con nota di ESPOSITO, *Riflessioni in tema di «approvazione» parziale del programma di liquidazione*; la soluzione è condivisa, in dottrina, da FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 296) e, *dall'altro*, amplifica le ipotesi di conflitto tra i due organi: sol che si consideri, infatti, che l'aver reso modificabile il programma di liquidazione soltanto *in via unilaterale* – e da parte, cioè, del curatore – riduce i poteri del comitato dei creditori alla sola *alternativa binaria* tra approvazione e diniego.

⁴¹² Tale è il parametro cui l'attuale art. 122 del Codice della crisi, nel definire i poteri del tribunale concorsuale, subordina la decisione in ordine alla revoca o alla sostituzione degli organi della procedura ogni qualvolta la relativa competenza non sia affidata dalla legge al giudice delegato. Tale parametro, del resto, è espressamente richiamato dall'art. 138 del Codice in tema di composizione del *comitato dei creditori*, il quale, se per un verso deroga alla competenza residuale del tribunale concorsuale, attribuendo il potere di modificare la composizione dell'organo al *giudice delegato*, per l'altro affianca al «giustificato motivo», quale fondamento della sostituzione, anche l'ulteriore presupposto – della cui *ratio* è agevole avvedersi – rappresentato dalle «variazioni dello stato passivo» (il cui fondamento, cioè, si ricollega

precisato che le ragioni della mancata approvazione del programma di liquidazione da parte di uno dei comitati dei creditori nominati per ciascuna impresa del gruppo – e del conseguente *impasse* decisionale – potrebbero sì risiedere nella *contrarietà del suo contenuto ad una norma imperativa*, ma più frequentemente atterranno al *merito* delle scelte gestorie programmate, risolvendosi cioè – per ciò che in questa sede maggiormente rileva – in una valutazione di *non convenienza* di operazioni che, pur nel contesto di una ragionevole probabilità di massimizzazione del valore del gruppo, comportano l'assunzione di un *maggior rischio* a carico di tutte o soltanto di alcune masse attive: e che, in quanto tali, sebbene siano *astrattamente* coerenti con le finalità legali tipiche della liquidazione giudiziale di gruppo, rimangono comunque subordinate *in concreto* alla positiva valutazione dei titolari dell'interesse protetto.

Tali considerazioni consentono allora di escludere dal novero delle alternative concretamente praticabili quei rimedi demolitori, esperibili anche avverso gli atti del

immediata alla regola di rappresentatività per la quale i membri del comitato sono scelti «in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti e avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi»: per tale istanza, nonché per i problemi interpretativi che essa dischiude, cfr., per tutti, CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 289 ss.). Per quanto riguarda, invece, la revoca e la sostituzione del *curatore*, gli artt. 134 e 135 del Codice non alludono espressamente al giustificato motivo: la prima norma, invero, si limita a prevedere che il tribunale concorsuale può in ogni tempo, con *decreto motivato* e su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il *curatore*, mentre la seconda dispone che i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi possono chiedere la sostituzione del *curatore* indicandone al tribunale le *ragioni*. Ciò nondimeno, se con riguardo innanzitutto alla *revoca* è proprio il coordinamento tra l'art. 134 e l'art. 122 del Codice a suggerire in maniera incontrovertibile che la decisione debba essere sorretta da un giustificato motivo (in questo senso cfr. ancora CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 269; VASSALLI, *Il curatore*, cit., 266 ss., che valorizza in prima battuta la necessità che il provvedimento di revoca emesso dal tribunale sia motivato; nonché D. SCANO, *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, cit., 174 s.; sul punto, la distanza rispetto al regime previgente, che rimetteva la revoca del *curatore* al libero apprezzamento del tribunale e conseguentemente escludeva la sussistenza di un diritto soggettivo dello stesso al mantenimento dell'incarico, può essere colta attraverso la lettura delle pagine di FERRARA *sr.*, voce *Curatore del fallimento*, cit., 532, che ravvisava l'unico limite al potere di revoca nella permanenza in carica del *curatore*), più complessa è invece la soluzione in relazione al potere di *sostituzione* del *curatore* (per il cui rilievo in termini di *governance* del fallimento cfr. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, cit., 355; ma per una lettura fortemente critica della norma, definita come «uno dei più sintomatici segni della schizofrenia del legislatore della riforma», cfr. VASSALLI, *Il curatore*, cit., 273 ss.). Al riguardo, peraltro, è opportuno premettere come la recente riforma abbia sensibilmente ridimensionato tale competenza del comitato dei creditori, il che emerge chiaramente non appena si consideri l'eliminazione del potere, spettante invece ai titolari della maggioranza dei crediti ammessi al passivo ai sensi dell'art. 37-*bis* l.fall., di indicare un nuovo nominativo in sostituzione del destituendo *curatore* (una facoltà che, non a caso, era stata interpretata in dottrina quale riconoscimento ai creditori del «potere di “imporre” la nomina di un nuovo *curatore* qualora non gradiscano la nomina effettuata dal tribunale»: così D. SCANO, *Il curatore*, cit., 169). Ad ogni modo, resta comunque il fatto che la decisione del tribunale in ordine alla richiesta di sostituzione resta subordinata, oltre che al giustificato motivo di cui all'art. 122 del Codice, anche alla valutazione delle «ragioni» addotte dal comitato a supporto dell'istanza: un sindacato, quest'ultimo, che appare arduo riconnettere alla sola esistenza di vizi di *legittimità* della richiesta (quali, ad esempio, il mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte, e non più invece il mancato rispetto dei requisiti previsti per la nomina del nuovo nominativo designato, cui alludeva l'art. 37-*bis* l.fall.), dovendo al contrario ricomprendere proprio la sussistenza di un giustificato motivo (così CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 271 s.; VASSALLI, *Il curatore*, cit., 274 s.; RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, cit., 186).

comitato dei creditori, incentrati su vizi riconducibili alla «violazione di legge»⁴¹³. Invero, il reclamo al giudice delegato, ai sensi del nuovo art. 141 del Codice, avverso il diniego di approvazione del programma di liquidazione presentato dal curatore non si presta – quantomeno a fronte del problema qui riguardato – a censurare e, conseguentemente, a risolvere quella che è (e resta) una divergenza tra gli organi della procedura in merito alla *convenienza* e all'*opportunità* di scelte di gestione dell'attivo del gruppo altamente discrezionali⁴¹⁴.

Né a diversa conclusione pare potersi giungere valorizzando la portata di taluni principi generali contenuti – con scelta inedita nel panorama del diritto concorsuale italiano⁴¹⁵ – nelle disposizioni iniziali del nuovo Codice della crisi e, segnatamente, del dovere dei creditori di comportarsi, nel corso delle procedure di regolazione della crisi e

⁴¹³ Qualifica espressamente come «remota» l'eventualità, nelle procedure liquidatorie individuali, che «il conflitto tra i due organi possa essere risolto mediante il procedimento di reclamo», possibilità da circoscriversi al caso in cui «il curatore impugni [...] il diniego di autorizzazione [...] per far valere l'illiceità della motivazione» FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 295, ma per una valutazione analoga cfr. PANZANI, *Programma di liquidazione*, cit., 1159 s., il quale nondimeno ammette la possibilità di impugnare con lo strumento del reclamo il rifiuto di parere favorevole da parte del comitato dei creditori «nei casi in cui per la composizione del comitato o per altre circostanze si possa ritenere che la delibera sia stata adottata in conflitto d'interessi, sussistendo in tal caso un'ipotesi di violazione di legge».

⁴¹⁴ E ciò anche in considerazione della tendenza, diffusa in dottrina, ad intendere la violazione di legge richiesta ai fini dell'esperibilità del reclamo avverso gli atti del curatore «come violazione delle regole interne al procedimento concorsuale e non come violazione di legge correlata al negozio [o all'atto del curatore, ndr.] in sé» (in questi termini cfr. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. IV, *Concordato preventivo. Liquidazione coatta amministrativa. Tutela dei diritti. Profili penali*, Milano, 2016, 551). Del resto, è stato sostenuto in dottrina come l'art. 36 l.fall. (corrispondente agli attuali artt. 133 e 141 del Codice della crisi) «rischierebbe di avere un significato eversivo dell'intero sistema, qualora la fattispecie della violazione di legge venisse intesa anche come comprensiva della violazione dei generali doveri di diligenza gravanti sul curatore e sul comitato dei creditori», e ciò in quanto in tal modo «il giudice delegato assumerebbe, sia pure subordinatamente alla proposizione di un reclamo, un potere di sindacato anche di merito sugli atti e sulle omissioni del curatore e del comitato dei creditori [...] e gli organi giudiziari finirebbero con l'avocare a se stessi l'amministrazione del patrimonio fallimentare» (così RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, cit., 195, ma la limitazione del sindacato del giudice delegato in sede di reclamo alla sola legittimità dell'atto impugnato è condivisa da FABIANI, *Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l.fall.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 820, nonché da PAGNI, *Il reclamo avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, cit., 9 ss., ove ampio riesame del problema e opportuni riferimenti). La necessità di «interpretare in senso rigoroso e non estensivo, il principio della “violazione di legge” che consente il reclamo al giudice delegato» è condivisa – e non a caso proprio nel quadro della ricerca di uno strumento di composizione dei conflitti interorganici nella procedura fallimentare – da SANTANGELI, *Le complesse azioni ed interazioni tra gli organi della procedura fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, cit., 926. Sotto altro profilo, sottolinea come lo strumento del reclamo consenta esclusivamente di «rimuovere un atto della procedura in funzione di perseguire un certo risultato che prescinde da una valutazione negativa sulla condotta del curatore o del comitato», con la conseguenza che «le contestazioni sulle scelte gestorie del curatore quando non convenienti, potranno essere rappresentate sollecitando la revoca dello stesso, ma non possono trovare un comodo passaggio con la presentazione del reclamo» FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, cit., 554 s.

⁴¹⁵ La valenza dei principi generali di cui al capo II, artt. 3 ss. del Codice della crisi è stata analizzata, con accenti generalmente critici, da D'ATTORRE, *I principi generali nel diritto della crisi d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1084 ss., ma del medesimo Autore cfr. altresì, più diffusamente, ID., *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 461 ss.

dell'insolvenza, «secondo buona fede e correttezza», nonché di «collaborare lealmente con il debitore [e] con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria»⁴¹⁶. Invero, anche a voler prescindere dall'estrema genericità di tali indicazioni (che rischia di renderle “lettera morta” nella prassi, ma che non esime comunque l'interprete dall'onere di ricercarne un'interpretazione che vi ricollegli un qualche rilievo operativo nel nuovo ordinamento concorsuale), resta comunque il fatto che, alla base dello stallo causato dal diniego di approvazione dell'unico programma di liquidazione da parte di taluni comitati dei creditori in una procedura di gruppo, riposa un conflitto *omogeneo* tutto interno alla congerie degli interessi *tipici* dei creditori concorsuali⁴¹⁷: con la conseguenza che appare

⁴¹⁶ Di recente, una tale valenza dei principi generali di buona fede e correttezza, quale criterio di controllo del voto espresso dai creditori, è stata proposta da D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 90 ss., con la conseguenza, peraltro, di elevare proprio il reclamo avverso gli atti del comitato dei creditori a strumento elettivo di “reazione” rispetto a decisioni del ceto creditorio che siano contrarie ad un principio generale, implicito e immanente al nuovo ordinamento concorsuale, di necessario *bilanciamento* tra l'interesse *primario* dei creditori alla miglior soddisfazione dei loro diritti e interessi “altri”, dotati di pari rilevanza costituzionale. La funzione del principio generale di cui all'art. 4 del Codice della crisi in termini di «canone interpretativo delle regole di dettaglio» e, conseguentemente, di «criterio di selezione tra condotte abusive e esercizio legittimo di diritti» è riconosciuta anche da D. LENZI, *I doveri dei creditori nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *www.ilcaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 18 agosto 2020, 7, la quale peraltro, con particolare riguardo al dovere di leale collaborazione, ne propone un'interpretazione *forte*, quale fondamento in particolare di «doveri ulteriori e rafforzati rispetto al mero obbligo di astenersi dal porre in essere condotte in mala fede o abusive».

⁴¹⁷ E non invece, come nell'eventualità cui allude D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 90 ss., un conflitto tra interessi *eterogenei*, collocati dall'ordinamento in una relazione gerarchica, ma nondimeno suscettibili di bilanciamento (quali, su tutti, l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento e l'interesse dei lavoratori alla conservazione del rapporto con l'impresa insolvente). La declinazione al *plurale* dell'interesse rilevante nella liquidazione giudiziale (di gruppo e non) riecheggia d'altra parte le conclusioni cui parrebbe oggi assestato il dibattito intorno all'individuazione dell'interesse sociale: un problema rispetto al quale, infatti, si è da tempo rinunciato a ricercare – in un'ottica di *Interessenmonismus* – un *unico interesse comune* intorno al quale aggregare le posizioni dei soggetti che, a vario titolo, finanziano l'impresa esercitata in forma societaria (per la cui eterogeneità cfr., in luogo di molti, G. ROSSI, *La metamorfosi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 7 ss.; ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. I, cit., 21 s., nonché ID., *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 92). Al contrario, è oggi acclarato che «non esiste un interesse specifico e determinate il quale possa funzionare come pietra di paragone [...] ma che diversi interessi collettivi, appartenenti a tutti i membri del gruppo sociale, devono considerarsi compatibili con la causa del contratto di società» (i virgolettati in JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 201 ss. e 208): sicché, l'attenzione deve rivolgersi – in un contesto, viceversa, di *Interessenpluralität* – alle regole, in primo luogo procedurali, cui i preposti alla gestione dell'impresa devono attenersi in situazioni di potenziale conflitto tra gli interessi rilevanti (in tal senso cfr. ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 101, ma uno spunto già in FERRO-LUZZI, *Le operazioni con parti correlate infragruppo*, in *Le operazioni con parti correlate. Atti del Convegno. Piacenza, 19 novembre 2010*, a cura di Cariello, Milano, 2011, 8 e, con riguardo all'ordinamento tedesco – ove si ravvisa l'emersione, a carico del *Vorstand*, di un *Gebot praktischer Konkordanz* fra l'interesse degli azionisti, il *Gemeinwohl* e gli altri interessi coinvolti nell'impresa – PORTALE, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 602 s.); atteggiandosi pertanto l'interesse dei soci a mero limite negativo al potere inevitabilmente discrezionale degli stessi nella selezione di quello di volta in volta da perseguire (così ANGELICI, *La società per azioni e gli “altri”*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger. Atti del Convegno. Milano, 9 ottobre 2009*, cit., 56 ss., ove la definizione dell'interesse dei soci quale «linea di confine»; nonché TOMBARI, *L'organo amministrativo di s.p.a. tra “interessi dei soci” ed “altri interessi”*, in *Riv. soc.*, 2018, 26 s., e, *amplius*, ID., “Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria, Milano, 2019, 57 ss.).

quantomeno arduo ravvisare in un eventuale voto contrario sul programma di liquidazione la violazione di un obbligo legale di collaborazione.

Ciò premesso, non appare percorribile neppure l'ulteriore soluzione – che in realtà, pur potendosene prospettare anche l'azionabilità in via autonoma, potrebbe già discendere in maniera implicita dal positivo esperimento del reclamo⁴¹⁸ – della surrogazione del giudice delegato nelle prerogative del comitato dei creditori ai sensi del quarto comma dell'art. 140 del Codice della crisi. Invero, nessuno dei presupposti ai quali è agganciata l'applicazione della norma – peraltro ritenuta in dottrina addirittura «eversiva» rispetto all'assetto delle competenze in materia di gestione della crisi d'impresa⁴¹⁹ – parrebbe ricorrere nelle circostanze qui riguardate, a meno – forse – di non dilatare oltremodo l'ambito semantico della nozione di «impossibilità di funzionamento» del comitato, al punto da riconnetterla non al *singolo* organo, bensì all'*intero gruppo* di comitati nominati nella procedura unitaria⁴²⁰.

Non resta, in definitiva, che prendere atto che l'unica soluzione concretamente percorribile consiste nella possibilità per il giudice delegato di modificare la composizione degli organi coinvolti, avvalendosi dei poteri riconosciutigli dagli artt. 135

⁴¹⁸ Si consideri, infatti, l'effetto tipico che discende, ai sensi degli artt. 140 e 141 del Codice, dall'accoglimento del reclamo avverso le autorizzazioni o i dinieghi del *comitato dei creditori*: esso, cioè, *da un lato* differisce indubbiamente da quanto previsto dal precedente art. 133 in relazione al reclamo avverso gli atti del *curatore*, laddove – con disposizione analoga nella sostanza al *dovere di provvedere* sotteso all'art. 2377, comma 7, c.c. per il caso di accoglimento dell'impugnazione di una delibera assembleare (per il quale cfr. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987, 326 e MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 238 ss.) – si afferma espressamente che il curatore è tenuto a «conformarsi alla decisione del giudice delegato», qualunque sia la condotta, attiva od omissiva, che gli è stata rimproverata (e ciò a differenza di quanto previsto dall'art. 36, comma 3, l.fall., che limita tale effetto al solo caso in cui «è accolto il reclamo concernente un comportamento *omissivo* del curatore»); *dall'altro*, occorre tuttavia considerare che nel nuovo art. 141 del Codice non è più previsto che, «se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in sostituzione di quest'ultimo»: circostanza, quest'ultima, probabilmente dovuta al fatto che è stato a monte eliminata l'esperibilità del reclamo avverso le *omissioni* del comitato dei creditori (in questo senso cfr. infatti ABETE, *Gli organi preposti alla liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2019, 1158 e nt. 28). Ebbene, a fronte di tale, apparente “vuoto” in punto di effetti dell'accoglimento del reclamo, in dottrina non si è esitato a ritenere che la conseguenza consista proprio nella surrogazione del giudice delegato al comitato dei creditori, ai sensi di quanto previsto dall'art. 140 del Codice (in questo senso cfr. D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 91 e nt. 80).

⁴¹⁹ In questi termini cfr. RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, cit., 195 s., ove altresì un'aperta critica alla norma in esame, ritenuta sintomo della sfiducia della riforma del 2006 sulla reale funzionalità del comitato dei creditori e, in ultima istanza, sulla stessa realizzabilità dell'obiettivo di fondo di restituire centralità all'organo esponenziale del ceto creditorio: sicché, in definitiva, la possibilità di rimproverare al legislatore di aver inteso «cambiare, affinché niente cambi». L'opportunità di «contenere i poteri di surroga del giudice delegato al posto del comitato dei creditori», rivolgendo altrove la ricerca di rimedi alle situazioni di conflitto tra i due organi, è stata non a caso sostenuta anche da SANTANGELI, *Le complesse azioni ed interazioni tra gli organi della procedura fallimentare*, cit., 926.

⁴²⁰ È appena il caso di precisare, peraltro, come ai fini dell'art. 141 del Codice della crisi non possano sicuramente essere invocate né l'inerzia del comitato, né ipotetiche ragioni d'urgenza: e ciò in quanto «se il comitato si pronuncia negativamente sulla proposta del curatore non ricorre nessuna di queste ipotesi, nemmeno l'urgenza, che si configura quando esso non fa in tempo a pronunciarsi, e non quando si pronuncia dissentendo dal curatore» (il virgolettato in VIGO, *Poteri e rappresentatività nel « nuovo » comitato dei creditori*, cit., 120).

e 138 del Codice della crisi⁴²¹. Tale strumento, del resto, presenta indubbiamente il pregio di limitare al minimo l'ingerenza giudiziale nelle valutazioni dei soggetti coinvolti⁴²², consentendo, come è stato peraltro scritto, «la revoca “minima” necessaria per rimuovere lo stallo»⁴²³; e purtuttavia esso presenta l'inconveniente di costituire un rimedio meramente *eventuale* e *indiretto*, nel senso che – al pari di quanto ricorre in caso di annullamento di una deliberazione assembleare negativa⁴²⁴ – la risoluzione del conflitto

⁴²¹ E applicabili, secondo l'opinione preferibile, anche in caso di designazione a maggioranza di nuovi membri del comitato dei creditori ai sensi degli artt. 37-bis l.fall. e 139 del Codice della crisi (in tal senso cfr., per tutti, VASSALLI, *Spunti di riflessione sulla composizione del comitato dei creditori durante il fallimento*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, cit., 1624 s., cui si rinvia anche per una compiuta valorizzazione del potere di sostituzione del giudice delegato, il cui pieno dispiegarsi e la cui permanenza durante tutto l'arco della procedura rende «possibile che il comitato dei creditori sia legittimamente partecipe delle sorti della procedura della procedura e in alcuni casi ne sia addirittura arbitro esclusivo»: *ivi*, 1627).

⁴²² Una soluzione, quest'ultima, che riecheggia del resto quanto era già stato proposto nei lavori preparatori alla riforma del diritto fallimentare del 2006 (e tuttavia non confluito nella versione aggiornata della legge fallimentare): allorquando, infatti, era stato prospettato un possibile ruolo del «giudice delegato arbitro, come amichevole compositore, del conflitto fra curatore e comitato dei creditori, soluzione che non avrebbe attribuito al giudice poteri gestori autonomi ma solo poteri di scelta, se del caso, fra opzioni di merito suggerite dall'uno o dall'altro organo della procedura» (in questi termini FABIANI, *Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l.fall.*, cit., 826, ove anche la segnalazione della proposta nei lavori preparatori).

⁴²³ In questi termini cfr. ancora VIGO, *Poteri e rappresentatività nel « nuovo » comitato dei creditori*, cit., 120. In dottrina, con riguardo ai casi di stallo decisionale nelle procedure liquidatorie individuali la soluzione è condivisa – sebbene con accenti diversi circa l'organo da sostituire in via prioritaria (o talvolta senza alcuna precisazione sul punto) – anche da SANTANGELI, *Le complesse azioni ed interazioni tra gli organi della procedura fallimentare*, cit., 925 s.; PANZANI, *Programma di liquidazione*, cit., 1159; FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 294 s.

⁴²⁴ Il tema è oltremodo noto, e non richiede in questa sede particolare approfondimento: in relazione a quanto osservato nel testo sia sufficiente il rinvio a PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, spec. 908 ss. e 912, ove anche un tentativo di superare l'ostacolo dell'impossibilità per il giudice di proclamare, all'esito dell'annullamento della delibera *negativa*, l'avvenuta approvazione di quella *positiva* (esito al quale perviene, in giurisprudenza, Trib. Milano, 28 novembre 2014, in *Giur. comm.*, 2016, II, 200 ss., con nota di TONIOLO, *La delibera “negativa” dell'assemblea: un futuro ancora incerto*), e ciò sulla scorta di «della più generale esigenza di stabilire – o, meglio, di ristabilire – una stretta correlazione fra *interesse* e *rimedio*» (ma sul punto cfr. le perplessità, ancora attuali, di PORTALE, *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al gouvernement des juges?*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 148 s., il quale non a caso perviene alla conclusione che l'unico rimedio concretamente percorribile in caso di dissenso bloccante della minoranza sia costituito dal risarcimento del danno; per ampio riesame del problema cfr. altresì PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze. “Abusi” e rimedi*, Torino, 2004, 102 ss.). Sul tema è poi doveroso il rinvio a CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea di società per azioni*, Torino 2003, 34 s. e 103 s. (per i profili rilevanti in questa sede); SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari in s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 141 ss. e in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011 (da cui si cita), 553 ss. e spec. 569 ss.; CENTONZE, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. “delibera negativa”)*, in *Riv. soc.*, 2007, 414 ss.; nonché al recente lavoro monografico di LA MARCA, *La mancata approvazione della deliberazione assembleare. Deliberazione “negativa”, deliberazione apparente e deliberazione negata*, Milano, 2020, spec. 159 ss. In giurisprudenza cfr., oltre alla già citata Trib. Milano, 28 novembre 2014, Lodo arbitrale (pres. Consolo), 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 911 ss., con nota di DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto di interessi e divieto di voto del socio-amministratore*; Trib. Catania, 10 agosto 2007, in *Corr. giur.*, 2008, 397 ss., con nota di CIAN, *Abus d'égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*; App. Catania, 21 luglio 2014, in *Riv.*

interorganico resta ancora subordinata alla positiva collaborazione da parte dell'organo di nuova nomina.

Ciò posto, non rimane che precisare quali debbano essere i criteri ai quali il giudice delegato, al quale, peraltro, il programma di liquidazione è comunicato *prima* della sottoposizione ai creditori, è tenuto ad attenersi nella scelta dell'organo da sostituire. Un interrogativo al quale – pur con la consapevolezza dell'opinabilità della soluzione⁴²⁵ – pare potersi rispondere nel senso di privilegiare l'intervento sulla composizione del comitato dei creditori ogni qualvolta, all'esito di una sorta di *best interest test* analogo a quello condotto in sede di omologazione del concordato preventivo, sia fondatamente prevedibile che i creditori della società dissenziente siano soddisfatti, attraverso gli interventi inclusi nel programma di liquidazione, in misura non inferiore all'alternativa concretamente praticabile: costituita – s'intende – dalla liquidazione *statica*, da un lato, ed *atomistica*, dall'altro, dell'impresa del gruppo loro debitrice⁴²⁶.

Senonché, se si condivide tale soluzione, viene da sé che, in caso di sostituzione del comitato dei creditori, particolare attenzione dovrà essere prestata alla selezione dei suoi componenti in modo tale da rispettare i requisiti previsti dall'art. 138 del Codice della crisi, e cioè a dirsi l'equilibrata rappresentatività di «qualità e quantità dei crediti», da un lato, e la «possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi», dall'altro.

Anzi, non pare azzardato ritenere come sia proprio la *ponderazione dei crediti rappresentati all'interno del comitato dei creditori* a costituire il principale presidio, in termini di *incentivi*, a tutela della corretta formazione del consenso in ordine alla *misura del rischio* da assumere in funzione di «scelte gestorie ispirate ad una prudente *massimizzazione* dell'attivo fallimentare, pur tenendo fermo il risultato minimo della sua conservazione»: con la conseguenza, in definitiva, che una presenza preponderante dei «creditori che abbiano una ragionevole aspettativa di parziale soddisfacimento dei propri crediti, normalmente (ma non necessariamente) coincidenti con i creditori

dir. comm., 2015, II, 329 ss., con nota di CIAN, *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria.*

⁴²⁵ Già in vero prospettata, prima della riforma, da VIGO, *Poteri e rappresentatività nel « nuovo » comitato dei creditori*, cit., 120, il quale conclude proprio nel senso che «nel caso in cui lo stallo è dovuto a valutazioni divergenti, nel merito delle quali il giudice delegato ed il tribunale non possono entrare, non sarebbe corretto revocare salomonicamente sia il curatore, sia tutti i componenti il comitato. [...] L'autorità giudiziaria revoca solo coloro la cui rimozione rende più agevole la ripresa della procedura, e quindi tendenzialmente il comitato, piuttosto che il curatore».

⁴²⁶ Spunti in questo senso sono offerti dalla lettura del nuovo art. 285 del Codice della crisi, che proprio in relazione ai trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo, subordina il *cram-down* delle ragioni del creditore dissenziente che abbia proposto opposizione all'omologazione alla circostanza che «sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati, [...] i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverrebbero dalla liquidazione giudiziale *della singola società*». In quest'ottica, si tratterebbe allora di ritenere che il «giustificato motivo» che, ai sensi dell'art. 138 del Codice, consente al giudice delegato di intervenire sulla composizione del comitato dei creditori possa essere costituito anche dall'espressione del voto contrario sul programma di liquidazione, non supportata tuttavia da una convincente motivazione di carattere economico: in termini analoghi, cioè, al meccanismo di *Obstruktionsverbot* che presiede oggi all'omologazione del concordato preventivo pur in presenza del dissenso di talune classi ovvero, nel concordato senza classi, di taluni creditori «qualificati».

chirografari»⁴²⁷ potrà verosimilmente agevolare l'approvazione di soluzioni liquidatorie ragionevolmente idonee, anche attraverso la prosecuzione dell'attività, a tradursi in un incremento di valore a beneficio dei titolari di tutti gli interessi coinvolti.

Senza contare, infine, che un eventuale, reiterato diniego di approvazione anche all'esito dell'intervento del giudice delegato potrebbe costituire – questa volta sì – la violazione di un precetto legale cristallizzato all'interno di un provvedimento dell'autorità giudiziaria: il che esporrebbe il parere negativo del neocostituito comitato dei creditori all'impugnazione per «violazione di legge» nelle forme del reclamo di cui all'art. 133 del Codice della crisi.

7. (segue) *il possibile contenuto del programma: le nuove prerogative “corporative” del curatore nella liquidazione giudiziale delle imprese “autonome”.*

Così precisate le possibili modalità di approvazione, volontarie o “coattive”, dell'unitario programma di liquidazione di gruppo, non resta che interrogarsi circa i possibili *contenuti* di tale documento, e ciò nella particolare angolazione – per ciò che maggiormente rileva ai fini della presente indagine – della possibile inclusione di operazioni societarie straordinarie e, più in generale, di misure *riallocative* dei patrimoni delle imprese coinvolte, funzionali alla prosecuzione interinale dell'impresa di gruppo.

Percorrendo tale direttrice d'indagine, d'altra parte, è immediato imbattersi in una delle novità, tra quelle introdotte dalla riforma in materia di liquidazione concorsuale, più significative dal punto di vista sistematico.

Si allude al nuovo art. 264 del Codice della crisi, il quale, sulla scorta dell'accresciuta consapevolezza circa l'opportunità di avvalersi di istituti di diritto societario nell'ambito della liquidazione rilocativa delle imprese insolventi⁴²⁸, attribuisce al curatore *non*

⁴²⁷ I virgolettati in ANT. ROSSI, *Gli interessi nel comitato dei creditori*, in *Fall.*, 2010, 1128, ove anche gli spunti valorizzati nel testo.

⁴²⁸ Per un'efficace sintesi sul punto cfr. FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento. La gestione e la liquidazione fallimentare attuata mediante strumenti societari*, cit., 293 ss. e nonché F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 153 ss. Più precisamente, l'idea di fondo sottesa all'importazione di istituti di diritto societario nel campo del diritto concorsuale riposa – come è stato efficacemente scritto – sull'esigenza di un «completo coordinamento, anzi [...] di una stretta integrazione fra normativa concorsuale e normativa societaria; una stretta integrazione indispensabili sia, in negativo, per evitare che norme di diritto societario siano di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della procedura concorsuale e sia, in positivo, per consentire l'utilizzazione di meccanismi di diritto societario per permettere o agevolare il raggiungimento di quegli obiettivi» (così NIGRO, *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti*, cit., 1230, ma cfr. già ID., *I problemi fondamentali del diritto concorsuale italiano nelle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2002, 1340). Al riguardo, è poi interessante sottolineare come la dottrina che, prima della recente riforma del diritto concorsuale, si era interrogata sulla *corporate reorganization* in sede fallimentare e sulla sua possibile attuazione *in via coattiva* aveva concluso nel senso che, pur essendo indubbiamente connessa allo spossessamento fallimentare una decisa compressione delle competenze degli organi sociali in relazione ad operazioni, quali quelle straordinarie, che innegabilmente comportano profili di disposizione del patrimonio vincolato, a tale effetto non era nondimeno possibile far corrispondere una traslazione di poteri corporativi dall'assemblea dei soci agli organi della procedura, e ciò se non altro in assenza di una norma espressa che legittimi tale esautoramento e della «mancanza di un potere tanto generale come specifico del curatore di sostituirsi nei diritti dei soci per imporre alla società simili operazioni straordinarie, pure a fronte della

soltanto la facoltà di programmare il compimento di atti e operazioni «riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società»⁴²⁹, *ma altresì* il ben più radicale potere di darvi *autonoma* esecuzione⁴³⁰; sino a comprendere peraltro, in caso di prerogative assembleari, la possibilità di auto-attribuirsi, attraverso un'apposita previsione del programma di liquidazione⁴³¹, la facoltà di *surrogarsi all'assemblea dei*

privazione del debitore della facoltà di prendere al riguardo decisioni efficaci nella procedura, a causa degli effetti dello spossessamento» (cfr. F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 176 ss. e 181 per il virgolettato).

⁴²⁹ La categoria degli atti e delle operazioni «riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società» parrebbe assumere, nell'architettura della norma in commento, la valenza di fattispecie *generale* (ancorché indeterminata), da declinarsi allora diversamente, all'interno dei due commi della medesima disposizione, a seconda dell'*organo competente* secondo le norme societarie ad adottare la deliberazione o la decisione di volta in volta riguardata (per una proposta ricostruttiva analoga cfr. FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 244, nonché, più chiaramente, DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, Milano, 2020, 440 e nt. 119, che non a caso ravvisa nelle operazioni di cui al secondo comma dell'art. 264 del Codice «un sottoinsieme del più ampio potere “riorganizzativo” del curatore»). In altri termini, appare fondato ritenere che l'intero art. 264 del Codice della crisi si riferisca *alla medesima categoria di atti e operazioni* (riguardanti appunto l'organizzazione e la struttura finanziaria della società debitrice), riposando quindi la distinzione tra i due commi soltanto sul fatto che quelli di cui al *secondo* rientrano senza dubbio nella competenza dell'assemblea dei soci e quelli di cui al *primo*, invece, in quella dell'organo gestorio (senza che, quindi, la disposizione in commento possa essere considerata «sovrabbondante dal punto di vista sostanziale», dal momento che «la legittimazione del curatore è ribadita in due commi: formalmente cambia il soggetto, ma non la sostanza giacché il programma di liquidazione è pur sempre predisposto da lui», come ritenuto invece da SPIOTTA, *Chiusura (anche “finta” e per concordato) della liquidazione giudiziale*, in *Giur. it.*, 2019, 2009); e ciò anche a dispetto della rubrica dell'art. 264 del Codice, che allude alla sola «attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea» (per tale soluzione cfr. altresì FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 246 e 253, nonché DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 439 s.). Ciò premesso, non resta che precisare come tale criterio di differenziazione non possa che essere interpretato tenendo conto non già dell'*astratta* ripartizione delle competenze deliberative, per come individuata dalle regole legali proprie del tipo societario riguardato, bensì del loro assetto *in concreto*, per come di volta in volta plasmato dall'esercizio dell'autonomia statutaria entro i limiti in cui la disciplina del tipo consenta il trasferimento di poteri deliberativi da un organo all'altro. E così, rientrerà nel primo comma dell'art. 264 del Codice della crisi l'aumento di capitale e l'emissione di un prestito obbligazionario convertibile delegati dall'assemblea all'organo amministrativo ai sensi degli artt. 2420-ter e 2443 c.c. (in tal senso cfr. altresì FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 244), mentre dovrà essere adottata ai sensi del secondo comma della medesima norma la decisione di emissione di un prestito obbligazionario semplice, nel caso in cui l'assemblea dei soci si sia statutariamente riappropriata della relativa competenza ai sensi del primo comma dell'art. 2410 c.c.

⁴³⁰ L'ellittico tenore letterale del primo comma dell'art. 264 del Codice della crisi induce a ritenere con sufficiente certezza – soprattutto se comparato con quello del secondo comma della medesima disposizione (per il cui raffronto cfr. la nota seguente) – che gli atti e le operazioni di competenza dell'*organo amministrativo* possano essere *direttamente e autonomamente* compiuti dal curatore alla sola condizione che essi siano inclusi nel programma di liquidazione (e, in più, che in fase esecutiva sia offerta «adeguata e tempestiva informazione ai soci ed ai creditori della società»): non risultando necessaria alcuna previsione del documento programmatico che prospetti anticipatamente la possibilità dell'intervento sostitutivo da parte degli organi della procedura (in tal senso cfr. altresì FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 244).

⁴³¹ Ragioni di coerenza logica e di corretta interpretazione della struttura *bipartita* della disposizione in commento inducono a ritenere che, se per gli atti e le operazioni di cui al *primo* comma dell'art. 264 del Codice della crisi (di competenza, cioè, dell'*organo gestorio*) la loro inclusione all'interno del programma di liquidazione costituisca condizione *necessaria* e allo stesso tempo *sufficiente* per la traslazione in capo al curatore di darvi *autonoma* esecuzione (come parrebbe desumersi dal tenore letterale della norma, nella misura in cui prevede che «il curatore *può compiere* gli atti e le operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società *previsti* nel programma di liquidazione»), altrettanto non possa dirsi per

soci, esercitandone i poteri indipendentemente finanche dalla sua convocazione e dall'esercizio del diritto di voto, in luogo dei soci, all'interno della medesima⁴³².

La norma sottende all'evidenza un modello di interferenza tra gli effetti sostanziali delle procedure liquidatorie e l'organizzazione sociale *ben più incisivo* rispetto a quello sotteso, in materia di concordato preventivo, all'art. 185 l.fall. (corrispondente all'attuale art. 118 del Codice)⁴³³. Se in quest'ultima norma, infatti, è possibile intravedere il presupposto per una mera *modificazione qualitativa* delle regole ordinarie che presiedono ai procedimenti deliberativi societari⁴³⁴, con l'effetto tuttavia di un *sostanziale svuotamento* della relativa funzione e del valore stesso che l'esercizio del diritto di voto esprime al loro interno⁴³⁵, la novità introdotta dalla riforma si spinge al contrario sino a

le operazioni, analoghe sotto il profilo del contenuto, ma rientranti nella sfera di competenza *assembleare*. Il secondo comma dell'art. 264 del Codice prevede, infatti, che, ferma restando l'inclusione dell'operazione stessa all'interno del programma di liquidazione approvato, quest'ultimo debba prevedere «l'*attribuzione al curatore*, per determinati atti od operazioni, dei poteri dell'assemblea dei soci»: lasciando così ad intendere che la sola programmazione di un'operazione di competenza assembleare sia condizione necessaria ma *non sufficiente* ai fini del radicamento del potere surrogatorio del curatore, dovendo cioè essere accompagnata da un'espressa previsione del programma di liquidazione che abiliti il curatore ad esercitare, con riguardo all'operazione programmata, i poteri dell'assemblea dei soci.

⁴³² Non v'è dubbio, sotto altra prospettiva, che la norma in commento possa essere letta – oltre che come indice del definitivo superamento del principio di neutralità organizzativa delle procedure concorsuali (così FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 251 s., nonché VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, cit., 879 e nt. 71, il quale, pur nel quadro di una convinta difesa di quel principio, nondimeno ammette come l'art. 264 del Codice della crisi vi introduca uno ««strappo» [...] netto») – quale espressione di una «tendenza, rinvenibile in altre parti del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, che vede un accentramento di poteri e competenze a favore del curatore nell'ambito della liquidazione giudiziale», nel contesto di un complessivo «spostamento del baricentro delle competenze nell'esecuzione del programma di liquidazione»: e ciò sullo sfondo dell'esigenza di «affidare un ruolo centrale alla riorganizzazione societaria degli *assets* della società in liquidazione giudiziale» e conseguentemente, di «prevedere una figura (in questo caso il curatore) dotata di poteri idonei a garantire l'esecuzione del programma di liquidazione anche in sostituzione degli organi societari preposti» (i virgolettati in USAI, *Le operazioni sul capitale della società nel Codice della crisi*, in *www.ilcaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 15 aprile 2019, 12 ss.).

⁴³³ Sul significato e sulla portata dell'art. 185 l.fall. cfr. i contributi citati *supra*, nt. 360.

⁴³⁴ La tassonomia adoperata nel testo è mutuata da PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 114 ss.

⁴³⁵ Che un eventuale episodio assembleare collocato nella fase esecutiva di un piano di concordato omologato che preveda operazioni societarie di riorganizzazione si riduca a mero *simulacro*, per effetto di una *Reduzierung auf null* della discrezionalità che normalmente connota l'esercizio del diritto di voto da parte del socio (in questi termini cfr. in particolare PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 117), è un dato ormai acquisito (sul punto cfr., per tutti, FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 2019, 244; DELLA TOMMASINA, *Informazione preassembleare e tutela dell'investimento*, Milano, 2018, 40 e 102), tant'è vero che è proprio valorizzando tale svuotamento di «valore» assembleare della deliberazione adottata dall'amministrazione giudiziaria che parte della dottrina ha proposto – con particolare riguardo al caso, apparentemente non normato anche dal nuovo art. 118 del Codice della crisi – soluzioni alternative rispetto alla mera surrogazione del diritto di voto: cfr. in particolare FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 245 ss. e, prima della riforma del 2015, ID., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, spec. 762 ss. Dopo l'introduzione della disciplina delle proposte concorrenti di concordato preventivo, una «*rilettura della regola di competenza stabilita dall'art. 152, comma 2, lett. b, l. fall.*», tale da attribuire all'organo amministrativo non solo il potere determinare il contenuto della proposta, ma anche quello di decidere in autonomia il compimento di tutti gli atti organizzativi attuativi del piano omologato, a prescindere dalla

“dirottare” i poteri dell’assemblea *all’esterno dell’organizzazione sociale*, traslandoli direttamente in capo agli organi della procedura⁴³⁶: con il risultato allora, fino ad oggi inedito nel diritto concorsuale italiano, per il quale l’inclusione di un’operazione di competenza assembleare nel programma di liquidazione approvato dai creditori vale a tagliar fuori d’un sol colpo – e in maniera radicale – il diritto dei soci di interloquire sulle modalità di gestione dell’investimento residuo, sia pure in funzione delle assorbenti priorità concorsuali⁴³⁷.

volontà dei soci eventualmente competenti in base delle regole ordinarie» era stata convincentemente suggerita da PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 126 ss. (e 128 per il virgolettato).

⁴³⁶ Non appare allora condivisibile la ricostruzione degli effetti corporativi dell’art. 264 del Codice della crisi operata da FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 252 ss., ad avviso del quale il programma di liquidazione può sì attribuire al curatore competenze relative all’organizzazione e alla struttura finanziaria della società debitrice, ma «qualora si tratti di atti e operazioni che rientrano nella competenza dell’assemblea dei soci [...], occorre avvalersi del procedimento assembleare [...], entro il quale è possibile contemplare un intervento del curatore per consentire l’adozione della relativa deliberazione». Non può sottacersi, in verità, come tale interpretazione parrebbe supportata da un dato testuale, e segnatamente dal riferimento, di cui al secondo comma dell’art. 264 del Codice, alle «deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell’atto costitutivo» (ovvero, dopo il decreto correttivo, alle «decisioni» non conformi dei soci). Ciò non toglie, tuttavia, che tale indice non possa essere valorizzato nel senso appena descritto (qualifica non a caso l’utilizzo del termine “deliberazione” come il «frutto di una svista del legislatore» DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 439 e nt. 118), e ciò *non soltanto* in quanto la norma non lo accompagna alla contemporanea previsione di diritti di convocazione dell’assemblea e di voto dei soci, canalizzando al contempo l’impugnazione di eventuali decisioni illegittime entro lo strumento del reclamo avverso gli atti *del curatore* (per tale rilievo cfr. D’ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1261 s.), *ma altresì* in ragione del fatto che l’art. 264 del Codice allude alla possibile attribuzione al curatore non già del *diritto di voto* spettante ai soci, bensì – molto chiaramente – dei «poteri dell’assemblea dei soci».

⁴³⁷ Il punto è stato colto da NIGRO, *La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d’insieme*, in *Il diritto degli affari*, 5 dicembre 2018, 27 e da D’ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1261. Quanto sostenuto nel testo sembrerebbe del resto confermato dal diverso tenore letterale della norma in commento rispetto a quanto previsto dall’art. 185, comma 6, l.fall. e 118, comma 6, del Codice della crisi, che – con riguardo all’attuazione coattiva di una proposta di concordato riorganizzativa – prevede l’attribuzione all’amministratore giudiziario nominato dal tribunale del potere di «convocazione dell’assemblea avente ad oggetto tali deliberazioni e [del]l’esercizio del diritto di voto nelle stesse per le azioni o quote facenti capo al socio o ai soci di maggioranza». Con particolare riguardo a tale ultimo profilo, è appena il caso di segnalare – incidentalmente – come la norma in commento, oltre ad essere foriera di criticità di non poco momento in presenza di partecipazioni paritarie (come sottolineato da VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, cit., 880), risulta a ben vedere censurabile sotto un altro e più rilevante profilo. Il riferimento alle partecipazioni di maggioranza e di minoranza, infatti, non tiene conto del fatto che, nel contesto di una soluzione concordataria potenzialmente espropriativa di valori in favore di soggetti esterni alla compagine sociale (siano essi proponenti il concordato o sottoscrittori dell’aumento di capitale “riservato”), la dialettica interna tra soci sfuma per cedere il passo ad un conflitto *soggettivamente e qualitativamente* diverso (come messo in luce già da DELLA TOMMASINA, *Informazione preassembleare e tutela dell’investimento*, cit., 41, ove il rilievo per cui «all’interno di un concordato preventivo, l’isolamento non è più la condizione tipica della sola minoranza esterna al controllo»). Esso, infatti, trascende la compagine sociale, polarizzandosi intorno – da un lato – agli interessi proprietari di *tutti i soci attuali* e – dall’altro – alle aspettative di coloro che sopportano il rischio del successo dell’intervento di ristrutturazione (i creditori) o che intendono assumere il rischio dell’iniziativa imprenditoriale una volta risanata (i terzi investitori) (ma sul punto cfr. anche le ulteriori perplessità manifestate da FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 243 s.). Se così è, non appare allora azzardato ipotizzare che il riferimento all’esercizio del diritto di voto spettante ai soli soci di maggioranza non debba – come pure è stato sostenuto in dottrina (cfr. ancora VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità*

Ebbene, accantonando per un momento le problematiche di tutela che tale novità inevitabilmente dischiude, a questo stadio dell'indagine è necessario chiedersi se l'art. 264 del Codice della crisi possa trovare piena applicazione anche nella liquidazione giudiziale di gruppo: quale supporto – s'intende – per l'attuazione di interventi di *ricapitalizzazione*, se non addirittura di *riorganizzazione* strutturale e corporativa, delle imprese insolventi del gruppo.

Rispondere all'interrogativo appena evocato richiede tuttavia – oltre ad un'analisi preliminare della norma in commento che ne chiarisca *già nel contesto di partenza* il possibile contenuto applicativo – di sgombrare il campo da alcune considerazioni preliminari, che potrebbero apparire d'ostacolo al pieno dispiegamento, innanzitutto, nonché ad una completa importazione nel contesto qui riguardato delle potenzialità sottese all'art. 264 del Codice della crisi.

In particolare, è noto innanzitutto come il Codice della crisi abbia – limitatamente alle imprese collettive esercitate nelle forme delle società di capitali – reintrodotta l'apertura di una procedura concorsuale a carattere liquidatorio all'interno del catalogo delle cause di scioglimento del rapporto sociale⁴³⁸. Il che, anche a non voler indugiare

organizzativa alla residual owner doctrine?, cit., 880, ma la soluzione è condivisa anche da FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 244) – essere interpretato come espressione di «una sorta di principio di proporzionalità» che deve improntare l'intervento dell'amministratore giudiziario: tale allora da legittimare quest'ultimo ad esercitare i soli voti necessari e *sufficienti* a condensare la maggioranza necessaria per l'adozione della delibera programmata e, nel contempo, da consentire agli altri soci di votare liberamente ed anche in direzione contraria rispetto alla proposta di delibera. Al contrario, appare preferibile ritenere che tale riferimento debba essere del tutto *bypassato*, elidendo cioè la distinzione tra soci di maggioranza e di minoranza ed attribuendo all'amministratore giudiziario la *disponibilità dei voti connessi a tutte le partecipazioni al capitale*. Tale soluzione, del resto, oltre a risultare coerente con la portata *intersoggettiva*, e non meramente *interorganica* ed endosocietaria, del conflitto sotteso all'esecuzione di una proposta di concordato riorganizzativa, consente a ben vedere di risolvere un'ulteriore criticità che discenderebbe dalla selezione da parte dell'amministratore giudiziario dei voti da esercitare in assemblea sulla base del mero criterio numerico. S'intende cioè mettere in evidenza come, a voler accogliere l'idea per cui nella disponibilità dell'amministratore giudiziario debba essere traslata la sola maggioranza delle preferenze, si rischierebbe di introdurre ingiustificate disparità di trattamento in ordine al possibile esperimento da parte dei soci di rimedi successivi e reattivi, quali l'impugnazione della delibera assembleare eventualmente invalida e, laddove consentito dalle regole proprie del tipo, l'esercizio del diritto di recesso (rimedi la cui perdurante vigenza nel contesto dell'esecuzione del concordato è segnalata da FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 244; sui problemi dischiusi dall'esercizio in sede concorsuale del diritto di recesso cfr. *infra*, nt. 506). Si perverrebbe, cioè, alla conclusione per cui la legittimazione ad impugnare o a recedere dalla società risulterebbe selezionata sulla base della scelta compiuta dagli organi della procedura in ordine all'individuazione delle azioni o quote il cui voto sarà esercitato dall'amministratore giudiziario: scelta verosimilmente discrezionale, in quanto allo stato non è dato ravvisare criteri selettivi ulteriori rispetto al sintetico riferimento al socio o ai soci di maggioranza. Ebbene, a tali criticità potrebbe forse porsi rimedio bypassando – per l'appunto – la distinzione tra soci di maggioranza e di minoranza e svincolando, allo stesso tempo, la legittimazione ad impugnare o, eventualmente, a recedere dal presupposto del non aver concorso all'approvazione della delibera programmata nel piano: ciò tenendo conto del fatto che, in presenza di una proposta di concordato riorganizzativa (tanto concorrente, quanto autonoma), *tutti i soci attuali* – e non già la sola minoranza – possono dirsi *sostanzialmente* non consenzienti rispetto all'operazione programmata.

⁴³⁸ Non è possibile dar conto in questa sede dei contributi dottrinali che, all'esito della riforma del 2003, avevano salutato con favore l'espunzione del fallimento dal catalogo delle cause di scioglimento delle società di capitali; più utile è invece segnalare come quella scelta avesse definitivamente codificato l'idea per la quale la dichiarazione di insolvenza fosse «considerata dalla legge alla stregua di un "accidente" che non influisce sulla società in sé e che non impedisce definitivamente la realizzazione del

sulle ragioni della scelta e sulla sua quantomeno dubbia compatibilità con le linee portanti del sistema riformato (nonché *con la stessa ampiezza dei poteri corporativi riconosciuti al curatore ai sensi dell'art. 264 del Codice della crisi*)⁴³⁹, è un dato di sicuro impatto sulle riflessioni che ci si accinge a svolgere, non foss'altro in ragione del fatto che l'ingresso dell'impresa insolvente nello stato di liquidazione indurrebbe a riflettere sulla permanenza dei poteri degli organi sociali, sotto le lenti del vaglio di compatibilità richiesto dall'art. 2488 c.c.⁴⁴⁰.

Ciò nondimeno, non appare azzardato ritenere che la novità in esame sia destinata ad assumere un peso relativamente marginale nell'economia non soltanto della presente indagine, ma anche della generale riflessione in tema di effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale sull'organizzazione sociale.

S'intende cioè mettere in evidenza come la reintroduzione della liquidazione concorsuale tra le cause di scioglimento delle società di capitali si sia accompagnata – non è dato intendere con quale grado di consapevolezza – all'introduzione di regole concorsuali, relative alla *chiusura* della procedura di liquidazione giudiziale, che parrebbero smentire l'idea per cui l'*apertura* del concorso assuma una valenza *direttamente ed immediatamente* dissolutiva dell'organizzazione corporativa⁴⁴¹:

programma imprenditoriale corrispondente all'oggetto sociale; di modo che l'organizzazione rimane integra, sul piano dei rapporti interni ed esterni, se pure con i limiti funzionali imposti dallo "spossamento" e dalla "cristallizzazione" del patrimonio sociale (art. 42 ss. l. fall.), destinato allo scopo prioritario del soddisfacimento dei creditori e assoggettato virtualmente alla liquidazione concorsuale» (in questi termini, molto efficacemente, GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 42).

⁴³⁹ Dubbi in questo senso sono stati avanzati da RIOLFO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"*, in *Contr. e impr.*, 2019, 419 ss. e da D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1259, che qualifica la scelta come «inopportuna» anche perché «distonica rispetto alla nuova (almeno apparente) valorizzazione della continuazione dell'attività d'impresa anche durante la procedura di liquidazione giudiziale (vedi, ad esempio, l'art. 211 CCII) ed alla configurazione anche riorganizzativa che la liquidazione giudiziale ha assunto». Critica è anche la posizione di NIGRO, *La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d'insieme*, cit., 24 s., nonché quella di FERRI jr., *Impresa e società nella disciplina della liquidazione giudiziale: considerazioni in margine al progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, 1281 ss., il quale in particolare, nel commentare una delle prime bozze del decreto attuativo, conclude nel senso che la novità «impone una serie di adempimenti operativi, a partire dalla nomina dei liquidatori, e solleva una serie di problemi teorici [...] che, lungi dal semplificare la situazione, finiscono per complicarla: e per farlo, può aggiungersi, senza una qualche effettiva ragione». Pendente la fase di elaborazione dei decreti delegati, l'indicazione della legge delega in materia di scioglimento era stata criticata anche da BUSSOLETTI, *Il fallimento della società: lo scioglimento e le responsabilità, fra diritto vigente e progetto di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 587 ss., il quale, in particolare, aveva fatto leva proprio su un eventuale esercizio provvisorio dell'impresa societaria insolvente, nel quale, infatti, ben sarebbe possibile che la stessa viva «in uno stato di "non liquidazione"», o, addirittura, che si verifichi «un fenomeno di "ricapitalizzazione sostanziale" immediata», che conduca alla chiusura della procedura per mancanza di domande di ammissione al passivo.

⁴⁴⁰ L'inconveniente è segnalato da FERRI jr., *Impresa e società nella disciplina della liquidazione giudiziale: considerazioni in margine al progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 1282. Per i termini del relativo dibattito cfr., prima della riforma del diritto societario del 2003, MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, cit., 61 ss.

⁴⁴¹ L'esistenza di una contraddizione tra «l'idea di una valenza *ex se* dissolutiva della dichiarazione di liquidazione giudiziale» e altre disposizioni concorsuali, delle quali si darà conto nel testo, è ravvisata da NIGRO, *La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d'insieme*, cit., 24, nonché ID., *Il*

confermando, al contrario, la tesi – già sostenuta prima della riforma del diritto concorsuale – secondo la quale il fallimento (oggi, la liquidazione giudiziale) costituisce una causa di scioglimento *sui generis* o, meglio, una fattispecie *complessa e a formazione progressiva*, nella quale l’attualizzazione dell’effetto dissolutivo non coincide immediatamente con la sola apertura della procedura, ma è da rinviarsi al momento – successivo e meramente eventuale – della chiusura “*non satisfattiva*” della stessa e, oltretutto, da subordinarsi all’assenza della volontà dei soci di “rivitalizzare” l’organismo produttivo attraverso un nuovo investimento⁴⁴².

A deporre in tal senso, infatti, parrebbe militare il tenore letterale dell’art. 233 del Codice della crisi, a mente del quale, nelle ipotesi in cui la procedura si chiuda in ragione della mancanza di domande di insinuazione al passivo o dell’integrale soddisfazione dei debiti della massa e dei crediti concorsuali⁴⁴³, il curatore è tenuto a convocare «l’assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa

“*diritto societario della crisi*”: nuovi orizzonti, cit., 1219; ravvisa il contrasto altresì SPIOTTA, *Chiusura (anche “finta” e per concordato) della liquidazione giudiziale*, cit., 2009. Ciò nondimeno, l’idea per la quale lo scioglimento coincida – in aderenza con il tenore letterale del nuovo n. 7-bis dell’art. 2484 c.c. – con la sola apertura della procedura parrebbe essere stata accettata abbastanza pacificamente nei primi commenti alla riforma: cfr. ad esempio BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 305.

⁴⁴² Si allude ovviamente alla tesi di NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 294 ss., il quale, muovendo da considerazioni di ordine sia testuale (l’inclusione del fallimento in un separato comma del vecchio art. 2448 c.c.) sia assiologico [e cioè, l’«evidente proporzione fra l’effetto (immediata dissoluzione della società) e la causa (la dichiarazione di fallimento, la quale apre una procedura sì potenzialmente liquidativa, ma suscettibile di chiudersi, in concreto, senza liquidazione alcuna del patrimonio sociale)], perviene alla conclusione – per vero già in parte sostenuta da PORZIO, *L’estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959, 78 ss. – secondo la quale «il fallimento concreti in realtà una fattispecie complessa di causa di scioglimento», alla quale corrisponde immediatamente soltanto «una sorta di “blocco”, temporaneo, alla possibilità di realizzare l’oggetto sociale attraverso il patrimonio temporaneamente sottratto alla disponibilità della società»; e rispetto alla quale, allora, «lo scioglimento si determina solo se, chiusasi la procedura, non venga ristabilita (per impossibilità oggettiva o per inerzia di amministratori e/o soci) la piena operatività della società». La tesi, in realtà, non è andata esente da critiche, per le quali cfr. in particolare NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, cit., 388 ss. e PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli, 1999, 24 ss.

⁴⁴³ Quanto, invece, alle ipotesi di chiusura “non satisfattiva” della procedura, è tuttora replicata la regola di cui all’attuale art. 118 l.fall., a mente della quale il curatore è tenuto a chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese. A questo riguardo, merita in realtà segnalare come anche di tale disposizione appaia imprescindibile fornire un’interpretazione in senso correttivo e *riduttivo*: e in particolare – come è stato efficacemente scritto – «nel senso, precisamente, che al curatore è sì attribuito l’onere di procedere alla cancellazione della società, ma *solo* quando in concreto della cancellazione sussistano i presupposti [...] in sostanza, quando ormai della società residui un “guscio vuoto”» (in questi termini cfr. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. I, cit., 190, ma sul punto cfr. altresì PORZIO, *La cancellazione, in Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. IV, cit., 87 e FERRARO, *Gli interessi dei soci nel fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 128 s.) e, in particolare, qualora sia possibile escludere la presenza di un «patrimonio personale» della società, sottratto all’esecuzione concorsuale e da ripartire – allora nelle forme della liquidazione ordinaria – tra i soci (in tal senso cfr., in luogo di molti, BUSSOLETTI, *Lo scioglimento e l’estinzione della società fra apertura, chiusura e riapertura del fallimento*, in *RDS*, 2009, I, 458): un patrimonio che, nel contesto dell’esecuzione fallimentare, la dottrina ha definito «secondo patrimonio» (così BASSI, *Il “secondo” patrimonio del debitore nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, vol. III, cit., 1285 ss.)

dell'attività o della sua cessazione»⁴⁴⁴, nonché – con regola assolutamente inedita e di non chiara interpretazione – «per la trattazione di argomenti sollecitati, con richiesta scritta, da un numero di soci che rappresenti il venti per cento del capitale sociale»⁴⁴⁵.

Invero, non è arduo avvedersi di come l'intervento dell'assemblea *ordinaria* dei soci, cui peraltro è attribuito il potere di deliberare (oltre che sulla «cessazione», anche) in ordine alla «ripresa» dell'attività, appare *incompatibile con un precedente ingresso della società in stato di liquidazione*, e ciò in quanto, a voler ragionare diversamente, ben altre – e ben diverse – sarebbero le deliberazioni che l'assemblea dovrebbe adottare al fine di consentire la ripresa *in integro statu* dell'attività sociale: prima fra tutte, la *revoca dello stato di liquidazione*⁴⁴⁶. Il mancato riferimento a tale provvedimento preliminare parrebbe allora costituire – ma il condizionale è d'obbligo – un indice della volontà di *differire* qualunque decisione da parte della collettività dei soci in ordine al possibile scioglimento del vincolo associativo *alle fasi conclusive della procedura*; rispetto alle quali, peraltro, la convocazione dell'assemblea *in sede ordinaria* potrebbe essere letta – a prescindere dalla consapevolezza del legislatore – quale momento di *interlocuzione preventiva ed informale* con la collettività dei soci in ordine alle successive iniziative da intraprendere in funzione dell'eventuale ripristino della normale operatività della società⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Perplessità circa il tenore letterale della norma – con particolare riguardo al riferimento alla convocazione dell'assemblea *ordinaria* dei soci – sono state avanzate da GUERRIERI, *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 858 e nt. 197, il quale rileva come sia «dubbio [...] che quest'ultima possa deliberare sugli ulteriori argomenti sottoposti loro dai soci rappresentanti il venti per cento del capitale sociale, anche qualora si tratti di materie che – come nell'ipotesi di modifiche statutarie – sono espressamente attribuite dalla legge alla competenza dell'assemblea straordinaria».

⁴⁴⁵ Il secondo comma dell'art. 233 del Codice della crisi riproduce pedissequamente la corrispondente previsione della legge delega, ivi compreso, da un lato, il riferimento all'assemblea *ordinaria* dei soci (per una cui possibile interpretazione cfr. *infra*, nel testo) e, dall'altro, l'anodina attribuzione ai soci che rappresentano almeno un quinto del capitale sociale del potere di sollecitare in tale occasione la trattazione di specifici argomenti: potere analogo a quanto previsto per le s.r.l. dall'art. 2479 c.c. Con riguardo a quest'ultimo, tuttavia, rimane francamente inspiegabile – almeno a chi scrive – quale possa essere il senso e il significativo, anche sul piano applicativo, della previsione di una simile forma di *provocatio* assembleare al termine della procedura di liquidazione giudiziale, e ciò tanto più se si considera che le due decisioni “naturalmente” adottabili in questa fase – vale a dire, la ripresa o la cessazione dell'attività – sono già state prese in considerazione, e conseguentemente tipizzate, dall'art. 233, comma 2, del Codice.

⁴⁴⁶ Deliberazione che, oltretutto, rientrerebbe nella competenza dell'assemblea dei soci convocata in sede straordinaria (così, in luogo di molti, NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione» delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. IV, cit., 47 s., nonché BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 1099). Il punto è stato colto anche da D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1259, il quale, dopo aver ravvisato nella norma in esame una contraddizione con l'apparente valenza immediatamente dissolutiva dell'apertura della liquidazione, riconosce non a caso come l'aporia possa essere in una certa misura “ricomposta” aderendo «alla tesi che ravvisa nell'apertura della procedura di liquidazione solo un blocco provvisorio alla possibilità di conseguire l'oggetto sociale, che viene automaticamente meno al momento della chiusura».

⁴⁴⁷ Se così è, non può allora condividersi quanto sostenuto in dottrina (cfr. DE SANTIS, *La chiusura della liquidazione giudiziale ed i giudizi pendenti*, in *Fall.*, 2019, 1236 s.) in ordine alle conseguenze della mancata deliberazione da parte dell'assemblea circa la continuazione dell'attività, che consisterebbero segnatamente nell'obbligo per il curatore di chiedere senza indugio la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese (sulla scorta di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 233 del Codice della crisi per le ipotesi di chiusura “non soddisfattiva” della procedura di liquidazione giudiziale). Al contrario, non appare

Tanto premesso, è possibile a questo punto interrogarsi – prim’ancora di valutare la proposta di importare l’art. 264 del Codice della crisi nelle procedure di gruppo – sul possibile contenuto di un programma di liquidazione di stampo “riorganizzativo”: dovendosi a tal fine ricostruire innanzitutto gli esatti contorni della categoria, di per sé indeterminata⁴⁴⁸, degli atti e delle operazioni «riguardanti l’organizzazione e la struttura finanziaria della società» insolvente.

Ebbene, al riguardo non può che muoversi dal presupposto per cui, nei primi commenti alla riforma, la questione è stata risolta adottando un approccio di tipo marcatamente *casistico*, che si è tradotto nell’elencazione di atti, o di categorie di atti, che possano rientrare nella categoria delle modificazioni della struttura organizzativa e finanziaria della società debitrice⁴⁴⁹. A tale modo di interpretare la disposizione in commento appare tuttavia preferibile anteporre una ricostruzione di tipo *funzionale*, che intersechi l’astratta definizione della nozione qui riguardata con l’inserimento dell’operazione *all’interno del programma di liquidazione* e, conseguentemente, con la sua strumentalità rispetto alle finalità della conversione in denaro dell’attivo concorsuale⁴⁵⁰.

In quest’ottica, premesso che “organizzazione” e “struttura finanziaria” della società rappresentano espressioni riassuntive di una certa disciplina, legale e statutaria, dell’assetto strutturale dell’impresa collettiva (sotto il duplice profilo del tipo sociale adottato e delle regole di funzionamento dell’ente e dei suoi organi) e delle modalità di reperimento della relativa provvista finanziaria (in termini tanto di investimento, quanto di finanziamento)⁴⁵¹, si tratta a questo punto di selezionare – all’interno dell’ampia

revocabile in dubbio che, a maggior ragione nei casi in cui la procedura si chiuda con l’integrale soddisfazione dei creditori, la cancellazione “ufficiosa” ed automatica della società dal registro delle imprese rischia di rivelarsi una conseguenza inadeguata *per difetto* rispetto alla condizione patrimoniale della società, e ciò ogni qualvolta la presenza di un residuo attivo da ripartire tra i soci renda necessario un supplemento di liquidazione (ordinaria) del patrimonio sociale.

⁴⁴⁸ L’ampiezza e l’indeterminatezza dei poteri riconosciuti al curatore dall’art. 264 del Codice della crisi è ravvisata da FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 250 s., nonché da DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 434 s. Nella medesima prospettiva, muove dalle incertezze che connotano la disposizione in commento nell’ottica, più radicale, di «dubitare della reale portata innovativa di tale articolo» DE ACUTIS, *Il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d. legisl. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Studium iuris*, 2019, 850 s.

⁴⁴⁹ La preferenza per un approccio casistico all’interpretazione della norma in commento è ben evidente nei contributi, che pure giungono a conclusioni condivisibili, di D’ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., spec. 1260 s.; di USAI, *Le operazioni sul capitale della società nel Codice della crisi*, cit., spec. 13 e di FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., spec. 242 ss.

⁴⁵⁰ Un approccio analogo a quello suggerito nel testo parrebbe invece essere stato sviluppato – seppur in maniera embrionale, considerato il diverso obiettivo della ricerca – da DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 435 s. e nt. 112, il quale muove proprio dall’inquadramento del potere riorganizzativo del curatore nel contesto del programma di liquidazione al fine di «riconfermare la funzione alla soddisfazione dei creditori e, segnatamente, alle ipotesi in cui si prevede che essa avvenga con modalità diverse dalla liquidazione dei singoli beni».

⁴⁵¹ Si mutua al riguardo la classificazione operata da GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 24, i quali, scorrendo del possibile contenuto – per l’appunto – “riorganizzativo” dei concordati giudiziali, vi intravedono «lo strumento idoneo a programmare e realizzare i processi di ristrutturazione più penetranti, che concernono al tempo stesso: (i) l’investimento

congerie degli atti *astrattamente* idonei ad incidere su tali profili della fattispecie societaria – quali operazioni possano *concretamente* trovare accoglimento all'interno del programma di liquidazione: un documento, quest'ultimo, il cui possibile contenuto, pur non essendo tipicamente e tassativamente individuato⁴⁵², risulta nondimeno polarizzato intorno ad alcune categorie di atti, corrispondenti ad altrettante sezioni del documento ed enucleate in funzione degli *specifici obiettivi*, strumentali e finali, della liquidazione concorsuale dell'attivo.

La conclusione che deriva dall'utilizzo di tale *doppio* criterio di selezione è allora la seguente: *da un lato*, rimane senza dubbio al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 264 del Codice della crisi il potere di gestione del *patrimonio* dell'impresa debitrice, che già compete al curatore in via *autonoma* ai sensi dell'art. 128 del Codice; *dall'altro*, atti e operazioni di modifica della *struttura* finanziaria e organizzativa della società debitrice in tanto potranno essere oggetto di inclusione tra i poteri “*derivati*” del curatore (a prescindere dall'organo competente ai sensi della disciplina societaria legale o statutaria)⁴⁵³, in quanto risultino propedeutici o, comunque, strumentali alla «conservazione del valore dell'impresa»⁴⁵⁴, verosimilmente in combinazione con la

(assetto proprietario, capitale di rischio e partecipazioni sociali); (ii) il *patrimonio* (elementi dell'attivo e del passivo, diritti in contenzioso, valori immateriali); (iii) il *finanziamento* (capitale di credito e ristrutturazione dei debiti); (iv) l'*organizzazione* (tipo, regole di funzionamento, soggetto collettivo); (v) l'*impresa* (caratteri dell'attività, composizione dell'azienda, contratti pendenti)».

⁴⁵² Com'era pacifico prima della riforma di cui al Codice della crisi, allorché si riteneva che l'art. 104-ter l.fall. individuasse soltanto il contenuto *minimo* del programma di liquidazione, oltretutto attraverso un'elencazione da ritenersi meramente *esemplificativa* e non tassativa (cfr. in tal senso PACIELLO, sub *Articolo 104-ter. Programma di liquidazione*, cit., 952 s.; PANZANI, *Programma di liquidazione*, cit., 1151; FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 266 s.; SPIOTTA, *Il nuovo programma di liquidazione e la sua attuazione. Il programma di liquidazione: tempi di redazione e di attuazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. III, cit., 326). Né pare che tale conclusione sia destinata a mutare alla luce del nuovo art. 211 del Codice della crisi, la cui formulazione infatti si segnala, *da un lato*, per la precisazione secondo la quale «il programma è suddiviso in sezioni in cui sono indicati separatamente criteri e modalità della liquidazione dei beni immobili, della liquidazione degli altri beni e della riscossione dei crediti» e, *dall'altro*, per un certo “rimiscolamento delle carte” nell'ordine in cui le singole categorie di operazioni sono elencate dalla norma: scelta, quest'ultima, che nei primi commenti alla riforma è stata – forse eccessivamente – valorizzata al fine di concludere che il nuovo ordine «rispecchia le priorità che il legislatore avverte» e conferma in particolare, con l'anteposizione della *derelizione* dei beni ad ogni altra iniziativa, «l'importanza statistica del fenomeno» (in questi termini cfr. PALUCHOWSKI, *La liquidazione dell'attivo nella liquidazione giudiziale*, cit., 1220 s.). In realtà, senza indulgere in ulteriori considerazioni circa un'ipotetica *mens legis* sottostante alla novella in esame, ciò che appare opportuno valorizzare del nuovo art. 213 del Codice è la più ampia formulazione di talune categorie di operazioni, le quali non sono individuate in maniera analitica (come nel vecchio art. 104-ter l.fall.), bensì attraverso il ricorso a clausole generali, ontologicamente aperte anche all'inclusione di atti e iniziative non tipizzate: com'è a dirsi – non a caso – proprio con riguardo agli «atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, quali l'esercizio dell'impresa del debitore e l'affitto di azienda».

⁴⁵³ Discorre di un potere corporativo del curatore che «non è intrinseco e connaturale al suo ruolo, bensì è in buona misura derivato, passando attraverso la preventiva programmazione e il coinvolgimento di tutti gli organi della procedura concorsuale» FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 246.

⁴⁵⁴ In questa prospettiva, potrebbe – anzi – addirittura ipotizzarsi che il riferimento, di cui all'art. 213 del Codice della crisi, alla categoria generale degli «atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa» (in luogo del più puntuale tenore letterale dell'art. 104-ter l.fall.) trovi una propria giustificazione *non soltanto* alla luce della già segnalata importazione in sede concorsuale della disciplina della prosecuzione dell'attività in pendenza della liquidazione *ordinaria* delle società di capitali (cfr. *supra*,

proposta di avviare o proseguire l'esercizio dell'impresa del debitore o l'affitto dell'azienda o di suoi rami, ovvero alla «cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco»⁴⁵⁵.

Ciò precisato, diviene allora agevole – recuperando su presupposti teorici più solidi un approccio di tipo casistico all'interpretazione della norma – ricomprendere all'interno dei poteri corporativi del curatore:

i) il reperimento della provvista finanziaria necessaria alla prosecuzione dell'attività attraverso operazioni che comportino il ricorso a canali di indebitamento “qualificati”, quali – su tutti – l'emissione di un prestito obbligazionario (semplice o convertibile) e di strumenti finanziari partecipativi⁴⁵⁶;

nt. 374), *ma altresì* dell'esigenza di accogliere all'interno del possibile contenuto del programma di liquidazione proprio quegli atti e quelle operazioni incidenti sulla struttura finanziaria e organizzativa della società insolvente che possono essere oggetto di traslazione all'interno delle prerogative del curatore ai sensi dell'art. 264 del Codice.

⁴⁵⁵ Non può quindi condividersi quanto sostenuto in dottrina (cfr. DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 436 e nt. 112) in ordine al fatto che il potere corporativo del curatore, che pure è da ritenersi con certezza potenzialmente funzionale alla cessione unitaria dell'azienda, «non pare invece rendersi utile al fine della conservazione del valore dell'impresa tramite la temporanea prosecuzione del suo esercizio, considerato che il curatore dispone del potere di amministrare direttamente il patrimonio del debitore (art. 128, co. 1, CCI), senza dover “passare” dall'esercizio dei poteri degli organi sociali». Ora, se da un lato è certo che, in taluni casi, l'esercizio dell'impresa della società debitrice ben potrebbe ridursi alla sola amministrazione del relativo patrimonio, non è men vero che la prosecuzione dell'attività potrebbe in concreto richiedere il ricorso a nuovi canali di finanziamento anche “partecipativo” (e non soltanto all'indebitamento bancario), così come un parziale riassetto della struttura organizzativa dell'impresa, attraverso lo scorporo di rami d'azienda o la scissione societaria: poteri tutti che ben potrebbero essere inclusi nel programma di liquidazione in quanto «atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa». Ciò posto, può condividersi invece l'ulteriore osservazione della medesima dottrina, secondo la quale «il potere riorganizzativo del curatore non sembra funzionale all'esecuzione dell'eventuale parte del programma di liquidazione avente per oggetto la “liquidazione dei beni immobili”, la “liquidazione degli altri beni”, la “riscossione dei crediti” o il “subentro nelle liti pendenti”» (così ancora DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 436 e nt. 112).

⁴⁵⁶ Il riferimento a tali operazioni è comune nei primi commenti alla norma: cfr. D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1261 e FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 244. Con particolare riguardo all'emissione di strumenti finanziari partecipativi, merita soltanto precisare come l'applicazione del primo ovvero del secondo comma dell'art. 264 del Codice della crisi – nell'interpretazione, qui proposta, che circoscrive il primo agli atti di competenza dell'organo amministrativo e il secondo a quelli di competenza assembleare – dipenda dalla soluzione che si ritiene di accogliere in relazione al problema, oltremodo dibattuto in dottrina, circa la competenza ad emettere tali titoli “ibridi” di partecipazione all'attività sociale. Al riguardo, infatti, la dottrina è divisa tra quanti individuano l'*assemblea* quale organo competente, salva poi mancanza di unanimità di vedute sulla *sede* in cui quest'ultima debba essere convocata (optano per l'assemblea straordinaria, con facoltà di delega all'organo amministrativo, GINEVRA, *Gli strumenti finanziari diversi da azioni e obbligazioni*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, vol. III, *Diritto delle società*, a cura di Cian, II ed., Torino, 2017, 388; CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, 28, benché limitatamente ai soli strumenti finanziari dotati di poteri corporativi; MIOLA, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 466 e nt. 82; NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili della disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 554; ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 340; LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell'emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 535; BARTOLACELLI, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a. Gli strumenti finanziari partecipativi*, Milano, 2012, 147 ss.; a favore della competenza dell'assemblea ordinaria cfr. invece GIANNELLI, *Sulla competenza a deliberare l'emissione di strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir.*

ii) il re-investimento o, meglio, la *riorganizzazione dell'investimento* nell'impresa insolvente, nelle forme dell'aumento di capitale a pagamento (con o senza esclusione del diritto di opzione)⁴⁵⁷;

comm., 2006, I, 168 e 180), e quanti invece riservano la relativa competenza all'*organo amministrativo*, salva diversa previsione statutaria (in tal senso cfr. ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, cit., 272 e nt. 7; SPADA, *Provvista di capitale e strumenti finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 621; FERRI jr., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 813; PISANI MASSAMORMILE, *Azioni e altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, 1276; DE ACUTIS, *Il finanziamento dell'impresa societaria: i principali tratti caratterizzanti e gli "altri strumenti finanziari partecipativi"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 363).

⁴⁵⁷ Valorizzano la funzione dell'aumento di capitale "riservato" come strumento di riorganizzazione dell'investimento FERRI jr.-GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. IV, cit., 235 ss., cui si allinea, in una prospettiva del tutto peculiare, DELLA TOMMASINA, *Informazione preassembleare e tutela dell'investimento*, cit., 156 s. L'ipotesi dell'inclusione dell'aumento di capitale nel possibile contenuto "riorganizzativo" del programma di liquidazione (che pure era stata in un primo momento esclusa da FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, cit., 244) è presa in considerazione da DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 439 ss. e da FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 326 s., il quale ricomprende entro l'ambito del potere corporativo del curatore di cui all'art. 264 del Codice della crisi anche l'esclusione del diritto d'opzione, pur con il doveroso rispetto delle cautele previste dall'art. 2441 c.c. A questo stesso riguardo, tutt'altra questione – rispetto alla quale, tuttavia, giovano in parte le considerazioni già svolte in dottrina con riguardo all'art. 163 l.fall. – è poi stabilire se la limitazione o l'esclusione del diritto d'opzione in presenza di un aumento di capitale endoconcorsuale debba ritenersi consentita, nelle *società azionarie*, soltanto al ricorrere di una delle fattispecie *sostanziali* delineate dall'art. 2441 c.c. (come ritenuto, con riguardo alle proposte concorrenti di concordato preventivo, da ANT. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *www.ilcaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 23 novembre 2015, 26 ss. e da VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella "nuova" disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, 894 s.; la medesima soluzione è poi condivisa, con riguardo all'aumento di capitale "riservato" programmato ed attuato dal curatore ai sensi dell'art. 264 del Codice della crisi, da FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 327) o se, al contrario, come pare preferibile, quella prevista dall'art. 163 l.fall. – e valevole, verosimilmente, anche per l'aumento di capitale ai sensi dell'art. 264 del Codice della crisi – costituisca una nuova ed *autonoma* fattispecie di limitazione o esclusione del diritto d'opzione (come, invece, ritenuto da D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, 1170, nonché da BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordatarie e capitale sociale*, cit., 274; BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs- o Duldungspflicht)?*, in *RDS*, 2017, 751 ss. e PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 121 s. e nt. 48). Con riguardo invece alle *società a responsabilità limitata*, questione contigua a quella appena esaminata è l'eventuale prevalenza della disciplina concorsuale – tanto nelle fattispecie concordatarie, quanto nella riorganizzazione coattiva ai sensi dell'art. 264 del Codice della crisi – su quelle disposizioni di diritto societario (gli artt. 2481-bis e 2482-ter c.c.) che subordinano la limitazione o l'esclusione del diritto di sottoscrizione alla previsione di un'apposita clausola statutaria cd. "di apertura" (in questi termini cfr. SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012, spec. 115 ss.), oltre che all'assenza di una preventiva deliberazione di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: norme che, peraltro, sono state talvolta interpretate in dottrina quale fondamento di una supposta «intangibilità della posizione del socio di s.r.l.» (così ALLECA, *L'intangibilità della posizione del socio di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, 1087 ss. e spec. 1102 ss.) o, ancora, quale espressione dell'esigenza di «riservare ai singoli soci in via preferenziale un vero e proprio "diritto" al reinvestimento nell'impresa anche nella (e anzi proprio a causa della) situazione di crisi dell'impresa» (in questi termini cfr. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 415 ss.). Orbene, appare al riguardo preferibile che la disciplina concorsuale prevalga ancora una volta su quella societaria, in ragione – nelle procedure di composizione negoziale della crisi – della portata trasversale delle norme concordatarie (cfr. in tal senso ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, 392 s.; BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs- o*

iii) la riorganizzazione (del patrimonio e) della struttura organizzativa dell'impresa, attraverso operazioni straordinarie di trasformazione⁴⁵⁸, fusione e scissione⁴⁵⁹, nonché

Duldungspflicht)?, cit., 765 ss.; nonché CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 58, Aumento di capitale nel concordato preventivo a seguito del d.l. n. 83/2015*), nonché – nella liquidazione giudiziale – dell'estensione generale del potere riorganizzativo spettante al curatore ai sensi dell'art. 264 del Codice della crisi (di contrario avviso è invece FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 327 s.).

⁴⁵⁸ Vero è che la trasformazione, in quanto mero mutamento della forma giuridica d'impresa, non comporta alcun effetto dispositivo sul *patrimonio* sociale, tant'è che, prima della recente riforma del diritto concorsuale, la dottrina che aveva approfondito la *corporate reorganization* in sede fallimentare aveva ritenuto di poter giungere a conclusioni “tranquillizzanti” in ordine alla compatibilità dell'operazione con la cristallizzazione del patrimonio fallimentare che la dichiarazione d'insolvenza comporta (in tal senso cfr. F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 187 ss., nonché CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 34. Concordato preventivo e trasformazione di società*). Altrettanto certo è, tuttavia, che oggi il potere riorganizzativo del curatore si spinge sino a ricomprendere operazioni che impattano sulla struttura *organizzativa* della società insolventi, ambito concettuale al quale la trasformazione senza dubbio si ascrive. Del resto, è condiviso in dottrina – ed è peraltro una delle ragioni che hanno supportato la modifica dell'art. 2499 c.c. e l'introduzione di un requisito di compatibilità con le finalità e lo stato della procedura concorsuale – che tale operazione possa in concreto agevolare lo svolgimento della procedura, dotando l'impresa insolvente «del modello organizzativo più adeguato per proseguire, in tutto o in parte, la sua attività» (così MOSCA, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione (artt. 2498-2506-quater c.c.)*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006, 32) e, in particolare, attraverso quegli effetti di ridimensionamento e semplificazione dell'organizzazione sociale e di conseguente risparmio di spese e di costi che discendono ad esempio dalla trasformazione di società per azioni in società a responsabilità limitata (vantaggi evidenziati da CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 7, tomo III, cit., 111; MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, cit., 88 s.; SANTOSUOSSO, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, in *Società di capitali. Commentario*, vol. III, cit., 1905, nonché da F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 188 s. e 191 s., ma sul punto cfr. altresì l'ulteriore esemplificazione fornita da CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 34. Concordato preventivo e trasformazione di società*). Contigua rispetto alla problematica appena esaminata è poi la possibilità di attribuire al curatore, attraverso un'apposita previsione del programma di liquidazione, il potere di deliberare in luogo dell'assemblea straordinarie modificazioni statutarie. Ebbene, a questo riguardo può convenirsi con quanti hanno osservato che l'art. 264 del Codice della crisi, nel richiedere la conformità delle decisioni del curatore alla legge o all'atto costitutivo, non codifichi in tal modo un «vincolo di immodificabilità dell'atto costitutivo»: di talché appaiono praticabili anche modificazioni coattive dello statuto sociale, funzionali ad esempio a «favorire l'interesse dei creditori, rimuovendo eventuali limiti alla circolazione delle partecipazioni sociali assegnategli in soddisfazione» (così DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 441 s. e nt. 122).

⁴⁵⁹ Le quali, infatti, si prestano ad essere riguardate non solo (e non tanto) in termini di altrettanti *procedimenti* o, sotto il profilo più strettamente formale, altrettante modificazioni degli atti costitutivi della società (o delle società) partecipanti, bensì in termini di *operazioni*, preordinate in particolare ad una riorganizzazione *globale* dell'impresa esercitata in forma societaria, nelle forme di un intervento che «produce l'effetto di riqualificare il senso globale dell'investimento, sia sul piano individuale sia sul piano collettivo» (DELLA TOMMASINA, *Informazione preassembleare e tutela dell'investimento*, cit., 19, ma in termini analoghi cfr. PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, cit., 51), incidendo su plurimi profili della relativa disciplina, e segnatamente sull'investimento, sul finanziamento e sullo svolgimento dell'attività (per tale impostazione cfr. FERRI jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998, 102 ss., cui *adde* FERRI jr.-GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, cit., 232 s. e 235 ss., ma per la proposta di leggere tanto la fusione, quanto la scissione «nel quadro di una ben precisa [...] impostazione di teoria generale dei fenomeni associativi», che ponga «al centro di essi l'attività e la sua organizzazione» e consideri poi «in funzione dell'attività e della sua organizzazione i referenti oggettivi di questa attività e i comportamenti umani che il suo svolgimento necessariamente implica» cfr. già FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., 1066 s.; impostazione alla quale si allinea LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, spec. 27 ss. e

attraverso la costituzione di patrimoni destinati a specifici affari⁴⁶⁰.

Dato ciò per acquisito, più complesso risulta invece indagare il rapporto esistente – innanzitutto nelle procedure liquidatorie *non di gruppo*⁴⁶¹ – tra la norma in commento e il concordato nella liquidazione giudiziale⁴⁶², e ciò quantomeno da due angolazioni diverse. Si tratta in particolare di chiedersi se i poteri sostitutivi del curatore possano estendersi, *per un verso*, alla fase *genetica* del concordato e, segnatamente, alla presentazione della relativa proposta in sostituzione degli organi della società debitrice e, *per l'altro*, alla fase *esecutiva* di tale subprocedimento, in funzione stavolta dell'adozione in luogo degli organi sociali di eventuali decisioni riorganizzative contemplate nel piano di concordato (sulla scorta di quanto oggi previsto dall'art. 118 del Codice della crisi in materia di concordato preventivo).

Prendendo le mosse dal *secondo* interrogativo appena evocato, non appare revocabile in dubbio che l'estensione “temporale” dei poteri corporativi del curatore coincida con la sua permanenza nell'incarico e, pertanto, con la contemporanea pendenza della procedura di liquidazione giudiziale. Con la conseguenza, allora, che nella fase successiva all'omologazione del concordato, la quale – com'è noto – costituisce causa di chiusura della procedura ai sensi dell'art. 246, ult. comma, del Codice della crisi, non vi sarà spazio

155 ss. e, dopo la riforma del diritto delle società di capitali del 2003, EAD., *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. IV, cit., 443 ss.; per un riesame delle posizioni espresse sul punto cfr. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 20 ss. e 22, per il virgolettato). Una valenza delle operazioni straordinarie, quella *riorganizzativa*, che del resto acquista un rilievo peculiare proprio all'interno dei gruppi di società e, in particolare, al cospetto delle operazioni di fusione (e di scissione) semplificata prese in considerazione dagli artt. 2505 e 2505-bis c.c.: le quali – non a caso – si prestano agevolmente ad essere lette quali meri interventi di «riassetto organizzativo di un'unica “impresa di gruppo” facente capo alla società riveniente dalla fusione» (in questi termini C. SANTAGATA-R. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 7, tomo II, 1, *Fusione – Scissione*, Torino, 2004, 443).

⁴⁶⁰ L'ipotesi di un possibile “uso alternativo”, a fini concorsuali, dell'istituto dei patrimoni destinati era stata presa in considerazione, prima della riforma, da FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. II, cit., 596 ss., il quale in particolare ne aveva ipotizzato l'utilizzo quale alternativa agli strumenti concepiti dalla legge fallimentare per la salvaguardia dei valori aziendali e, in particolare, quale strumento per realizzare «una segregazione nella segregazione», in combinazione con la creazione di una società veicolo nella quale conferire l'attivo fallimentare ai sensi dell'art. 105, comma 8, l.fall. Dopo la riforma del 2019, riconduce entro l'alveo applicativo dell'art. 264 del Codice della crisi la costituzione di patrimoni destinati, quale strumento per «avviare una diversificazione patrimoniale interna alla società [...] già dalla fase di esercizio provvisorio dell'impresa» FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 334 ss.

⁴⁶¹ Nel contesto delle procedure liquidatorie di gruppo, un interrogativo analogo richiede invero di risolvere in via preliminare il problema se l'assenza di una norma espressa relativa alla presentazione di proposte di concordato nella liquidazione giudiziale – definita in dottrina una lacuna «gigantesca e impressionante», che «rischia di compromettere la stessa utilizzabilità dello strumento della liquidazione giudiziale di gruppo» (così NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 31 s.) – sia d'ostacolo all'importazione delle regole di cui agli artt. 240 ss. del Codice della crisi. Il tema sarà oggetto di un cenno nella parte finale del presente capitolo.

⁴⁶² Contesto nel quale, del resto, le operazioni di riorganizzazione societaria trovano il primo naturale terreno d'applicazione (come sottolineato da NIGRO, *Le ristrutturazioni societarie nel diritto italiano delle crisi: notazioni generali*, cit., 398).

alcuno per invocare l'applicazione dell'art. 264 del Codice della crisi⁴⁶³ ed eventuali problemi legati all'ostruzionismo degli organi sociali nell'adozione delle delibere programmate nel piano dovranno allora essere risolti – nel silenzio della legge sul punto – attraverso l'importazione di altri meccanismi di surrogazione dei poteri dei soci (oltre che degli amministratori) della società debitrice: e cioè a dirsi, la nomina di un amministratore giudiziario e l'attribuzione al medesimo del diritto di voto nell'assemblea ai sensi dell'art. 118 del Codice della crisi⁴⁶⁴.

Quanto, infine, al *primo* e più complesso interrogativo, parrebbe da escludersi la possibilità per il curatore di sostituirsi agli organi sociali – e, segnatamente, all'organo gestorio, cui l'art. 265 del Codice della crisi assegna *di default* la relativa competenza – in funzione della presentazione di una proposta di concordato nella liquidazione giudiziale⁴⁶⁵. E ciò *non soltanto* in quanto l'art. 240 del Codice non ricomprende il curatore nel novero dei soggetti a ciò legittimati⁴⁶⁶, di talché l'esercizio del relativo

⁴⁶³ In tal senso cfr. FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 250 s., sulla base del condivisibile, ed incontestabile, rilievo per cui «quando si tratta di eseguire una proposta di concordato nella liquidazione giudiziale, la relativa procedura si è, almeno il più delle volte, già chiusa (art. 246, comma 2, cod. crisi), così come, e conseguentemente, tutti i poteri del curatore sono ormai venuti meno (art. 236, comma 1, cod. crisi), compresi allora quelli previsti dal programma di liquidazione». Considerazioni, queste ultime, che smentiscono in radice il tentativo (per il quale cfr. FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 256 ss.) di ipotizzare una sorta di «ultrattività dei poteri del curatore» nella fase esecutiva del concordato nella liquidazione giudiziale, e ciò al fine di applicare – in caso di inerzia o di ostruzionismo degli organi sociali – l'art. 264 del Codice della crisi in luogo dell'art. 118.

⁴⁶⁴ Si tratta, del resto, di una soluzione – quella dell'applicazione analogica dell'art. 185, comma 6, l.fall. (e oggi dell'art. 118, comma 6, del Codice della crisi) all'esecuzione della proposta di concordato fallimentare (oggi, di concordato nella liquidazione giudiziale) – che, oltre ad essere stata suggerita in dottrina già nell'immediatezza della riforma della legge fallimentare del 2015 (cfr. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 375 s. e DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, Torino, 2018, 188), ha trovato altresì una isolata ma significativa conferma a livello giurisprudenziale (cfr. Trib. Pisa, decr. 14 novembre 2018, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 295 ss., con nota di COVINO, *L'applicazione dell'art. 185, comma 6°, l.fall. alla fusione di società per azioni in concordato fallimentare*). In particolare, l'estensione dell'ambito procedurale di applicazione dell'art. 185, comma 6°, l.fall. non determinava, allora, e non determina, oggi, particolari frizioni dal punto di vista sistematico – e ciò anche in considerazione del diverso presupposto *oggettivo* del fallimento e della minore probabilità che i soci di una società fallita conservino una pretesa economica residuale sul patrimonio della società partecipata (rilievi sviluppati da ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 375 s.) – ed anzi, risulta quanto mai opportuna sul versante delle *esigenze di tutela*. Evidente è, infatti, l'analogia – da un punto di vista sostanziale prima ancora che procedurale – tra le fasi esecutive delle procedure concordatarie, e ciò segnatamente (ma non esclusivamente) a fronte della presentazione della proposta da parte di un soggetto diverso dalla società debitrice. In particolare, analoghi sono i rischi legati a possibili comportamenti abusivi da parte dei soci della società fallita, i quali, mediante l'assenza, l'astensione o il voto contrario, sono nelle condizioni di paralizzare l'adempimento del concordato omologato e determinarne la risoluzione (l'argomento della «sostanziale identità del problema da risolvere» è ritenuto decisivo anche da FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, cit., 251); rischi dai quali pare allora opportuno far discendere la possibilità per il terzo proponente di fruire di un rimedio già previsto nell'ordinamento in relazione ad una fattispecie affine e, in più, pertinente e non eccedente pure rispetto alle esigenze da tutelare nel diverso contesto del concordato fallimentare.

⁴⁶⁵ Tale è la conclusione cui perviene D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1261.

⁴⁶⁶ Com'è noto, neppure l'art. 124 l.fall. menziona espressamente il curatore tra i soggetti legittimati alla presentazione di una proposta di concordato fallimentare; senza contare, peraltro, che con il decreto

potere, sebbene in luogo della società debitrice, costituirebbe in ogni caso una malcelata elusione della norma appena richiamata⁴⁶⁷; *ma altresì* in considerazione del fatto che all'interno del programma di liquidazione il curatore potrebbe al limite – sulla scorta di quanto previsto dall'attuale art. 104-ter l.fall.⁴⁶⁸ – illustrare «la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto»⁴⁶⁹: lasciando ciò ad intendere la *già avvenuta* presentazione, da parte dei soli soggetti legittimati ai sensi dell'art. 240 del Codice, di iniziative in tal senso.

8. (segue) e nella liquidazione giudiziale di gruppo: l'applicazione “tipologicamente compatibile” dell'art. 264 del Codice della crisi.

Tutto ciò premesso, non resta che interrogarsi sull'applicabilità dell'art. 264 del Codice della crisi nella liquidazione giudiziale di gruppo, tenendo a tal fine in considerazione innanzitutto i possibili vincoli “tipologici” che la (scarna) disciplina positiva di tale procedura potrebbe frapporre alla riorganizzazione in funzione liquidatoria delle imprese insolventi del gruppo.

In questa prospettiva, appare in realtà possibile fornire al quesito una risposta affermativa. In particolare, premesso che – come si è già constatato – l'assenza di una norma di rinvio non esclude, ed anzi *presuppone*, l'integrabilità delle disposizioni speciali con le corrispondenti previsioni di diritto concorsuale generale, non sembrerebbe neppure consentito – come pure è stato autorevolmente paventato, sia pure in forma dubitativa⁴⁷⁰

correttivo del 2007 è venuto meno anche il riferimento, contenuto all'art. 129 l.fall., alla proposta di concordato «presentata dal curatore». Tali indicazioni hanno nondimeno indotto la dottrina a riflettere sulla possibile costruzione in via interpretativa di una legittimazione del curatore alla presentazione di iniziative concordatarie: quesito al quale, tuttavia, è stata fornita risposta tendenzialmente negativa (cfr. CAVALAGLIO, sub *Art. 129. Giudizio di omologazione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. II, cit., 2021; ma per l'opposta soluzione cfr. STANGHELLINI, sub *Articolo 124. Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 1946 ss.; per ampio riesame del problema cfr. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo II, cit., 1394 ss.).

⁴⁶⁷ Argomento valorizzato da D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1261.

⁴⁶⁸ Si è osservato in dottrina come l'inclusione di un'informativa circa la *sussistenza* di proposte di concordato fallimentare – e non, invece, su profili marcatamente *valutativi*, quali la convenienza o la fattibilità delle stesse – si giustifichi alla luce dell'idoneità di eventuali soluzioni concordatarie ad influenzare le prospettive temporali ed operative della liquidazione, imponendo al curatore l'adozione di scelte (quali il differimento dell'avvio della fase liquidatoria vera o proprio o l'esercizio provvisorio dell'impresa) funzionali ad assicurare il coordinamento tra le due procedure e la miglior riuscita di un eventuale tentativo di definizione convenzionale dell'insolvenza (per tali rilievi cfr. FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 287).

⁴⁶⁹ Riferimento che, oltretutto, era stato interpretato nel senso del dovere del curatore di dare conto solo delle procedure concordatarie già avviate e non di quelle di cui avesse raccolto notizie informali, ma che non si fossero ancora concretizzate (in tal senso cfr. FREZZA, *Il programma di liquidazione*, cit., 287 s., nonché PANZANI, *Programma di liquidazione*, cit., 1151 e 1156).

⁴⁷⁰ Il dubbio è stato avanzato da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 30 s., il quale si interroga sul se «[sia] possibile che siano attribuiti all'unico curatore nell'unico programma di liquidazione tutti i poteri deliberativi in ordine ad operazioni, per esempio, di *fusione* o di *scissione* fra tutte le società del gruppo o alcune di esse, modificando, quindi, la consistenza degli attivi e dei passivi delle società coinvolte; o si [debba] ritenere che costituiscano *limiti* a quella possibilità le previsioni dell'art. 287, co. 1, per il quale la procedura di gruppo è possibile quando risultino

– individuare *limiti impliciti* ai possibili contenuti del programma di liquidazione nelle sintetiche indicazioni circa la specifica funzione economica assegnata dalla riforma alla liquidazione giudiziale di gruppo⁴⁷¹.

Come si è altresì accennato, infatti, non può revocarsi in dubbio che il riferimento al solo «coordinamento nella liquidazione degli attivi», di cui al primo comma dell’art. 287 del Codice, valga ad individuare esclusivamente l’obiettivo *minimo* al ricorrere del quale è consentito disporre l’apertura di una procedura unitaria in deroga agli ordinari criteri di competenza: e non anche, invece, a *circoscrivere* i possibili momenti di emersione delle logiche di *gestione unitaria* dell’insolvenza del gruppo alla sola fase *terminale* della procedura, con conseguente esclusione di qualunque opportunità di coordinamento nelle fasi *logicamente e cronologicamente* precedenti.

Ma, allo stesso modo, non appare neppure possibile delimitare in via interpretativa il possibile contenuto del programma di liquidazione muovendo a tal fine da una lettura del principio di autonomia delle masse che, pur non escludendo *in astratto* la possibilità di modificare la composizione dei patrimoni delle imprese insolventi del gruppo⁴⁷², limiti *in concreto* la legittimità di tali interventi ai soli strumenti tipici del *finanziamento* infragruppo *in senso tecnico*⁴⁷³: sì da inferirne, allora, l’impraticabilità di forme di

“opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell’obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo, ferma restando la reciproca autonomia delle loro rispettive masse attive e passive”?».

⁴⁷¹ Come invece parrebbe implicitamente ritenere BOGGIO, *Partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo*, cit., 296, il quale – dopo aver escluso l’ammissibilità nella liquidazione giudiziale di gruppo di «operazioni riorganizzative delle masse patrimoniali» – pare nondimeno adombrare la praticabilità in via interpretativa di «soluzioni più *efficiency oriented*, che tengano conto della diversità delle dinamiche di gestione imprenditoriale delle imprese appartenenti ad un gruppo e dell’utilità di non disperdere il plusvalore [...] *generabile attraverso la prosecuzione della gestione coordinata*» (enfasi aggiunta). Una maggiore apertura verso soluzioni analoghe a quelle prospettate nel testo parrebbe invece discendere, nel pensiero dell’Autore, dall’assunto per il quale, sebbene «la separazione giuridica delle componenti del gruppo non [sia] solo strumento per governare i rapporti tra i debitori e i creditori, ma anche principio di regolazione della materia al quale è consentito fare eccezione solo ricorrendo i casi e le condizioni previste dalla legge», potrebbe nondimeno estrapolarsi dalla nuova disciplina di gruppo «l’idea che l’eccezione in parola si giustificerebbe rispetto alla regola della separazione in quanto s’è valutato necessario autorizzare modalità di gestione della crisi o dell’insolvenza atte a tenere in una certa misura conto del diverso assetto organizzativo proprio delle imprese di gruppo»: con il risultato, allora, di «graduare l’eccezione *in rapporto alle caratteristiche organizzative di ciascun gruppo* che finisca per essere assoggettato a procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza» (enfasi aggiunta).

⁴⁷² Per tutte le ragioni delle quali si è dato conto nel corso del presente lavoro, e in particolare nel paragrafo conclusivo del capitolo che precede.

⁴⁷³ L’obiezione prospettata nel testo anticipa in un certo senso una delle possibili letture della proposta ricostruttiva di FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, cit., 48 ss., nonché ID., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 292 ss., il quale – con riguardo ai trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo ai sensi dell’art. 285 del Codice della crisi – condivisibilmente osserva che «il trasferimento di risorse non viene preso in considerazione dalla legge in termini di atto di distribuzione, definitiva, di parte del valore della massa attiva della singola impresa trasferente [...]; esso, al contrario, si presenta come forma di impiego produttivo di tale valore, e, segnatamente, in termini di *finanziamento*, peraltro non necessariamente a fondo perduto, *dell’attività unitaria del gruppo*, funzionale, cioè, a consentirne la continuazione».

destinazione stabile e definitiva di componenti dell'attivo della singola impresa a vantaggio delle altre⁴⁷⁴.

Invero, anche a voler condividere la sussunzione dell'assistenza finanziaria in sede concorsuale entro le coordinate concettuali del *finanziamento* infragruppo, l'unica implicazione che appare consentito dedurne è la necessità che qualunque negozio di disposizione patrimoniale sia supportato dalla previsione di un *ritorno prospettico di valore* o, in altri termini, di una remunerazione integrale e proporzionata dell'investimento effettuato⁴⁷⁵. Di qui allora la possibilità, ad esempio, di ritenere compatibile con il principio di autonomia delle masse anche la sottoscrizione da parte della capogruppo di un aumento di capitale a pagamento⁴⁷⁶, ogni qualvolta la pur stabile destinazione di risorse all'impresa di gruppo si inserisca nell'ambito di un programma di continuazione dell'attività che assicuri *ex ante* quantomeno l'*invarianza quantitativa*, nella fase della distribuzione dell'attivo, tra i "sacrifici" sofferti dalla massa dell'impresa disponente e la quota percentuale del plusvalore ritraibile dalla gestione dell'impresa di gruppo e ad essa riservata dal programma di liquidazione⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ La terminologia adottata nel testo ricalca la proposta, formulata da autorevole Dottrina (cfr. SPADA, *La provvista finanziaria tra destinazione ed attribuzione*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, cit., 5 ss.), di isolare all'interno dei mezzi di dotazione della «provista finanziaria», e della correlata nozione teorica di «disposizione» patrimoniale, i due concetti di «destinazione» e «attribuzione»: dei quali il *primo* equivale all'imposizione di un «vincolo ad uno scopo (destino) delle utilità d'uso e di scambio di un bene, con conseguente funzionalizzazione all'attività di chi ha titolo ad usarne ed a scambiarlo» e ricorre, pertanto, nella fattispecie del «conferimento», che altro non è se non la «“destinazione collettiva” di risorse ad un'iniziativa economica (ma, più in generale, ad un'iniziativa)»; mentre il *secondo* consiste nell'«assegnazione di un vantaggio, reale o personale, ad altri, con conseguente modificazione qualitativa del patrimonio di due soggetti». Due nozioni alle quali, nello studio della struttura finanziaria delle società di capitali, corrispondono, *nell'un caso*, voci di patrimonio netto, la cui destinazione può essere al limite oggetto di «soppressione», con conseguente «riappropriazione da parte del destinante del saldo dell'attività a servizio della quale la destinazione era stata impressa», e, *nell'altro*, passività reali.

⁴⁷⁵ Non è arduo avvedersi, al riguardo, di come il requisito anticipato nel testo equivalga nella sostanza all'importazione o – quantomeno – alla valorizzazione anche nella regolazione concorsuale dell'insolvenza dei gruppi del canone di vantaggi compensativi di cui all'art. 2497 c.c. (secondo una logica già suggerita, con riguardo alle soluzioni negoziali della crisi, da SANTAGATA, *Concordato preventivo “di gruppo” e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit., spec. 246 ss. e ID., *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., spec. 647 s.). Tutt'altra questione – alla quale dovranno essere dedicate considerazioni più approfondite nel capitolo conclusivo della presente indagine – è comprendere se tale paradigma debba trovare applicazione, in presenza dell'insolvenza, nei medesimi termini con cui esso viene tendenzialmente applicato nel contesto dei rimedi risarcitori avverso le patologie della gestione dei gruppi *in bonis*.

⁴⁷⁶ Sulla cui funzione nelle procedure di regolazione dell'insolvenza cfr. recentemente FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 324 e 347, ove in particolare il rilievo – che coglie uno dei motivi ispiratori della presente indagine – per cui la ricapitalizzazione di società insolventi «può avvenire anche mediante l'impiego di sostanze patrimoniali messe a disposizione da parte delle società sane partecipanti all'operazione, come di solito avviene in presenza di rapporti di gruppo», e, nella liquidazione ordinaria delle società di capitali, MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, cit., 66 ss.

⁴⁷⁷ Rimane sullo sfondo – e il tema dovrà essere meglio approfondito nel capitolo conclusivo della presente indagine – il problema dell'individuazione dei metodi di attualizzazione del ritorno prospettico di valore e dei *criteri di ripartizione* del plusvalore derivante dall'esercizio dell'impresa e dalla liquidazione coordinata dell'attivo del gruppo.

Alla luce di considerazioni, sembrerebbe in definitiva guadagnare consistenza l'ipotesi per la quale l'applicazione dell'art. 264 del Codice della crisi alla liquidazione giudiziale di gruppo non incontri *in astratto* ostacoli di rilievo. Più complesso è a questo punto individuare *in concreto* quali margini di "appetibilità" presenti un possibile valore "riorganizzativo" del programma di liquidazione nelle procedure di gruppo⁴⁷⁸.

A questo riguardo, il riferimento va innanzitutto – oltre che alle operazioni sul capitale – alle operazioni straordinarie e, in particolare, alla *fusione*, il cui innesto all'interno di procedure concorsuali a carattere *liquidatorio* è stato in realtà sovente contestato in dottrina in ragione *talvolta* di una generale valutazione di incompatibilità funzionale – nei termini di cui all'art. 2499 c.c.⁴⁷⁹ – tra gli effetti concentrativi della fusione e le finalità della liquidazione concorsuale⁴⁸⁰, *talaltra* di preoccupazioni più specifiche suscitate – non a caso – dalla naturale "confusione di patrimoni" che discende dall'operazione e che, attraverso la radicale modificazione delle masse attive e passive

⁴⁷⁸ E ciò con particolare riguardo alle eventualità in cui la liquidazione concorsuale si colora di parentesi conservative dell'esercizio dell'impresa, in quanto può in linea di principio convenirsi con quanti hanno osservato che operazioni straordinarie e corporative «tendono ad apparire forse ridondanti rispetto a una prospettiva meramente liquidatoria», allorché viceversa proprio la gestione provvisoria dell'impresa può determinare le condizioni favorevoli per l'adozione e l'esecuzione delle operazioni in questione, anche in vista di possibili sviluppi concordatari della procedura d'insolvenza» (FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 313).

⁴⁷⁹ Norma che, del resto, è stata autorevolmente definita come «espressione, in effetti, di una regola generale» (NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit., 192, ma in tal senso cfr. altresì C. SANTAGATA-R. SANTAGATA, *Le fusioni*, 37 e GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 74), se non addirittura considerata come «espressione di un principio generale di "diritto societario della crisi", in forza del quale è precluso all'assemblea di assumere decisioni incompatibili con la finalità di tutela dei creditori sociali, a pena di nullità per illiceità dell'oggetto, derivante dal contrasto della delibera con un limite funzionale posto a tutela dei terzi»: un principio, in particolare, del quale sarebbe allora possibile fornire un'interpretazione estensiva sia con riguardo al suo presupposto *oggettivo* (delibere ulteriori a quella di trasformazione), sia con riguardo a quello *soggettivo* (società non sottoposte a procedura concorsuale) (in tal senso cfr. CENTONZE, *Società di capitali in crisi e limiti al potere di voto dei soci*, in *Giur. comm.*, 2018, I, spec. 631 ss.).

⁴⁸⁰ In tal senso cfr., prima della riforma del diritto societario del 2003, NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., 324 s.: soluzione replicata, dopo la riforma, in ID., *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit., 192 e condivisa da C. SANTAGATA-R. SANTAGATA, *Le fusioni*, 37 s., ove il rilievo per cui, anche all'esito dell'eliminazione del divieto, imposto anteriforma dall'art. 2501 c.c. alle società sottoposte a procedura concorsuale, di partecipare ad operazioni di fusione e scissione [per la cui distinzione – sul piano degli interessi protetti – rispetto all'omologo divieto – tuttora vigente – imposto dal secondo comma dell'art. 2501 c.c. alle società in liquidazione che abbiano iniziato la liquidazione dell'attivo cfr. MAUGERI, *L'introduzione della scissione nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 761 s., il quale ravvisa alla base di quest'ultimo la finalità di tutela dell'interesse disponibile dei soci – e quindi rinunciabile all'unanimità – alla percezione della quota di liquidazione; in tal senso cfr. altresì (SERRA-)SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991 n. 22)*, Torino, 1994, 16 e, per una critica, all'ampiezza del preventivo divieto, che non distingueva tra procedure concorsuali conservative e liquidatorie, 13 s.; sul punto cfr. altresì G.F. CAMPOBASSO, *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav.*, 1992, 377 e 380 ss.], «è tuttavia difficilmente contestabile la palese incompatibilità dell'alternazione soggettiva ed oggettiva, e della compenetrazione che la fusione di fatto implica con la pendenza di una procedura concorsuale di tipo liquidativo-dissolutivo». Più recentemente, ravvisa un'incompatibilità in termini assoluti tra fusioni e scissioni e l'apertura del fallimento a carico di una delle società coinvolte nell'operazione F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 199 ss.

delle società coinvolte, ben potrebbe prestarsi a trasferimenti di ricchezza pregiudizievoli per i relativi creditori⁴⁸¹.

Siffatte considerazioni inducono allora a valutare con particolare prudenza la possibile programmazione di una fusione tra le imprese insolventi del gruppo⁴⁸², sebbene esse non appaiano in realtà decisive nell'ottica di escludere *a priori* qualunque margine di applicabilità di tali operazioni nel contesto qui riguardato. Non sembra, in altri termini, che le ragioni comunemente addotte a sostegno della tesi negativa supportino una valutazione di *generale ed indiscriminata* incompatibilità tra liquidazione concorsuale e riorganizzazione corporativa, deponendo al contrario per una soluzione caso per caso, che tenga conto delle condizioni patrimoniali delle imprese coinvolte e dei presumibili effetti che *globalmente* l'operazione comporta⁴⁸³.

Non v'è dubbio, infatti, che una delle priorità assiologiche della disciplina societaria delle operazioni straordinarie sia costituita dalla tutela dell'interesse dei creditori delle società coinvolte a non veder diminuita la garanzia apprestata dal patrimonio della società debitrice in conseguenza della fusione e, in particolare, di quel suo «effetto tipico» consistente nella «confusione dei patrimoni delle società partecipanti, in entrambe le loro

⁴⁸¹ In tal senso cfr., esplicitamente, F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 202 s. Per un riesame delle diverse posizioni sul punto cfr. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 9 ss.

⁴⁸² È poi appena il caso di precisare al riguardo come la competenza del curatore a deliberare in luogo dell'assemblea operazioni straordinarie, qualora ritenuta compatibile con le procedure liquidatorie di gruppo, si estenderebbe anche alla predisposizione dei relativi progetti, come del resto condiviso nei primi commenti all'art. 264 del Codice della crisi nelle procedure liquidatorie individuali (cfr. D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, cit., 1260 s.). Non v'è dubbio, infatti, che la presenza di una norma quale quella in commento valga a smentire le argomentazioni di quanti, prima della riforma, avevano escluso che, nel fallimento e nel concordato fallimentare, i poteri del curatore potessero surrogare la competenza dell'organo amministrativo della società debitrice in ordine alla predisposizione del progetto di fusione, vista quale presidio della «composizione dei variegati interessi connessi alla ristrutturazione» (in tal senso cfr. DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 98 ss. e 102, per il virgolettato).

⁴⁸³ Così, espressamente, DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 13, nonché, in termini generali, C. SANTAGATA-R. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 523 s. e CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy out. L'art. 2501-bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, Milano, 2007, 179. Con riguardo alla trasformazione in pendenza di procedure concorsuali cfr. SARALE, *Le trasformazioni*, in AIELLO-CAVALIERE-CAVANNA-CERRATO-SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, cit., 277 ss. e MOSCA, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, cit., 39 s. Pertanto, anche alla luce del tenore letterale dell'art. 2499 c.c., deve oggi ritenersi superata l'*astratta* distinzione tra procedure concorsuali conservative e procedure liquidatorie, funzionale a limitare soltanto alle prime la compatibilità delle operazioni straordinarie corporative (in quest'ordine di idee cfr., in luogo di molti, CAGNASSO, sub *Articolo 2499 c.c. Limiti alla trasformazione*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, vol. III, Bologna-Roma, 2004, 2232 s.; MONTAGNANI, sub *Articolo 2499 c.c. Limiti alla trasformazione*, in *La riforma delle società. Commentario*, a cura di Sandulli-Santorò, Torino, 2003, 358; GUERRERA, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo II, Milano, 2016, 3163 s.; BERTOLOTTI, *Operazioni straordinarie. Trasformazione*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009. Commentario*, cit., 1131; PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fall.*, 2009, 1095).

componenti, quelle società, dell'attivo e, rispettivamente, del passivo»⁴⁸⁴. Così come appare difficilmente contestabile che, allorquando alla fusione partecipino due società entrambe insolventi, tali rischi siano destinati ad accentuarsi⁴⁸⁵, in ragione della tendenziale incapienza dei relativi patrimoni e della conseguente penalizzazione dei creditori delle società maggiormente patrimonializzate, i quali subiscono il concorso di

⁴⁸⁴ I virgolettati in FERRI *jr.*, *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, cit., 55, ma sul punto cfr. altresì (SERRA-)SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991 n. 22)*, cit., 112 ss. e GASPERONI, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 1060 s. Minoritaria è rimasta invece la tesi di CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, spec. 99 ss., ad avviso del quale il diritto d'opposizione dei creditori si giustificerebbe alla luce di un principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica e, in particolare, del principio generalissimo in forza del quale «il mutamento della persona del debitore o della controparte contrattuale è subordinato al suo consenso [...] che può essere rifiutato senza alcun obbligo di motivarne le ragioni»: con la conseguenza, allora, di ritenere del tutto irrilevante l'esistenza o meno del pregiudizio al creditore e di fondare la legittimazione all'opposizione sulla sola titolarità di un credito anteriore all'iscrizione o alla pubblicazione del progetto di fusione ai sensi dell'art. 2501-ter c.c. In giurisprudenza, per la tesi prevalente cfr. Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa, 20 agosto 2015, in *Società*, 2016, 846 ss., con commento di LOPEZ, ove la conclusione per la quale, premesso che «quanto al merito dell'opposizione, il solo pregiudizio che rileva valutare in funzione di verificare il fondamento della stessa [...] è quello riferito alla lesione della garanzia patrimoniale dovuta al creditore», deve ritenersi «onere dei creditori che si oppongono alla fusione provare che il previsto mutamento della titolarità del patrimonio del debitore può comportare una lesione della garanzia patrimoniale che avevano prima della fusione stessa». Rilievi, questi ultimi, che supportano l'idea, attualmente unanime in giurisprudenza, per cui l'opposizione dei creditori introduca un giudizio di natura contenziosa avente ad oggetto l'accertamento dell'insufficienza del patrimonio risultante dalla fusione a garantire i diritti di credito dell'opponente in eguale misura a quella assicurata dalla situazione *ante* fusione (in tal senso cfr., in luogo di molte, Trib. Prato, 4 novembre 1987, in *Società*, 1988, 263 ss., con nota di C. SANTAGATA, *Fusione nelle more del giudizio di opposizione*; Trib. Genova, 13 luglio 1992, in *Società*, 1993, 501 ss., con nota di C. SANTAGATA, *Condizioni di accoglimento dell'opposizione a fusione: natura e prova*; Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Società*, 1998, 433 ss., con nota di FIMMANÒ, *Funzione, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*; Trib. Lamezia Terme, 6 marzo 1998, in *Giur. comm.*, 1999, II, 660 ss., con nota di GUIDOTTI, *Opposizione dei creditori alla fusione e autorizzazione giudiziale a procedere alla fusione nonostante opposizione*; Trib. Milano, 14 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1351, con nota di CAGNASSO, *L'opposizione alla fusione: profili sostanziali e procedurali*; Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa, 20 dicembre 2018, in *Società*, 2019, 956 ss., con nota di ZAMMITTI, *L'opposizione dei creditori alla fusione, ex art. 2503, comma 2, c.c. al vaglio della giurisprudenza milanese*).

⁴⁸⁵ In presenza di una fusione tra società entrambe insolventi ed entrambe, peraltro, ammesse alla medesima procedura (nel caso in esame, la liquidazione giudiziale di gruppo), non appare invece sussistere il rischio – che ha indotto parte della dottrina a negare la compatibilità con il fallimento della fusione in senso stretto o per incorporazione della società fallita all'interno di una società *in bonis* (cfr. ALLECA, *Fallimento e regole societarie*, cit., 207 ss., sulla scorta della posizione di NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit., 192) – che l'operazione determini la sottrazione del patrimonio responsabile all'esecuzione concorsuale e, al contempo, l'estinzione del soggetto passivo, con conseguente chiusura della procedura per un caso non previsto dall'art. 118 l.fall. Rilievi, questi ultimi, che hanno del resto indotto quella stessa dottrina (cfr. ancora ALLECA, *Fallimento e regole societarie*, cit., 210 s., ma in tal senso cfr., in precedenza, anche DI SARLI, sub *Art. 2501 c.c. Forme di fusione*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione (artt. 2498-2506-quater c.c.)*, cit., 454 ss. e DEMURO, *Forme e progetto di fusione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, diretto da Serra e coordinato da Demuro, Bologna-Roma, 2014, 372) a ritenere certamente compatibile con le procedure concorsuali liquidatorie la fusione in cui è la società fallita ad assumere la veste di incorporante di società *in bonis*, consentendo tale operazione l'acquisizione al fallimento di nuove risorse da destinare al soddisfacimento dei creditori concorrenti.

altre categorie di creditori sulla massa attiva della società incorporante o risultante dalla fusione⁴⁸⁶.

Ciò nondimeno, forte è l'impressione per cui un siffatto modo di ragionare risenta – come si è già avuto modo di sottolineare⁴⁸⁷ – di un approccio prevalentemente *statico* ai problemi gravitanti nell'orbita della responsabilità patrimoniale delle imprese organizzate in forma societaria: di una tendenza, cioè, a leggere gli effetti degli atti e, più in generale, delle operazioni dotate di un'incidenza decrementativa sul patrimonio sociale in termini di mera *sottrazione di attivo*, svalutandone al contrario gli aspetti *dinamici* legati alla possibile *destinazione* delle risorse al servizio di un'attività produttiva di nuova ricchezza ovvero, *mutatis mutandis* nel contesto delle procedure liquidatorie, di un programma di gestione imprenditoriale del patrimonio responsabile, funzionale ad una migliore riallocazione sul mercato del bene azienda.

Non appena si abbandoni tale approccio⁴⁸⁸, tuttavia, non risulterà arduo avvedersi di come anche la fusione tra società tutte insolventi, benché diversamente patrimonializzate, possa – a maggior ragione in presenza di gruppi altamente integrati dal punto di vista industriale ed economico – inserirsi in un programma di riorganizzazione che sfrutti, da un lato, le sinergie dell'impresa di gruppo e, dall'altro, le potenzialità tipiche delle operazioni di fusione, oggi ampiamente note anche nell'ambito degli studi giuridici sulla crisi d'impresa⁴⁸⁹: il tutto, ad esempio, in funzione di obiettivi di semplificazione

⁴⁸⁶ Sul punto cfr. già FERRI *sr.*, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, 166, ove il rilievo per cui il fondamento del diritto di opposizione dei creditori, riconosciuto dall'allora art. 195 cod. comm., sta «in ciò, che per effetto del trapasso del patrimonio che si attua nella fusione, i creditori si trovano a dover concorrere insieme ai creditori di una persona diversa su quel patrimonio che, antecedentemente alla fusione, costituiva la loro garanzia esclusiva»; nel medesimo senso cfr. altresì, in una prospettiva che avalla comunque la possibilità di prevedere la fusione quale strumento di esecuzione di un piano di concordato preventivo, CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 36. Fusione e concordato preventivo*. Non è arduo avvedersi, peraltro, di come tali rischi coincidano con quelli che la dottrina sovente ricollega al cd. consolidamento sostanziale (per i quali cfr. il primo capitolo della presente indagine).

⁴⁸⁷ Cfr. il paragrafo conclusivo del primo capitolo del presente lavoro.

⁴⁸⁸ Cfr., in una prospettiva parallela a quella sottesa a quanto osservato nel testo, DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 24, ad avviso della quale «con la fusione vengono meno gli ordinari schemi valutativi di (acquisto di) un'azienda, dovendosi considerare l'effetto strategico dell'unificazione di più società; un effetto che, dal punto di vista dell'economia di un'impresa, potrebbe essere tale da sorreggere l'interesse di una società sana a programmare una fusione con una società con netto realmente positivo».

⁴⁸⁹ Per un'esauriente rassegna cfr. in particolare, nella dottrina aziendalistica, BASTIA, *Le operazioni straordinarie come rimedi alla crisi dei gruppi*, in BASTIA-BROGI, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milano, 2016, spec. 79 ss. e, in quella giuscommerciaristica, GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 76 s. (testo e note corrispondenti) e DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 17 ss., la quale in particolare polarizza le «caratteristiche tipologiche della fusione, destinate a renderla un'operazione particolarmente utile anche nelle fasi di dissesto – reversibile o meno – delle società» intorno a tre nuclei: *i*) l'idoneità della fusione a fare emergere plusvalenze latenti, non rinvenibili nelle rilevazioni contabili ordinarie, in ragione della tendenza a consentire, ancor prima della redazione del primo bilancio post-fusione, una rivalutazione delle poste di bilancio, mediante la considerazione degli elementi dell'attivo al loro valore corrente; *ii*) l'effetto sinergico che si realizza mediante l'integrazione patrimoniale e organizzativa delle società partecipanti e la conseguente «prosecuzione (in comune) di un'attività economica, con capacità produttive, di reddito e reinvestimento diverse», circostanza che consente all'unica società risultante dalla fusione di «generare vantaggi operativi o finanziari attraverso la combinazione di fattori produttivi, investimenti realizzati e fonti

dell'indebitamento, di razionalizzazione di apparati, strutture e processi aziendali e di conseguente minimizzazione dei costi – oltre che di rivalutazione delle situazioni patrimoniali delle società partecipanti all'operazione funzionale all'emersione di eventuali valori patrimoniali latenti e non contabilizzati⁴⁹⁰ – che non possono che riverberarsi a beneficio dei creditori concorsuali⁴⁹¹.

di finanziamento acquisite dalle diverse società»; *iii*) la realizzazione di finalità extraeconomiche, che in particolar modo all'interno dei gruppi di società consistono nell'interesse della capogruppo di evitare che la crisi di una componente del gruppo ne comprometta l'affidabilità e l'immagine sul mercato. Limitando ancora l'attenzione ai contributi della dottrina giuscommercialistica, merita altresì segnalare come, prima delle riforme del diritto societario e concorsuale degli anni Duemila, la neutralità funzionale della fusione e, segnatamente, la sua idoneità a «svolgere molteplici funzioni tutte indistintamente perseguibili per il migliore assetto degli interessi corporativi» avevano condotto a ritenere che, in una prospettiva liquidatoria, tale operazione potesse costituire al contempo una forma alternativa di liquidazione – in ragione della «sostanziale equivalenza, da valere sul piano degli effetti, tra il procedimento liquidatorio, regolato secondo la disciplina comune, e quello di fusione» – e uno strumento per «recuperare a fini produttivi il patrimonio sociale in una prospettiva tesa a sanare l'evento solutorio ed a realizzare in tal modo il superamento della crisi organizzativa della società» (cfr. PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, cit., 44 ss. e spec. 46, 49, 54 s., 60 e 96 ss., ove anche i virgolettati riportati nel periodo precedente). Rilievi analoghi con riguardo alla trasformazione di società in liquidazione volontaria – e con riguardo in particolare ad una trasformazione «diretta a rimuovere la causa di scioglimento» e ad una «trasformazione semplicemente volta ad agevolare la liquidazione [...] (trasformazione cd. liquidativa)» in GUERRERA, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, cit., 3167 e, nella prassi notarile, in COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE, *Massima n. K.A.30. Trasformazione omogenea di società in liquidazione e Massima n. K.A.31. Trasformazione eterogenea di società od altri enti in liquidazione*.

⁴⁹⁰ O – come è stato efficacemente scritto – dei «valori potenziali che derivano dall'aggregazione con il patrimonio di arrivo in relazione all'attività programmata» (RESCIO, *Fusioni e scissioni negative*, in *RDS*, 2018, I, 539). Com'è noto, infatti, la disciplina contabile della fusione consente, con l'art. 2504-bis c.c., la rivalutazione delle differenze di fusione, rendendo così tale operazione l'occasione per l'emersione di plusvalori latenti e non contabilizzati nei bilanci delle società partecipanti (in deroga al principio di continuità contabile: sul punto, e per le relative ragioni a supporto, cfr. CARATTOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio successivo alle fusioni e scissioni*, in *Società*, 2004, 1340): il che, in particolare, costituisce il motivo in ragione del quale la dottrina, la giurisprudenza e la prassi notarile ritengono oggi sicuramente ammissibile la fusione (o la scissione) cd. *contabilmente* negativa (a condizione, ovviamente, che siano rispettate le norme a tutela della corretta formazione del capitale sociale della società *post*-fusione e che, segnatamente, la capitalizzazione del disavanzo sia accompagnata da una relazione peritale di stima ai sensi dell'art. 2343 c.c.: cfr., per ampio riesame del problema e per gli opportuni riferimenti, DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 53 ss.; in giurisprudenza, in relazione alla scissione, Cass. civ., sez. I, 20 novembre 2013, n. 26043, in *Notariato*, 2014, 269 ss., con nota di MAGLIULO, *La scissione negativa*; nella prassi notarile, COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE, *Massima n. L.E.1. Scissione o fusione negativa*, che limita tuttavia la soluzione permissiva alla sola fusione per incorporazione: obiezione, quest'ultima, superata da CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 72. Imputazione del disavanzo "da concambio" nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.)*, attraverso – per l'appunto – l'obbligo di sottoporre il netto patrimoniale trasferito a stima ai sensi dell'art. 2343 c.c., con affidamento del relativo incarico agli esperti chiamati a valutare la congruità del rapporto di cambio).

⁴⁹¹ A condizione, ovviamente, che sia garantito «che, attraverso la fusione, nessun creditore verrà soddisfatto in misura inferiore a quanto potrebbe ottenere dalla liquidazione del patrimonio individuale della società sua debitrice» (cfr. lo spunto di CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, cit., 2611, ove anche il virgolettato, nonché, in relazione alla fusione di società di gruppo insolventi, i rilievi di FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, cit., 338 s.). È interessante richiamare al riguardo anche la posizione di VICARI, sub *Art. 2501 c.c. Forme di fusione*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, tomo II, cit., 3287, il quale, dopo aver affermato che «dovrebbe tendenzialmente escludersi (di fatto) la realizzabilità della fusione tra società entrambe fallite, posto che non appare facile

Considerazioni analoghe valgono poi anche con riguardo all'operazione straordinaria di *scissione*, alla quale peraltro la dottrina, muovendo dal ben noto «polimorfismo» che la caratterizza⁴⁹², ha assegnato addirittura un «vantaggio competitivo» rispetto alla stessa fusione in funzione della realizzazione di obiettivi tipicamente concorsuali. Ed invero, l'effetto tipico di tale operazione consente – come è stato efficacemente scritto – di giungere alla «completa “destrutturazione” dell'attività e del patrimonio della società in crisi, dando autonomia a diversi settori economici e scindendo al contempo la massa dei creditori, mediante la loro suddivisione in distinte “classi”, in modo da differenziarne il trattamento (anche) in ragione del collocamento nel passivo delle diverse beneficiarie»⁴⁹³.

Si tratta, del resto, di un effetto al quale risulta sostanzialmente assimilabile anche la contigua tecnica della liquidazione mediante conferimento dell'azienda, dei suoi rami o di beni e crediti in una società di nuova costituzione ai sensi dell'art. 214, comma 7, l.fall. (riproduttivo dell'attuale art. 105, comma 8, l.fall.)⁴⁹⁴: un'operazione, quest'ultima, che

ravvisare un vantaggio per i creditori delle diverse società», ipotizza nondimeno «il caso in cui dalla fusione derivi una società più appetibile sul piano commerciale [...]: ad esempio, la fusione tra società collegate, che, rispettivamente, vendono e offrono la manutenzione dei prodotti»: il che parrebbe confermare che terreno d'elezione per la fusione tra società insolventi sia costituito proprio dalla realtà imprenditoriale dei gruppi economicamente integrati (spunti in questo senso anche in DI SARLI, sub *Art. 2501 c.c. Forme di fusione*, cit., 455 e 457). In giurisprudenza, si veda la fattispecie scrutinata da Trib. Roma, decr. 21 dicembre 2012, in *Dir. fall.*, 2013, II, 354 ss., con nota di GARCEA, *L'autorizzazione alla fusione nel concordato «con riserva»*, nella quale emergono le ragioni economiche addotte da una società capogruppo, controllante totalitaria un'altra società del medesimo gruppo, a sostegno della fusione per incorporazione della seconda all'interno della prima, in funzione della presentazione di una domanda unitaria di concordato preventivo con riserva: ebbene, tra le conseguenze della fusione, rilevanti ai fini della convenienza dell'operazione nell'ottica del miglior soddisfacimento dei creditori, figurava la realizzazione di sinergie tanto di mercato, quanto di carattere economico, operativo ed organizzativo, legate all'effetto di riunire in un unico apparato le strutture organizzative e gestionali delle due società e alla possibilità di creare un unico sistema amministrativo contabile, con conseguente razionalizzazione ed efficienza dell'attività aziendale e non trascurabile risparmio in termini di tempi e di costi.

⁴⁹² L'espressione è di SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 7, tomo II, 2, cit., 14 ss.

⁴⁹³ I virgolettati in GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 93 s.

⁴⁹⁴ La contiguità tra la scissione di società e il conferimento dell'azienda in una società di nuova costituzione – oltre a costituire il presupposto dell'indagine di PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., 1 ss. – è stata ravvisata anche da FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 91 e da FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 110. Merita al riguardo segnalare come l'art. 105, comma 8, l.fall., nel prevedere la conferibilità in una società preesistente ovvero di nuova costituzione (eventualità, quest'ultima, ritenuta «preferibile» da STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 293) «dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso», non menzioni espressamente la possibilità di reinvestire le *disponibilità liquide* della procedura: il che ha alimentato un orientamento dottrinale propenso ad escludere la costituzione della società veicolo con liberazione *in denaro* del capitale iniziale (in questo senso cfr. MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, ottavo comma, l.fall.*, in *Fall.*, 2008, 1376 s.). In realtà, si tratta di una soluzione che poteva al limite “reggere” durante la vigenza della legge fallimentare nel testo anteriore alla riforma di cui alla legge 27 dicembre 2017, n. 205, allorché il primo comma dell'art. 34 l.fall. prevedeva che il comitato dei creditori, su proposta del curatore, potesse «autorizzare che le somme riscosse vengano in tutto o in parte investite con strumenti diversi dal deposito in conto corrente, purché sia garantita l'integrità del capitale»: un inciso, quest'ultimo, che poteva infatti lasciar propendere per l'impossibilità di investire le disponibilità liquide della procedura in titoli rappresentativi di capitale *di rischio*, quali per definizione le partecipazioni sociali (in questo senso cfr.

non a caso era stata impiegata nella prassi applicativa – *al di fuori* delle procedure concorsuali – in un contesto nel quale, in assenza di qualunque disciplina delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza di gruppo, l'unica soluzione percorribile al fine di realizzare forme di gestione unitaria del dissesto del gruppo era costituita – per l'appunto – dalla preventiva unificazione soggettiva delle società coinvolte, per il tramite della fusione ovvero del conferimento delle relative aziende, comprensive dell'intera massa attiva e passiva, in una società in nome collettivo di nuova costituzione⁴⁹⁵.

Un'operazione, inoltre, che, pur essendo stata espressamente bollata d'inammissibilità dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁹⁶, era stata nondimeno ritenuta in dottrina *non soltanto* astrattamente rispettosa dei principi in materia di responsabilità patrimoniale, per come reinterpretati alla luce delle dinamiche tipiche dell'attività di direzione e coordinamento⁴⁹⁷, *ma altresì* pienamente coerente con le finalità della riorganizzazione e della successiva liquidazione coordinata del patrimonio del gruppo: il tutto – ovviamente – alla condizione che l'assegnazione alle società conferenti delle partecipazioni nella società conferitaria avvenga «sulla base di una c.d. *recovery ratio* determinata in relazione al rapporto matematico tra massa attiva e passiva delle singole società conferitarie, opportunamente rettificato in considerazione degli effetti dei rapporti infragruppo»⁴⁹⁸.

infatti MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, ottavo comma, l.fall.*, cit., 1376, ma cfr. le perplessità manifestate da FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 87 e nt. 110). Meno convincente appare invece la soluzione negativa in un contesto – quale quello attuale – in cui l'art. 131 del Codice della crisi non impone più alcun vincolo a modalità di reimpiego delle disponibilità liquide alternative al deposito sul conto corrente intestato alla procedura. Ciò posto, un problema ulteriore – del quale ci si limita a dar conto – è quello della valutazione dei conferimenti in natura in sede di costituzione della società veicolo e, segnatamente, della possibilità di *bypassare* il procedimento richiesto dall'art. 2343 c.c. – con conseguente risparmio di costi – avvalendosi della facoltà, concessa dall'art. 2343-ter, comma 2, lett. b), c.c., di non far luogo alla relazione giurata di stima nel caso in cui il conferimento avvenga per un valore pari o inferiore al valore risultante da una valutazione riferita ad una data precedente di non oltre sei mesi il conferimento e conforme ai principi e criteri generalmente riconosciuti per la valutazione dei beni oggetto del conferimento, redatta da un esperto indipendente dotato di adeguata e comprovata professionalità: valutazione che, in particolare, potrebbe coincidere con quella fornita dal curatore – ovvero commissionata ad uno stimatore – in sede di redazione dell'inventario ai sensi dell'art. 195 del Codice della crisi (per tale soluzione cfr. ancora MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, ottavo comma, l.fall.*, cit., 1375 s.).

⁴⁹⁵ Per tale espediente di «*reductio ad unitatem* delle società sottoposte alla medesima attività di direzione e coordinamento», in funzione in particolare della presentazione di un'unica domanda di concordato preventivo in deroga agli ordinari criteri di competenza territoriale, cfr. in particolare AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. IV, cit., 60 ss., ove anche il virgolettato.

⁴⁹⁶ Si tratta, infatti, della fattispecie sostanziale cui è riferita la già citata Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559, cit.

⁴⁹⁷ Si allude alla proposta, già citata in più occasioni nel corso del presente lavoro, di SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 647 s., rispetto alla quale, tuttavia, si segnalano le considerazioni critiche di GALLETTI, *Concordato preventivo e gruppi d'impresa: cessione e diversione di beni, e attestazioni condizionate*, in *www.ilfallimentarista.it*, 21 settembre 2012.

⁴⁹⁸ Il virgolettato in SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, cit., 643.

Orbene, non è arduo avvedersi di come tale meccanismo possa trovare il proprio terreno elettivo di applicazione proprio *all'interno* della liquidazione giudiziale di gruppo, e ciò anche *a prescindere da un suo eventuale sviluppo concordatario*⁴⁹⁹ e, oltretutto, dalla possibile conversione dei debiti in partecipazioni sociali⁵⁰⁰: possibilità, quest'ultima, che – al di fuori delle procedure di composizione negoziale della crisi⁵⁰¹ – rimane di natura meramente *volontaria*, avendo oltretutto le recenti riforme espressamente subordinato al *consenso del singolo creditore* l'attribuzione, in funzione soddisfattiva, delle partecipazioni al capitale della società beneficiaria del conferimento⁵⁰².

⁴⁹⁹ È stato anzi sottolineato al riguardo come valorizzando appieno le potenzialità sottese all'art. 105, comma 8, l.fall. e alle modalità "atipiche" di liquidazione dell'attivo «si potrebbero finanche realizzare risultati molto simili a quelli raggiungibili mediante l'istituto del concordato fallimentare» (così SANDULLI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, cit., 632, nonché GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 33 e, in parallelo con la fusione concordataria, DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 100): il che, sotto altra prospettiva, ha verosimilmente costituito la ragione principale che ha consentito al legislatore del decreto correttivo alla riforma del diritto fallimentare del 2006 di sopprimere il potere del curatore di elaborare e presentare la relativa proposta (uno spunto in GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, 1082, ma cfr. altresì FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 92 s. e nt. 4, ove proprio il rilievo per cui «ciò che il terzo può proporre con il concordato, il curatore può realizzarlo nella procedura liquidatoria»).

⁵⁰⁰ Quale «assegnazione virtuale dei beni del debitore ai creditori sotto forma di titoli partecipativi» (il virgolettato in FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 79). Invero, è acclarato in dottrina come l'art. 105, comma 8, l.fall. (cui corrisponde l'attuale art. 214, comma 7, del Codice della crisi, sul quale cfr. *infra*, nt. 502) – norma che non a caso è stata talvolta definita come «"promozionale", suscettibile di interpretazione c.d. "creativa", con significato «nuovo» rispetto a quelli accertabili nella prospettiva tradizionale della liquidazione» (così, a sottolinearne l'impatto innovativo sui tradizionali paradigmi della liquidazione concorsuale, C. FERRI, *Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni o crediti*, in *Fall.*, 2009, all. 1, 59) – consenta, all'esito del «conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso», tanto la collocazione sul mercato delle relative partecipazioni, quanto la loro assegnazione diretta ai creditori in funzione soddisfattiva (in tal senso cfr., per tutti, FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 86 e SPIOTTA, *Il nuovo programma di liquidazione e la sua attuazione. La liquidazione dell'attivo: profili sostanziali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. III, cit., 379). Attribuisce a tale forma di liquidazione riallocativa l'importante vantaggio di consentire l'isolamento dell'azienda dai debiti preesistenti, così accrescendo la propensione del mercato al finanziamento dell'esercizio provvisorio dell'impresa attraverso l'attribuzione ai nuovi finanziatori di una «prededuzione "cristallina"» STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 293 s. Restano in ogni caso in ombra – e non possono essere affrontati in questa sede – i problemi derivanti da tale tecnica alternativa di soddisfacimento delle pretese concorsuali e il principio della *par condicio creditorum* (per i quali cfr. comunque D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra par condicio creditorum e principio di eguaglianza tra soci*, in *Riv. soc.*, 2011, 852 ss.).

⁵⁰¹ Nelle quali, in ragione dei poteri riconosciuti alla maggioranza dei creditori chiamata ad approvare la proposta di concordato, si è correttamente escluso che i creditori vantino un «diritto intangibile al soddisfacimento pecuniario», potendo la relativa pretesa subire una «modificazione non consensuale» consistente finanche nella novazione della relativa causa (così, in luogo di molti, GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 539 s., ove anche i virgolettati).

⁵⁰² Il settimo comma dell'art. 214 del Codice della crisi prevede infatti che «le azioni o quote della società che riceve il conferimento possono essere attribuite, nel rispetto delle cause di prelazione, a singoli creditori che vi consentono». La norma trova poi un suo omologo nel successivo art. 232 del Codice, il quale prevede che «il giudice delegato, nel rispetto delle cause di prelazione, può disporre che a singoli creditori che vi consentono siano assegnati, in luogo delle somme agli stessi spettanti, crediti di imposta del debitore non ancora rimborsati». Su tali premesse, non può allora che riconoscersi la natura volontaria e

Invero, non appare azzardato ipotizzare che la realizzazione di quelle «forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi», cui la liquidazione giudiziale di gruppo è testualmente preordinata, possa transitare proprio attraverso il conferimento delle componenti ancora *viabiles* del patrimonio del gruppo – ancorché afferenti alla massa attiva di imprese diverse – in una società di nuova costituzione⁵⁰³, la quale può servire gli obiettivi della procedura sia quale veicolo *statico* di “depurazione” e segregazione di un complesso di beni in funzione della collocazione sul mercato della partecipazione nella

non coattiva della conversione dei debiti in partecipazioni sociali secondo lo schema della compensazione tra pretesa creditoria e debito da sottoscrizione (in tal senso cfr. DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, cit., 444 ss. e spec. 448 s.). Più in generale, per l’alternativa tra procedure – quali i concordati – che ricollegano la conversione dei crediti in partecipazioni sociali ad una «scelta dei creditori [...] mediante il voto» e procedure che concepiscono invece quello strumento come «soluzione distributiva imposta in luogo del riparto in denaro» (all’interno delle quali veniva allora ricondotta anche la liquidazione fallimentare) cfr. FIMMANÒ, *L’allocazione efficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 78 s.

⁵⁰³ È evidente sul punto come il conferimento dell’attivo in una società di capitali (la limitazione ai tipi societari contrassegnati dalla responsabilità limitata per le obbligazioni sociali deve ritenersi coesistente alla stessa funzione dell’istituto: spunti in questo senso in MASTURZI, sub *Articolo 105. Vendita dell’azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, cit., 981) comporti normalmente – al di fuori, cioè, dell’ipotesi di assegnazione satisfattiva ai creditori – l’attribuzione della relativa partecipazione all’impresa insolvente, trattandosi infatti – come per tutte le attività compiute dal curatore – di «un’ipotesi di amministrazione del patrimonio da parte di un soggetto diverso dal titolare, ma con imputazione a quest’ultimo degli effetti giuridici dell’attività svolta» (così MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all’art. 105, ottavo comma, l.fall.*, cit., 1377, ma sul punto cfr. altresì le osservazioni di GUGLIELMUCCI, *Liquidazione dell’attivo fallimentare che preveda il conferimento dell’azienda in una new co e la successiva vendita dell’intero pacchetto azionario*, in *Contr. e impr.*, 2008, 555 s., dalla particolare angolazione degli effetti patrimoniali del conferimento e, segnatamente, del trasferimento dell’eventuale prelazione, insistente su taluno dei beni conferiti, su una quantità di azioni di valore nominale corrispondente a quello del valore degli immobili risultante dalla stima sulla base della quale è stato effettuato il conferimento). Dal che discende allora come la gestione delle partecipazioni sociali, quali componenti dell’attivo dell’impresa debitrice, rientri nelle prerogative istituzionali del curatore, la quale provvederà in particolare all’esercizio dei diritti sociali, ferma restando la necessità di munirsi delle dovute autorizzazioni nel caso in cui ciò comporti un’alterazione delle condizioni di rischio dell’investimento all’interno della società veicolo (spunti in questo senso ancora in MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all’art. 105, ottavo comma, l.fall.*, cit., 1378 s., ove anche alcune esemplificazioni delle delibere assembleari in relazione alle quali i poteri del curatore richiedono l’integrazione da parte del comitato dei creditori; mettono in evidenza l’esautorazione dei soci dalla gestione dei valori corrispondenti alla porzione di patrimonio oggetto del conferimento, propendendo altresì per la legittimazione “piena” del curatore a compiere ogni operazione sul capitale e straordinaria della società conferitaria, GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 33 e nt. 40). Infine, merita segnalare al riguardo come l’ascrizione dell’esercizio dei diritti sociali nel novero dei poteri del curatore consenta di attribuire a quest’ultima quantomeno quei poteri di indirizzo e controllo della gestione, mediante la nomina e la revoca degli amministratori della società veicolo, funzionali ad assicurare la coerenza dell’investimento con le finalità della liquidazione concorsuale (così MASTURZI, sub *Articolo 105. Vendita dell’azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, cit., 982); sebbene non sia da escludere la possibilità di riservare al curatore stesso incarichi di gestione diretta all’interno della conferitaria (come suggerito da GUGLIELMUCCI, *Liquidazione dell’attivo fallimentare che preveda il conferimento dell’azienda in una new co e la successiva vendita dell’intero pacchetto azionario*, cit., 557 e condiviso da FIMMANÒ, *L’allocazione efficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 86, nonché da VATTERMOLI, sub *Articolo 105. Vendita dell’azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, tomo II, cit., 1649 e nt. 47).

società conferente⁵⁰⁴, sia quale supporto *dinamico* di una gestione interinale dell'impresa afferente al segmento del gruppo che si intende ristrutturare, e ciò in funzione di una sua successiva riallocazione sul mercato⁵⁰⁵.

Anzi, deve ritenersi che la liquidazione mediante conferimento costituisca – quantomeno in astratto – lo strumento più idoneo alla riorganizzazione del gruppo insolvente e, oltretutto, di più immediata implementazione all'interno dei poteri del curatore⁵⁰⁶. Non v'è dubbio, infatti, che il reinvestimento dell'attivo del gruppo tramite

⁵⁰⁴ La liquidazione mediante conferimento comporta infatti – per definizione – la «compartimentalizzazione del patrimonio fallimentare destinata alla diversificazione della garanzia patrimoniale e alla limitazione del rischio d'impresa», assumendo peraltro anche una chiara «vocazione riallocativa», a maggior ragione se accompagnata da forme di prosecuzione dell'attività d'impresa attraverso il patrimonio segregato nella società veicolo (in questo senso cfr. MASTURZI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, cit., 981, ove anche i virgolettati, e C. FERRI, *Liquidazione mediante conferimento in società dell'azienda, di rami di essa ovvero di beni o crediti*, cit., 60).

⁵⁰⁵ La duplice valenza dell'operazione di liquidazione mediante conferimento è ben messa in evidenza da VATTERMOLI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, cit., 1469, che anzi ravvisa nella liquidazione mediante conferimento uno strumento alternativo e meno rischioso rispetto all'esercizio provvisorio e all'affitto d'azienda per la prosecuzione dell'attività, e da FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 91, ma sul punto cfr. altresì ID., *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. e impr.*, 2007, 573 ss., ove l'analogia tra il conferimento in un veicolo societario e la continuazione da parte del curatore della gestione del patrimonio separato ai sensi dell'art. 155 l.fall.

⁵⁰⁶ Uno spunto in GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 59, sebbene riferito alla programmazione dello scorporo dell'azienda in sede concordataria, competenza da radicarsi tra i poteri di disposizione del patrimonio sociale di cui è titolare l'organo amministrativo (in tal senso cfr. altresì CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2614 s. e nt. 22): la considerazione, tuttavia, è valida, *mutatis mutandis*, anche per l'attuazione dell'operazione in seno alla liquidazione giudiziale. Al riguardo, merita oltretutto sottolineare come la liquidazione mediante conferimento presenti ulteriori vantaggi sul piano *procedimentale*, non risentendo – a differenza delle operazioni straordinarie di tipo corporativo – dei problemi di coordinamento tra la disciplina societaria del procedimento di approvazione e di esecuzione dell'operazione (con particolare riguardo alla *tutela dei creditori* delle società coinvolte) e la disciplina concorsuale (ritiene non a caso che lo scorporo con conferimento dell'attivo in una società di nuova costituzione sconti «minori incertezze in merito al trattamento normativo dell'operazione» CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2614): problemi, in particolare, che hanno costituito nella prassi il principale ostacolo alla programmazione della riorganizzazione *concordataria* delle società di capitali in crisi (per tale valutazione cfr. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, cit., 1096). A questo riguardo, è invalsa in dottrina la tendenza ad «assorbire» le tutele societarie entro il procedimento di approvazione delle soluzioni negoziali della crisi, canalizzando in particolare l'opposizione dei creditori prevista dall'art. 2503 c.c. entro i binari del giudizio di omologazione del concordato preventivo (in tal senso cfr., per tutti, GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 87 ss.; CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2612 s.; DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 166 ss.; PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, cit., 1098 s.; nella prassi notarile, la soluzione è stata avallata – quanto alla fusione – da CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 36. Fusione e concordato preventivo* e – quanto alla scissione – da CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 37. Concordato e scissione di società*; sul punto cfr. tuttavia le perplessità di SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *RDS*, 2016, I, 789 ss.): soluzione che, oggi, trova espresso riconoscimento nell'art. 116 del Codice della crisi (sul quale cfr. le prime valutazioni del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO nello *Studio n. 32.2020/I, La fusione, la scissione e la trasformazione di società in concordato preventivo secondo il Codice della crisi di imprese (art. 116 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14): nuove fattispecie e criticità applicative*, nel quale si

istituti e strumenti di diritto societario, pur dovendo senza dubbio essere “coperto” da una corrispondente previsione del programma di liquidazione⁵⁰⁷, non richieda la cooperazione degli organi sociali e, conseguentemente, neppure l’attivazione del meccanismo sostitutivo oggi delineato dall’art. 264 del Codice della crisi⁵⁰⁸: trattandosi, cioè,

perviene – per ciò che in questa sede rileva – alla condivisibile soluzione che, nonostante il riferimento testuale alla contestazione della «validità» delle operazioni straordinarie programmate nel piano, il rimedio dell’opposizione all’omologazione del concordato assorba esclusivamente l’opposizione dei creditori ai sensi dell’art. 2503 c.c.). Ebbene, con riguardo alle operazioni straordinarie proposte e deliberate dal curatore ai sensi dell’art. 264 del Codice della crisi si tratta essenzialmente di comprendere se la programmazione dell’operazione all’interno del programma di liquidazione, sul quale il comitato dei creditori si esprime con parere vincolante, sia idonea a far emergere quel «consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all’iscrizione o alla pubblicazione» del progetto di fusione, al quale l’art. 2503 c.c. ricollega la possibilità di procedere alla stipula dell’atto di fusione senza attendere il preventivo decorso del termine di sessanta giorni accordato ai fini dell’opposizione (come ritenuto, prima della riforma e in relazione alla fusione programmata in un concordato fallimentare, sul quale il comitato dei creditori è chiamato a pronunciarsi ai sensi dell’art. 125, comma 2, l.fall., da CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell’impresa in crisi*, cit., 2616). Infine, altro problema al quale è opportuno dedicare un cenno è l’eventuale riconoscimento del diritto di recesso ai soci che non hanno concorso alle operazioni “coattive” di trasformazione (in tutti i tipi societari capitalistici) e di fusione e scissione (nelle sole società a responsabilità limitata). Il tema è già stato trattato in dottrina in relazione alle soluzioni concordatarie della crisi, e ciò consente di recepire in questa sede le conclusioni del relativo dibattito e, segnatamente, l’idea per cui il riconoscimento del diritto di recesso non sia necessariamente incompatibile con la pendenza di una procedura concorsuale (come invece la legge delega per la riforma del diritto concorsuale implicitamente suggeriva con una norma – l’art. 6, comma 2 – che prevedeva la non spettanza del diritto «in conseguenza di operazioni incidenti sull’organizzazione o sulla struttura finanziaria della società»), e ciò quantomeno nella misura in cui si garantisca che la liquidazione della quota in favore del socio recedente avvenga in un contesto di “neutralità” patrimoniale per i creditori concorsuali, attraverso l’acquisto da parte degli altri soci o di terzi ovvero la postergazione legale del relativo credito, qualora da rimborsarsi a carico della società (cfr. in questi termini SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, cit., 788; CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell’impresa in crisi*, cit., 2607 e DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 146 ss.; sul punto cfr. altresì la soluzione offerta, in relazione alla trasformazione concordataria, dal CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 34. Concordato preventivo e trasformazione di società*, il quale, pur non inibendo in astratto l’esercizio del diritto di recesso, condiziona il rimborso della partecipazione o all’acquisto immediato da parte di altri soci o di terzi, ovvero alla liquidazione da parte della società, ma stavolta *differita* ad un momento successivo all’omologazione del concordato; ferma restando l’opportunità, sottolineata altresì da DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 149 s., che il piano di concordato preveda l’eventualità, e il presumibile impatto sul fabbisogno concordatario, dell’esercizio del diritto di recesso). Più complesso è invece precisare i criteri di liquidazione della partecipazione del socio recedente, nell’alternativa tra l’adozione di una prospettiva orientata al mero valore di liquidazione del patrimonio sociale (*Liquidationswert*) ed una che tenga conto altresì dei «benefici prospettici derivanti dalla falcidia concordataria e dal processo di risanamento e riorganizzazione (*Fortführungswert*)» (l’alternativa, risolta in favore della prima soluzione seppur con la possibilità di operare delle distinzioni per i concordati con continuità aziendale, è segnalata da ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e doveri della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 399 s.; sul punto, esclude che la valutazione della partecipazione del socio recedente possa tener conto degli effetti della falcidia concordataria sulla situazione patrimoniale della società CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 34. Concordato preventivo e trasformazione di società*; propende invece più chiaramente per l’applicazione dei criteri di liquidazione DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, cit., 146 s.).

⁵⁰⁷ In tal senso cfr., in luogo di molti, GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 33 e, più ampiamente, 58 s.

⁵⁰⁸ Così, molto chiaramente, FIMMANÒ, *L’allocazione efficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., 91, ove il rilievo per cui l’operazione «non incide formalmente sulla società – persona giuridica, né sulla sua “proprietà” e la sua organizzazione, se pure ne determina in

dell'esercizio di un potere di disposizione sul *patrimonio*, privo in quanto tale di interferenze sulla *struttura*, finanziaria e organizzativa, del gruppo insolvente.

Il che – sotto altra prospettiva – conferma in definitiva l'impressione, già emersa nel corso della presente indagine, per cui le prerogative gestorie del curatore nella liquidazione giudiziale di gruppo (e, *mutatis mutandis*, nelle procedure liquidatorie “individuali”) si lascino oggi idealmente scomporre in due categorie, *a seconda della neutralità o meno del loro esercizio sulla struttura del soggetto passivo della procedura concorsuale*. Ai poteri di disposizione *diretta ed immediata* del patrimonio oggetto di spossessamento – ricollegabili all'art. 128 e, qualora implicanti effetti di matrice organizzativa, all'art. 214, comma 7, del Codice della crisi – si affiancano infatti poteri – quelli di cui all'art. 264 del Codice – in relazione ai quali la modificazione del patrimonio costituisce invece conseguenza *indiretta e mediata* dell'esercizio di prerogative di altra e diversa natura: il tutto, in ogni caso, nella cornice di un disegno complessivo – del quale non può allora negarsi una certa coerenza – che assegna oggi al curatore una funzione di *gestione globale* del processo di liquidazione (auspicabilmente) riallocativa del gruppo insolvente⁵⁰⁹.

9. Il concordato nella liquidazione giudiziale di gruppo (cenni).

Le considerazioni sinora svolte in ordine alla funzione (*implicitamente*, ma non per questo meno *marcatamente*) “riorganizzativa” della liquidazione giudiziale di gruppo

deroga alla disciplina societaria comune [...] lo svuotamento e la modifica sostanziale dell'oggetto sociale» (rilievo, quest'ultimo, mutuato da GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 33 e nt. 40, ove l'assimilazione tra l'operazione in esame e lo scorporo dell'azienda, con conseguente trasformazione della società conferente in una *holding* di partecipazioni). D'altra parte, prima della recente riforma del diritto concorsuale, l'osservazione per cui l'art. 105, comma 8, l.fall. attribuisce *in via autonoma* al curatore il potere di procedere al conferimento dell'azienda fallita – operazione di per sé non implicante alcuna interferenza sulla struttura finanziaria e organizzativa della società medesima – era stata valorizzata, *in negativo*, quale indizio per escludere la possibile traslazione di poteri dagli organi sociali a quelli della procedura in materia di operazioni straordinarie cd. “corporative” (in tal senso cfr. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, cit., 1096 s.).

⁵⁰⁹ La novità si presta allora ad essere letta quale ulteriore completamento di quel mutamento di prospettiva nella gestione del fenomeno crisi d'impresa che, dopo le riforme del triennio 2005-2007, la dottrina aveva definito come «dal patrimonio alla struttura» e che si era cioè accompagnato, dapprima con esclusivo riguardo alle soluzioni negoziali della crisi, all'introduzione di «una disciplina flessibile e variegata delle soluzioni concordate [che] suggerisce a chi propone un concordato (preventivo e fallimentare) una serie di strumenti di diritto societario che, operando sulla struttura finanziaria ed organizzativa della società in crisi, possono essere di ausilio per realizzare l'interesse del mercato alla non dispersione dei valori aziendali ed imprenditoriali» (così PACCHI, *I concordati delle società, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo II, cit., 1519 s.). Una visione che, a sua volta, si era fondata su una più ampia transizione dalla tradizionale visione proprietaria «ad una visione del fenomeno “crisi d'impresa” in cui si vuole assumere la centralità dell'impresa come risorsa sulla quale il mercato è chiamato, per l'ultimo tentativo, a provare ad investire con una proposta regolativa nella quale il valore imprenditoriale sia posto in risalto» (il virgolettato in FABIANI, *La proposta del terzo di concordato fallimentare, in Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio-Macario, Milano, 2010, 471, ma sul punto cfr. altresì TERRANOVA, *Salvaguardia dei valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali, in Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, cit., 2771 ss.).

consentono infine di sciogliere l'interrogativo – più volte evocato nel corso della presente indagine – circa la possibilità di definire la procedura mediante la presentazione di una proposta di concordato⁵¹⁰.

Invero, se – come si è accertato – la funzione economica delle procedure unitarie di gruppo si apprezza a pieno sul versante della possibile *ricollocazione sul mercato* dei complessi produttivi ancora espressivi di valori attuali o prospettici, non parrebbero allora esservi ostacoli a che siffatto processo si concluda con un esito concordatario, attraverso l'intervento di soggetti terzi, se non addirittura degli stessi creditori, interessati ad investire negli *assets* di pertinenza del gruppo⁵¹¹. In particolare, non sembra che la proponibilità di un concordato nella liquidazione giudiziale di gruppo possa essere esclusa – come pure è stato di recente sostenuto, sebbene in via dubitativa⁵¹² – in ragione, da un lato, della finalità liquidatoria della procedura e, dall'altro, delle modalità di perseguimento della stessa, rimessa cioè alla «regia unitaria di un curatore unico»⁵¹³.

Nessuna delle due obiezioni, infatti, parrebbe cogliere nel segno.

Non la *prima*, in quanto – come si è tentato di dimostrare nel corso della presente indagine – l'obiettivo del coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo, non esclude – ed anzi, richiama naturalmente – l'opportunità di (una gestione interinale e di) una successiva *liquidazione riallocativa* del patrimonio del gruppo insolvente⁵¹⁴: scopo,

⁵¹⁰ Un interrogativo rispetto al quale, oltretutto, giocano un rilievo decisivo le corrispondenti previsioni della legge delega per la riforma del diritto della crisi d'impresa, il cui art. 3, comma 3, lett. *d*) invitava espressamente il legislatore delegato a prevedere la «disciplina di eventuali proposte di concordato liquidatorio giudiziale, in conformità alla disposizione dell'articolo 7, comma 10, lettera *d*)»: una disposizione, quest'ultima, con la quale peraltro si suggeriva addirittura – nella liquidazione giudiziale delle imprese autonome – di «disciplinare e *incentivare* le proposte di concordato liquidatorio giudiziale da parte di creditori e di terzi, nonché dello stesso debitore, ove questi apporti risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo». La difformità rispetto alla legge delega, nonché alle prime bozze di decreto attuativo è rimarcata da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 31.

⁵¹¹ Attraverso uno strumento, quale il concordato, che si presta oggi ad essere definito quale vera e propria «“vendita virtuale” dell'impresa a favore di soggetti – a vario titolo e in vario grado – “interessati” dalla crisi o dalla insolvenza, che viene effettuata sulla base di una transazione sul “valore futuro” della società ristrutturata» (GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, cit., 21); o, ancora, quale «strumento per rimettere in circolazione delle risorse economiche» (FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 3).

⁵¹² In tal senso cfr. SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 67, ove comunque il rilievo del «il totale silenzio (in ogni caso però inopportuno) del legislatore».

⁵¹³ Di talché – si è sostenuto – un eventuale percorso concordatario, «in quanto rimesso alla determinazione dei creditori, o di un terzo, o al limite dello stesso imprenditore [...], sfuggirebbe alla finalità e al presidio che la procedura di gruppo parrebbe voler affidare, solamente, al curatore unico»: di qui, allora, la possibilità di nutrire «più di un dubbio sulla praticabilità, ma ancor prima sulla stessa compatibilità concettuale, di una definizione della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo attraverso un concordato di liquidazione» (in questi termini cfr. SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 67).

⁵¹⁴ Si è anzi sottolineato al riguardo come la valorizzazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento e, oggi, nella liquidazione giudiziale possa spiegarsi proprio quale soluzione idonea ad «evitare interruzioni tramite dell'attività d'impresa e a “pilotare” dall'inizio il fallimento verso una soluzione negoziata»: onde consentire, in particolare, di «“redistribuire” *ex novo* [...] – insieme alle perdite determinate dall'insolvenza e agli ulteriori rischi (ed oneri) della liquidazione concorsuale – il “valore

quest'ultimo, rispetto al quale è allora proprio il concordato nella liquidazione giudiziale a poter giocare un ruolo decisivo⁵¹⁵. Ma neppure la *seconda* delle ragioni scrutinate appare idonea a fondare una preclusione all'intervento di terzi nel processo di riorganizzazione, e ciò non foss'altro in quanto un'analoga centralità del curatore nella pianificazione delle operazioni di liquidazione è conosciuta anche alle procedure liquidatorie "individuali", nelle quali si è tuttavia tradotta nella sola richiesta di un parere preliminare sulla proposta di concordato ai sensi dell'art. 241 del Codice della crisi⁵¹⁶.

Ciò posto, gli è in realtà che l'assenza di qualunque riferimento espresso alla definizione della procedura unitaria mediante un concordato non può considerarsi né il punto di emersione di una *lacuna* nella nuova disciplina, né – tantomeno – un indizio che deponga per una presunta incompatibilità concettuale tra le soluzioni negoziali endoconcorsuali e la sistemazione dell'insolvenza del gruppo. E ciò *non soltanto* alla luce della già illustrata impostazione di vertice nella regolazione del fenomeno, incentrata – come si è tentato di dimostrare – su un *rinvio implicito* alle disposizioni di diritto concorsuale generale per quanto non oggetto di autonomi interventi di adeguamento, *ma*

attuale», come pure il «valore futuro» o «sperato» dell'azienda e del patrimonio dell'insolvente» (i virgolettati in GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, cit., 528 e 533).

⁵¹⁵ È del resto ormai acclarato in dottrina che, malgrado la propria collocazione nell'articolato della legge fallimentare, prima, e del Codice della crisi, oggi, il concordato fallimentare (oggi, nella liquidazione giudiziale) si presti ad essere analizzato nel quadro delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa (quale supporto allora per interventi di «riorganizzazione dell'attività [d'impresa] ed in particolare del suo finanziamento»: così FERRI *jr.*, *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., 752), prim'ancora che quale causa di cessazione delle procedure liquidatorie (in questo senso cfr., in luogo di molti, STANGHELLINI, sub *Articolo 124. Proposta di concordato*, cit., 1948, il quale parla di «vera e propria mutazione genetica dei concordati che vengano proposti a chiusura di una procedura di liquidazione»; GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, cit., 527 e 530, che coerentemente discorre della prevalenza del profilo *sostanziale* del concordato fallimentare, «la rimozione dell'insolvenza mediante autoregolamentazione», su quello *processuale*, «la cessazione del fallimento»). Un'opzione interpretativa, quest'ultima, che – a partire dalle riforme del diritto concorsuale del 2005 – è stata alimentata da una chiara tendenza legislativa a «sperimentare» l'innesto di soluzioni normative nella disciplina di uno dei concordati, per poi replicarle – con i dovuti adattamenti – anche nell'altro: com'è accaduto, in particolare, con l'estensione della legittimazione attiva alla presentazione della proposta concordataria a soggetti diversi dal debitore, avvenuta nelle due procedure in momenti e con soluzioni diverse, ma nondimeno supportata – in entrambe – dall'esigenza di accordare a terzi poteri conformativi in ordine alla destinazione del valore – attuale o futuro – dell'impresa in crisi (per tale lettura della novità – la quale cioè, unitamente all'introduzione degli istituti delle proposte e delle offerte concorrenti, si presta a costituire un incentivo per la riallocazione del valore attuale e futuro dell'impresa in concordato e, attraverso la cooperazione del mercato, una più efficace tutela positiva del valore dell'azienda e dell'impresa in crisi – cfr., in luogo di molti, DELLA TOMMASINA, *Offerte concorrenti per l'acquisto di «specifici beni» e contratti preliminari pendenti nel concordato preventivo*, cit., 939 ss.). Ebbene, non pare azzardato ritenere che tale direttrice di politica legislativa possa concorrere ad alimentare una vera e propria «osmosi» tra procedure, implicante – con le opportune cautele ma ciò nondimeno anche al di là del dato di stretto diritto positivo – la circolazione «virtuosa» di modelli e soluzioni a completamento di «spazi vuoti» nella regolazione dei concordati (come si è già proposto in relazione all'art. 185, comma 6, l.fall.: sul punto sia consentito rinviare a COVINO, *L'applicazione dell'art. 185, comma 6°, l.fall. alla fusione di società per azioni in concordato fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 303 ss.).

⁵¹⁶ E che consiste, segnatamente, nell'attribuzione al curatore di un compito di «valutazione imparziale» delle proposte di concordato, da espletarsi anche nell'ambito del programma di liquidazione e, oltretutto, dal valore non vincolante (in questo senso cfr., in luogo di molti, GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, cit., 1082).

altresì in ragione della considerazione – a ben vedere decisiva⁵¹⁷ – che una preclusione in tal senso rischierebbe di ostacolare in maniera aprioristica soluzioni *efficienti*, così compromettendo in radice le stesse finalità cui le nuove procedure di gruppo sono intimamente preordinate.

⁵¹⁷ E per la quale cfr. *altresì* NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 31 s., che conseguentemente definisce la nuova disciplina «priva di un “tassello” essenziale». Senonché, una volta riconosciuta l'astratta proponibilità anche nel contesto qui riguardato di soluzioni concordatarie, tutt'altra e più complessa questione – alla quale è possibile dedicare soltanto un cenno in questa sede – è quella relativa alla *disciplina applicabile* al concordato nella liquidazione giudiziale di gruppo. Ebbene, al riguardo non pare possibile escludere *a priori* – contrariamente a quanto sostenuto da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 32 s. – l'applicazione in via analogica della disciplina innanzitutto sostanziale (non già del concordato *preventivo* di gruppo, bensì) del concordato nella liquidazione giudiziale delle imprese *autonome* (come ritenuto anche da RACUGNO, *I gruppi di imprese nella regolazione della crisi e dell'insolvenza. Appunti*, cit., 1287). A tale conclusione, infatti, non sembra realmente d'ostacolo quanto ripetutamente affermato in giurisprudenza circa la necessità che le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza del gruppo siano testualmente previste e regolate *in tutte le loro fasi* (come ritenuto, invece, da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 32): e ciò non foss'altro in ragione della decisiva considerazione che, laddove si ritenesse di escludere *in forza di tali argomentazioni* un rinvio implicito alle disposizioni generali, la disciplina della liquidazione giudiziale di gruppo risulterebbe di fatto “monca” e condannata alla sostanziale inoperatività, non essendo infatti *autonomamente regolate* non soltanto un'eventuale chiusura concordataria, ma *altresì* le fasi – su tutte – dell'accertamento del passivo e della successiva distribuzione dell'attivo. Al contrario, la possibilità di applicare analogicamente gli artt. 240 ss. del Codice della crisi appare a ben vedere (se non espressamente incentivata, quantomeno) consentita proprio dalla già citata previsione dell'art. 3, comma 3, lett. *d*) della legge delega, nella misura in cui la norma suggeriva al legislatore delegato di modellare la disciplina del concordato nella liquidazione giudiziale di gruppo «in conformità alla disposizione dell'articolo 7, comma 10, lettera *d*)», relativa per l'appunto al concordato nelle procedure liquidatorie “individuali”. Se così è, appare invece da escludere la possibilità di applicare analogicamente la disciplina del concordato *preventivo* di gruppo, e ciò *non* in quanto – come pure è stato ritenuto *ad adiuvandum* in dottrina (cfr. ancora NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 33) – «l'innesto sul tronco della disciplina generale del concordato liquidatorio delle regole del concordato *preventivo* di gruppo non consentirebbe di dare risposta a taluni dei più elementari dei problemi che un concordato liquidatorio di gruppo inevitabilmente pone o porrebbe»; *bensì* in ragione della decisiva considerazione che le rilevanti differenze strutturali e funzionali tra i due concordati – basti pensare alle preclusioni introdotte dal Codice della crisi per i piani concordatari non in continuità – rischierebbero di innestare nella disciplina della liquidazione giudiziale di gruppo «un “ibrido” totalmente distonico rispetto alla figura generale» del concordato liquidatorio giudiziale (così ancora NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 32 s.). Tutto ciò premesso, non può comunque sottacersi come la conclusione qui accolta costituisca in ogni caso soltanto un “primo passo” nella ricostruzione in via interpretativa della disciplina applicabile al concordato nella liquidazione di gruppo: trattandosi a questo punto di affrontare ulteriori questioni problematiche, quali – su tutte – la possibilità o meno che la proposta di concordato coinvolga soltanto alcune delle imprese insolventi ammesse alla procedura unitaria (eventualità suggerita da NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, cit., 33).

CAPITOLO III

La distribuzione del valore dell'impresa di gruppo insolvente: i principi e le tutele.

SOMMARIO. 1. L'attività di direzione e coordinamento del gruppo insolvente: il problema e le esigenze di tutela. – 2. La direzione unitaria del curatore: le forme di esercizio del potere e gli interessi rilevanti. – 3. (*segue*) i criteri di distribuzione del valore del gruppo insolvente. – 4. La responsabilità del curatore per l'eterodirezione abusiva: i criteri di gestione. – 5. (*segue*) i rimedi esperibili e la destinazione del risarcimento.

1. *L'attività di direzione e coordinamento del gruppo insolvente: il problema e le esigenze di tutela.*

L'apertura di una procedura unitaria di liquidazione giudiziale a carico delle imprese insolventi di un gruppo costituisce – se si condivide l'ipotesi di lavoro sin qui delineata – un fatto idoneo a determinare un inedito, e anomalo, “avvicendamento” nella titolarità e nell'esercizio del potere di direzione e coordinamento⁵¹⁸. Sol che si muova, infatti, dal presupposto per cui l'insolvenza potrebbe non aver compromesso i legami economici e produttivi connessi all'organizzazione imprenditoriale di gruppo, la gestione dell'impresa sarà esercitata dal curatore secondo paradigmi operativi – o, come è stato efficacemente

⁵¹⁸ L'ipotesi di lavoro sviluppata nel testo è stata di recente prospettata anche da ABRIANI, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, cit., 13, il quale parrebbe condividere anche l'ulteriore assunto dal quale muove la presente indagine, e cioè che «la continuità aziendale presuppone, dall'angolo prospettico della *holding*, il perdurante esercizio dell'attività di direzione e coordinamento», senza tuttavia che sembri «potersi postulare con altrettanta assertività il contrario»: con la conseguenza, allora, che si potrebbe «ipotizzare un perdurante esercizio della direzione e coordinamento anche se lo scopo del concordato è meramente liquidatorio», per arrivare addirittura a chiedersi – per l'appunto – «se, finanche in caso di liquidazione giudiziale della *holding*, il potere di direzione e coordinamento non venga a “trasferirsi” in capo al curatore della capogruppo». Sembrerebbe prospettare l'ipotesi di una «sostituzione gestoria nell'attività di eterodirezione», nel quadro di una riflessione sui «problemi suscitati dalla gestione coattiva dell'impresa della capogruppo», anche RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, cit., 36 s., il quale avverte altresì del «più alto grado di complessità e di problematicità [di tale ipotesi di sostituzione, *ndr.*] per la sua ricaduta su sfere imprenditoriali (anche non in crisi) molteplici e diverse da quella in cui la sostituzione opera». Uno spunto più chiaro nel senso della possibilità di concepire il permanere dell'eterodirezione in pendenza di una procedura di regolazione della crisi è fornito – sebbene con riguardo al concordato preventivo di gruppo – da SCOGNAMIGLIO, *I profili innovativi del Codice della crisi e dell'insolvenza in materia di gruppi*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Jorio-Rosapepe, Milano, 2021, 309 s. e nt. 14, il cui pensiero merita di essere testualmente riportato: attraverso la previsione dei trasferimenti di risorse infragruppo a servizio del piano di concordato, infatti, «si legittima l'esercizio di attività di direzione e coordinamento di gruppo anche nell'ambito di una proposta e di un piano concordatari. L'attività di direzione e coordinamento non è in vero espressamente menzionata nella disciplina del concordato di gruppo; ma è agevole scorgere in essa il richiamo al suo *effetto tipico* [...]: effetto che è quello, appunto, di legittimare travasi o *spostamenti di risorse* tra imprese assoggettate a detta attività di direzione e coordinamento, nella misura in cui il pregiudizio eventualmente arrecato nella sfera dei patrimoni incisi e dei relativi portatori d'interessi venga neutralizzato con l'attribuzione ad essi di un vantaggio compensativo corrispondente» (enfasi aggiunta).

scritto, secondo una «dinamica»⁵¹⁹ – funzionalmente analoghi a quelli compendiabili nella nozione di «direzione e coordinamento di società»⁵²⁰.

Entro tale cornice di fondo, si è constatato come l'attività di sostegno finanziario programmata in funzione degli obiettivi della continuità aziendale assurga – quale che ne sia il titolo giustificativo, ed anzi, *a prescindere dalla causa stessa dello spostamento patrimoniale*⁵²¹ – a tratto distintivo e caratteristico della direzione unitaria esercitata dal curatore, collocandola a ben vedere nel solco di modelli di gruppo già noti all'ordinamento italiano, sebbene collocati nella sola legislazione speciale.

L'esistenza di un analogo potere della *Konzernspitze* di *disporre direttamente di una parte del patrimonio delle società eterodirette* è infatti alla base della disciplina dei rapporti interni al gruppo bancario cooperativo di cui all'art. 37-bis del Testo Unico Bancario e alle relative disposizioni di attuazione⁵²², ed in tal sede è espressamente

⁵¹⁹ L'immagine della «dinamica della direzione unitaria» è mutuata da LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, cit., 1501.

⁵²⁰ Resta ovviamente inteso che tale anomalo “trasferimento” del potere di direzione e coordinamento del gruppo insolvente ha senso e ragione di prospettarsi soltanto nella misura in cui entro il perimetro del gruppo ammesso alla liquidazione giudiziale unitaria sia ricompresa *anche la capogruppo*, e ciò in quanto è solo in tale eventualità che è possibile ipotizzare l'inclusione nello statuto legale dei poteri del curatore dei medesimi poteri di direzione unitaria esercitati sul gruppo *in bonis*. Viceversa, non appare revocabile in dubbio che, nell'eventualità in cui siano solo le società eterodirette ad essere sottoposte a liquidazione giudiziale, «non [sia] evidentemente ipotizzabile che il curatore della eterodiretta sia soggetto al potere di direttiva della holding» (così ancora ABRIANI, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, cit., 13).

⁵²¹ Le considerazioni svolte nel testo inducono a ben vedere a scartare l'idea per cui il sostegno finanziario infragruppo in funzione degli obiettivi della liquidazione giudiziale possa essere collocato – a livello teorico – entro le logiche dello *scambio* tipiche dei rapporti interindividuali e, per automatica ripercussione, qualificato e strutturato – sul piano operativo – nella forma del finanziamento con obbligo di rimborso. Al contrario, le operazioni in questione si prestano ad essere lette nel quadro delle *modalità di contribuzione allo svolgimento di un'attività comune*, delle quali è pertanto recessivo l'aspetto latamente *causale* e prevalente invece il profilo *effettuale* dell'attribuzione patrimoniale [per considerazioni analoghe, in relazione agli accordi di sostegno finanziario infragruppo nel gruppo bancario (rispetto ai quali, invece, l'art. 69-duodecies, comma 4, t.u.b. tipizza sotto il profilo causale le operazioni rilevanti: sul punto cfr. in particolare LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 676), cfr. PINTO, *Il sistema della “garanzia in solido” nel gruppo bancario cooperativo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 476 e nt. 29].

⁵²² Nelle Disposizioni di vigilanza sulle banche emanate dalla Banca d'Italia (cfr. la Parte Terza, Capitolo 6, Sezioni I e III della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013) si legge, infatti, come con la costituzione di un gruppo bancario cooperativo le banche aderenti accettano – per il tramite del contratto di coesione e anche attraverso l'assunzione espressa dell'obbligo di adempiere alle istruzioni vincolanti emanate dalla capogruppo – di sottoporsi ad un potere di direzione e coordinamento finalizzato ad «assicurare unità di direzione strategica e del sistema dei controlli nonché l'osservanza delle disposizioni prudenziali applicabili al gruppo e ai suoi componenti». Inoltre, le banche aderenti si obbligano altresì a stipulare accordi con i quali «garantiscono in solido i creditori esterni e si forniscono reciprocamente sostegno per preservare la solvibilità e liquidità di ciascuna banca del gruppo». In questa prospettiva, è allora evidente come alla base del gruppo in esame vi sia l'assegnazione di «rilevanza giuridica a uno specifico profilo di potere della capogruppo, funzionale non al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio (diversamente da quanto avviene nel gruppo gerarchico), ma a uno scopo di interesse comune delle banche aderenti rilevanza giuridica a uno specifico profilo di potere della capogruppo, funzionale non al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio (diversamente da quanto avviene nel gruppo gerarchico), ma a uno scopo di interesse comune delle banche aderenti» (cfr. PINTO, *Il sistema della “garanzia in solido” nel gruppo bancario cooperativo*, cit., 475).

funzionalizzato al perseguimento di un *interesse comune* alla stabilità patrimoniale e finanziaria del gruppo nel suo complesso⁵²³. Sol che si attualizzi, cioè, all'interno del perimetro soggettivo del contratto di coesione un rischio di insolvenza o di crisi di liquidità, la capogruppo costituita in forma di società per azioni e partecipata dalle banche aderenti al gruppo è investita del potere di «richiamare» *ex post* quote di patrimonio individuale eccedenti rispetto a quelle necessarie a coprire i requisiti prudenziali⁵²⁴, in funzione – non a caso – della gestione *collettiva* (ancorché in via accentrata presso la capogruppo) di un rischio *comune* all'intero gruppo.

Ora, se l'analogia appena delineata consente di rinvenire un referente normativo, sebbene indiretto, dell'inedito potere di direzione e coordinamento che si sta tratteggiando in questa sede, fornendo oltretutto un primo spunto – ma sul punto sarà necessario ritornare nel prosieguo – per la sua qualificazione *in chiave paritetica*⁵²⁵, due sono le questioni che restano da affrontare in conclusione della presente indagine.

⁵²³ Con il che è possibile affermare che il *proprium* della disciplina in esame consiste nella «creazione di un'organizzazione in cui il rischio di insolvenza individuale è trattato come un *rischio collettivo*, ed è gestito in comune secondo criteri di tipo mutualistico-consortile» (così PINTO, *Il sistema della "garanzia in solido" nel gruppo bancario cooperativo*, cit., 475).

⁵²⁴ A questo riguardo, le Disposizioni di vigilanza prevedono che l'accordo di garanzia debba stabilire «gli obblighi e i meccanismi volti a garantire la capacità di fornire prontamente i mezzi finanziari (capitale e liquidità) necessari per le finalità del meccanismo di sostegno intra-gruppo», ivi compreso «il criterio di ripartizione dei mezzi finanziari prontamente disponibili tra una quota precostituita *ex ante* presso la capogruppo e una quota che può essere richiamata dalla capogruppo in caso di necessità (quota *ex post*)». Ora, è evidente come il riferimento al concetto di «richiamo», tradizionalmente adoperato per i versamenti residui sui conferimenti in denaro, valga a confermare l'impressione per cui alla capogruppo sia attribuito un vero e proprio *potere di disposizione*, sotto certi aspetti qualitativamente eterogeneo – e decisamente più intenso, s'intende – rispetto al potere di direzione e coordinamento che sta alla base del gruppo gerarchico (per tali considerazioni cfr. ancora PINTO, *Il sistema della "garanzia in solido" nel gruppo bancario cooperativo*, cit., 477 ss. e nt. 37).

⁵²⁵ Invero, ciò che induce a qualificare in chiave paritetica la fattispecie di gruppo in esame è, *da un lato*, la distanza che, sotto il profilo assiologico, separa tale modello di diritto speciale dal gruppo gerarchico di cui agli artt. 2497 ss. c.c., nel quale infatti – come si dirà nel prosieguo dell'indagine – il potere di direzione e coordinamento è esercitato dalla capogruppo *nel proprio interesse imprenditoriale* e non, invece, *nell'interesse comune delle società aderenti* alla stabilità patrimoniale e finanziaria del gruppo *nel suo complesso* (in questo senso cfr. CUOMO, *Poteri e doveri della "capogruppo" nel gruppo bancario cooperativo (appunti in tema di governance delle banche di credito cooperativo e modelli di eterodirezione societaria)*, in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, a cura di Cardarelli, Torino, 2017, 166; in senso contrario cfr. invece SABBATELLI I., *Il gruppo bancario cooperativo: profili di governance*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 36 s.), nonché, *dall'altro*, la possibilità – della quale si darà meglio conto nel prosieguo del lavoro – di leggere i connotati essenziali della pariteticità nei termini, per l'appunto, di una gestione dell'iniziativa nell'interesse comune ai suoi partecipanti e di una sostanziale condivisione tra i medesimi del relativo rischio di insuccesso [spunti in questo senso in PINTO, *Il sistema della "garanzia in solido" nel gruppo bancario cooperativo*, cit., 488 e nt. 50; la qualificazione paritetica del modello in esame è poi postulata, ma non motivata, da GIANNELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo e la governance del gruppo*, in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, cit., 83; sul punto, peraltro, per l'incompatibilità tra il modello in esame e una nozione di gruppo paritetico fondata invece sul *carattere democratico* dell'assunzione delle decisioni, cfr. CUOMO, *Poteri e doveri della "capogruppo" nel gruppo bancario cooperativo (appunti in tema di governance delle banche di credito cooperativo e modelli di eterodirezione societaria)*, cit., 166 s.; MACRÌ, *Bcc e mutualità alla luce dell'introduzione del gruppo bancario cooperativo*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 873 s.; ACCETTELLA, *Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo societario "legale obbligatorio"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 67 ss. e MICHIELI, *La nuova direzione e coordinamento nel gruppo bancario di credito cooperativo alla luce della l. 49/2016*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 477 e 490 s.; in senso contrario su

In primo luogo, si tratta di rinvenire in via interpretativa un criterio distributivo che, in situazioni di *fisiologia* della prosecuzione dell'attività, presieda alla ripartizione tra le masse attive delle singole imprese del *maggior valore* atteso dall'esercizio dell'impresa nella prospettiva di una cessione aggregata del patrimonio del gruppo⁵²⁶. Un problema, quest'ultimo, che peraltro non è sconosciuto né al diritto societario, nel contesto del quale è stato sovente analizzato sullo sfondo dei doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale gravanti sulla capogruppo, né al neonato diritto della crisi dei gruppi: nell'ambito del quale, infatti, si è già profilato – sebbene nel solo ambito delle soluzioni negoziali – l'interrogativo se il piano unitario di concordato preventivo debba prevedere una partecipazione *proporzionale* delle singole imprese del gruppo al cd. plusvalore concordatario ovvero se quest'ultimo possa essere allocato *liberamente* tra le diverse classi di creditori⁵²⁷.

tale ultimo aspetto cfr. invece SANTAGATA, "Coesione" ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 441 s., il quale inferisce la natura *concertata* dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dalla regola – successivamente specificata con l'introduzione nel 2018 di un comma 2-bis all'art. 37-bis t.u.b. – per la quale gli organi di gestione della capogruppo costituita in forma di società per azioni sono costituiti in misura prevalente da esponenti designati dalle banche aderenti; salvo poi ravvisare (*ivi*, 446 ss. e nt. 37) nel potere della capogruppo di individuare ed attuare gli «indirizzi strategici ed obiettivi operativi del gruppo» di cui all'art. 37-bis, comma 3, lett. b), n. 1, t.u.b. un'«eccezionale deroga alla necessaria "concertazione" della direzione strategica del sodalizio»: deroga, quest'ultima, che in particolare confermerebbe, anziché smentire, l'impressione generale per cui l'art. 2545-septies c.c. «assume la specifica funzione di escludere la liceità, nel diritto cooperativo, di strumenti di integrazione tra imprese di stampo gerarchico» (su tale profilo cfr. altresì *infra*, nt. 551); per poi concludere (*ivi*, 457 ss. e 460 ss.) nel senso che il gruppo in esame costituisce «un gruppo paritetico di diritto speciale in costanza di gestione fisiologica delle BCC associate»: la cui pariteticità, cioè, è «risolutivamente condizionata all'efficienza della gestione ed all'integrità patrimoniale e finanziaria» delle stesse, atteso, infatti, che in presenza dell'emersione di un rischio di insolvenza a carico di una delle banche associate, la capogruppo acquista i poteri di disposizione patrimoniale, dei quali si è dato conto nel testo e che valgono ad imprimere alla fattispecie «il carattere di "gruppo paritetico parziale"» (*ivi*, 458)].

⁵²⁶ Il problema è a ben vedere presente anche nella fattispecie, contigua – per le ragioni delle quali si è già dato più volte conto nel corso della presente indagine – a quella della liquidazione unitaria dell'attivo dell'impresa insolventi del gruppo, della *vendita del patrimonio destinato unitamente ad una parte dei beni e rapporti giuridici riferibili al patrimonio sociale di provenienza*: anche in tal caso, infatti, è stata avvertita in dottrina la «necessità di ripartire adeguatamente la liquidità ricavata dalla dismissione degli attivi, in ragione delle posizioni reciprocamente rivestite dalle varie classi di creditori concorrenti» (lo spunto e il virgolettato in NIUTTA, *Patrimoni destinati e procedure concorsuali (a seguito della riforma che ha interessato il diritto fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 339 s. e nt. 136). In una prospettiva più generale, del resto, non v'è dubbio che quello della «ripartizione dei lucri conseguibili mediante l'esercizio di attività» costituisca il problema principale del quale al diritto commerciale è demandata la soluzione, trattandosi, in altri termini, di quella «preoccupazione dinamica» che si sostituisce alla «preoccupazione statica» circa «la ripartizione di beni attuali e in funzione del loro godimento» tipica del diritto civile tradizionale (i virgolettati in ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, III ed., Milano, 1962, 451).

⁵²⁷ Si allude alle riflessioni di D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 281 s., il quale, nel tentativo di rinvenire «una possibile regola distributiva del plusvalore realizzato dal concordato di gruppo tra le diverse imprese del gruppo, o meglio tra i creditori delle diverse imprese», conclude nel senso che, in assenza di più precise indicazioni di diritto positivo, «non può affermarsi l'esistenza di un presunto obbligo di distribuire l'incremento di valore determinato dal piano unitario o coordinato tra le varie imprese secondo una regola di parità di trattamento o di proporzionalità ai vantaggi». Per conclusioni analoghe cfr., ancora con riguardo al concordato preventivo di gruppo, GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, cit., 236. Sul punto cfr. tuttavia le perplessità di SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del*

In connessione poi con le questioni legate ad un'eventuale iniqua distribuzione del valore del gruppo, altrettanto centrale è l'individuazione dei criteri che, in situazioni viceversa di *patologia* dell'esercizio dell'impresa, regolino l'iscrizione in capo al curatore di una responsabilità per la violazione dei doveri di corretta gestione dell'impresa (insolvente) di gruppo⁵²⁸: il tutto sullo sfondo di un interrogativo più ampio, che attiene alla possibilità di estendere alle azioni risarcitorie endoconcorsuali principi e regole, sostanziali e processuali, tipici dei rimedi codicistici tarati sulla fattispecie, transtipica o, meglio, a referente soggettivo indeterminato⁵²⁹, dell'«attività di direzione e coordinamento».

L'importanza di tali problemi ne suggerisce una separata indagine, alla quale saranno dedicate le pagine che seguiranno.

2. La direzione unitaria del curatore: le forme di esercizio del potere e gli interessi rilevanti.

Procedendo secondo le scansioni appena delineate, conviene affrontare innanzitutto l'interrogativo – che costituisce a ben vedere la vera e propria *chiave di volta* della nuova disciplina della liquidazione giudiziale di gruppo – in ordine ai criteri di distribuzione delle risorse generate dall'esercizio dell'impresa: e ciò sotto il duplice profilo – *da un lato* – della già accennata necessità di un *ritorno prospettico di valore* che sia *ex ante* idoneo a compensare le fuoriuscite di patrimonio programmate e – *dall'altro* – della ripartizione

concordato di gruppo nel c.c.i.i., in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, cit., 281 ss. e in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021 (da cui si cita), 316 s., il quale – sviluppando proprio l'idea per cui non sarebbe ravvisabile in via interpretativa un obbligo di ripartizione proporzionale dell'*attivo* (o del plusvalore) concordatario – individua una rilevante asimmetria rispetto alla regola, normativamente codificata (e ispirata a «basilari esigenze di giustizia distributiva, imponendo alle imprese, ed ai rispettivi creditori, di rispondere *pro quota* rispetto al presumibile valore delle risorse destinate al soddisfacimento della massa dei creditori», secondo D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 283), per cui il *passivo* specifico della procedura di concordato di gruppo (*id est*, i suoi costi) è ripartito fra le imprese del gruppo *in proporzione delle rispettive masse attive* (di talché, cioè, «potrebbe accadere che i costi della procedura di concordato di gruppo vengano ripartiti in proporzione delle rispettive masse attive delle singole società, anche se il plusvalore generato dal piano unitario e dai piani coordinati è stato distribuito in modo non proporzionale alle masse stesse»: così ancora SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 316): un'asimmetria che, secondo l'Autore, potrebbe essere risolta – con una soluzione ritenuta tuttavia non agevole (ed invero, come si vedrà *infra* nel testo, non condivisibile) – applicando anche alla distribuzione dell'*attivo* il medesimo criterio proporzionale di ripartizione delle risorse generate dal piano.

⁵²⁸ Una rilevante indicazione nel senso della possibilità di ascrivere la responsabilità del curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa all'area concettuale della responsabilità per l'attività di amministrazione, modellata sulla falsariga dell'art. 2476 e – non a caso – dell'art. 2497 c.c., era stata in vero fornita da F. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 120 s.

⁵²⁹ Per la giustificazione di tale assunto cfr. *supra*, in apertura del Cap. II. Ulteriori spunti si rinvengono poi in GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 142 ss., ove in particolare l'idea per cui, ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di direzione e coordinamento di società, «la "struttura" e la "qualità" del soggetto controllante appaiono, con tutta evidenza, ininfluenti» rispetto alla valutazione della «condotta in cui si esplica il potere di eterodirezione».

ex post, tra le masse attive delle diverse imprese coinvolte, del maggior valore conseguito attraverso la liquidazione “aggregata” dell’azienda del gruppo⁵³⁰.

Ora, in via di prima approssimazione al problema può essere utile richiamare alcune nozioni di diritto dei gruppi d’imprese, con le quali si è soliti descrivere le modalità e i criteri di esercizio della direzione unitaria e dalle quali, pertanto, può dipendere – si ritiene – anche la soluzione del problema distributivo appena accennato. Si allude in particolare ai concetti di *Entscheidungsmacht* (il “potere di decisione”) e di *Entscheidungsmaßstab* (il “criterio inderogabile di decisione”)⁵³¹: il *primo*, atto ad indicare la titolarità in capo al detentore della partecipazione di controllo del potere di decisione degli aspetti strategici dell’attività d’impresa delle società controllate e il *secondo*, invece, a specificare i criteri e i parametri in funzione (e nei limiti) dei quali quel potere deve essere esercitato, da identificarsi nella salvaguardia dei “beni giuridici” tutelati dalla disciplina codicistica dell’attività di direzione e coordinamento (redditività e valore della partecipazione sociale e integrità del patrimonio delle società controllate).

Ebbene, una volta fissati tali concetti, non è arduo avvedersi di come, nel peculiare contesto dell’insolvenza di gruppo, tanto l’allocazione del *potere*, quanto la predeterminazione dell’*interesse rilevante* nella gestione dell’impresa di gruppo subiscano un deciso slittamento rispetto alla situazione esistente nel gruppo *in bonis*.

Ed invero, quanto al primo aspetto, se per un verso si è già notato come gli effetti patrimoniali dell’apertura della procedura “dissolvano” l’*Einflussmacht* normalmente esercitata dalla capogruppo in virtù della partecipazione di controllo⁵³², non meno evidente è, per l’altro, che il potere di gestione spettante al curatore attinga la propria legittimazione sostanziale non soltanto – il che è oltremodo scontato – dallo statuto legale delle funzioni proprie dell’ufficio⁵³³, ma altresì dalla co-determinazione degli indirizzi strategici della procedura, per come cristallizzata nel programma di liquidazione approvato dai comitati dei creditori.

In altri termini, sebbene non trascurabili siano i margini di autonomia che consentono al gestore di adeguare le condizioni di esercizio dell’impresa insolvente alle dinamiche di

⁵³⁰ Una simile “scomposizione” del problema distributivo relativo alla destinazione del valore del gruppo (insolvente o meno) trova uno spunto nelle pagine di SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 204 ss., ove in particolare la distinzione tra la «regola “minima”», consistente nell’«eliminazione degli oneri e delle conseguenze dannose» che derivano in capo ad una delle società del gruppo dal compimento di un’operazione, sotto forma di indennizzo o attribuzione di un vantaggio compensativo, e l’ulteriore precetto, del quale può prospettarsi l’emersione in via interpretativa, circa la «partecipazione al vantaggio specifico, ossia [la] ripartizione del vantaggio, o del suo equivalente monetario, fra la società che direttamente lo percepisce per effetto di una determinata operazione e quelle pregiudicate dal compimento dell’operazione medesima».

⁵³¹ Sui quali cfr., per tutti, TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 211 s. e nt. 129, ove anche i necessari riferimenti.

⁵³² Di un potere di «“codeterminazione” dell’attività sociale» discorre GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 131, ma sul punto cfr. altresì ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 368, 381 s. e nt. 84, ove il richiamo alla distinzione – invalsa nell’ordinamento tedesco – tra *Leitung* e *Geschäftsführung*, delle quali la prima (la funzione di «programmazione e indirizzo») è, in contesti di gruppo, esternalizzata alla capogruppo tramite «una sorta di *outsourcing*».

⁵³³ Uno spunto in questo senso in SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, cit., 59.

mercato, non appare comunque revocabile in dubbio che quello di cui è titolare il curatore sia un potere funzionalmente inautonomo e, per lo meno sotto il profilo delle scelte di vertice, contenutisticamente eterodeterminato. Il che consente allora, seppur con le dovute cautele, di accostare l'esercizio della direzione e coordinamento del gruppo insolvente al modello del *gruppo di imprese orizzontale o paritetico*: le cui caratteristiche tipologiche – quantomeno secondo una certa lettura, particolarmente diffusa nell'ordinamento italiano – sarebbero rappresentate per l'appunto dalla contitolarità dell'*Entscheidungsmacht* in capo alle imprese conglomerate e, quale conseguenza applicativa, dal suo esercizio secondo le dinamiche tipiche della *concertazione*⁵³⁴.

⁵³⁴ Quale alternativa alla *determinazione unilaterale* degli indirizzi strategici ricorrente, al contrario, nei gruppi *gerarchici o verticali*: per tale lettura delle caratteristiche essenziali del modello cfr., in luogo di molti, G. F. CAMPOBASSO, *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, spec. 561 ss., che descrive il gruppo paritetico attraverso la metafora della «piramide rovesciata», a significare che «l'impegno a perseguire una strategia imprenditoriale unitaria trova [...] fondamento in un rapporto contrattuale col quale le imprese interessate si obbligano reciprocamente all'osservanza di direttive economiche unitarie elaborate di intesa fra loro, anche attraverso una comune struttura organizzativa appositamente creata alla quale tutte partecipano su un piano di parità». Il modello è stato poi tratteggiato in tutti i suoi tratti caratteristici, e ciò a partire proprio dalla nozione di «coordinamento equiordinato o circolare», da SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., *passim* ma spec. 55 ss., 58 ss. e 71 ss., ove in particolare l'idea per cui lo schema procedurale più idoneo ad attuare la direzione unitaria nei gruppi paritetici e a definirne una politica orientata al «perseguimento di uno scopo comune» sarebbe il «concerto», inteso quale «complesso procedimento giuridico preordinato a svolgere una funzione di raccordo tra relazioni interorganiche» e di «contemperamento degli interessi di più soggetti autonomi, cooperanti in posizione tendenzialmente paritaria alla determinazione del contenuto precettivo di una serie di atti giuridici connessi ed improntati ad un disegno operativo unitario». Tratto distintivo del gruppo paritetico sarebbe allora «l'esercizio *concertato* e non già *unilaterale* della direzione unica, fondato quindi sulla *concorrente e paritetica* partecipazione di tutti i contraenti alla definizione della politica di gruppo». Del medesimo Autore cfr. altresì ID., *I "gruppi paritetici" nella disciplina antimonopolistica*, in *Riv. soc.*, 2003, 259 ss.; la tesi è stata poi condivisa da GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 359 ss. e, sebbene con precipuo riferimento ai gruppi bancari cooperativi, da COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 387, che efficacemente descrive il modello con l'espressione «centralismo democratico». Ciò premesso, altra questione problematica, alla quale in realtà è possibile in questa sede limitarsi ad un cenno, è la ricerca di un fondamento di diritto positivo al modello del gruppo paritetico (non cooperativo), nell'alternativa tra quanti lo individuano nell'art. 2497-septies c.c. (per tale soluzione cfr. in particolare SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. III, cit., 817 ss.; GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 361 ss.) e quanti invece ritengono che la norma appena richiamata alluda invece ai contratti istitutivi di gruppi a struttura *gerarchica* (così invece, con argomentazioni convincenti, VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., *passim* ma spec. 870 ss.; ID., *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 215 ss. e nt. 40; PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 31; TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 67; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 181 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., 778 s. e nt. 23; per una ricostruzione, sebbene precedente alla riforma, della categoria dei «contratti di collegamento tra società» o, come sono stati altrove definiti, di «dominio debole», cfr. rispettivamente TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 279 ss. e LAMANDINI, *Il « controllo ». Nozione e « tipo » nella legislazione economica*, Milano, 1995, 170 ss. e 182 ss.). In questa sede può essere rilevante precisare soltanto come, anche al livello del diritto positivo, rimane a ben vedere in ombra – per essere al contrario elevata a tratto distintivo della fattispecie da quanti ravvisano l'essenza della pariteticità nella condivisione del potere di decisione – «la relazione, tutta da spiegare, tra gli enti coinvolti, perché tutti soggetti – oggi anche per diritto scritto – all'attività di direzione e coordinamento» [i virgolettati in (ONZA)-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra*

Ma v'è di più. All'atto dell'apertura della liquidazione giudiziale di gruppo si assiste altresì – come è già stato notato in altri contesti, del pari connotati dalla presenza di una crisi in atto ovvero anche meramente incipiente⁵³⁵ – ad una rilevante inversione dell'intero referente assiologico della gestione del gruppo. Più precisamente, all'«interesse imprenditoriale proprio o altrui», che – al di fuori del contesto concorsuale – orienta teleologicamente l'esercizio del potere di direzione e coordinamento⁵³⁶, si

imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno), in *Impresa e lavoro nei servizi portuali*, a cura di Xerri, Milano, 2013, 253 ss. e in *Ricerche giuridiche*, 2012 (da cui si cita), 239].

⁵³⁵ Si allude alle teorie dello *shifting duty* in prossimità della crisi, un cui esame completo esula dagli obiettivi della presente indagine: sul punto sia pertanto sufficiente il rinvio, fra i molti, a MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, cit., 835 ss.; BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria all'approssimarsi dell'insolvenza: prime riflessioni*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadesse*, vol. III, cit., 2580 ss.; BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 568 ss.; quanto alle indagini monografiche, cfr. in particolare BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 71 ss.; LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 10 ss.; SCARLINO, *Crisi della s.p.a. e doveri degli amministratori*, Torino, 2020, 58 ss. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 127 ss. (ove anche ampi riferimenti comparatistici) e 358 ss. Al riguardo, può essere comunque interessante segnalare come il menzionato «allargamento del referente assiologico della gestione» (MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 394 s.) possa rinvenire oggi un proprio fondamento normativo (quantunque implicito) nell'art. 4 del Codice della Crisi: il quale, nel sancire enfaticamente il dovere dell'imprenditore di gestire «l'impresa [...] nell'interesse prioritario dei creditori», aggancia siffatto precetto alla sola gestione dell'attività «durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza», con ciò non escludendo tuttavia – come è stato scritto – che esso possa essere ritenuto «analogicamente applicabile anche alla fase che precede l'accesso a queste procedure» (così CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 11 e nt. 11).

⁵³⁶ È stato al riguardo sottolineato in dottrina come il riferimento teleologico di cui all'art. 2497 c.c. debba essere interpretato non soltanto *in negativo*, in un'ottica cioè preclusiva del perseguimento da parte della capogruppo di scopi che «difettino di colorazione imprenditoriale», ma anche (se non primariamente) *in positivo*, quale presupposto che legittima «il perseguimento di aspettative reddituali di soggetti diversi dai soci esterni della singola controllata» (i virgolettati in MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 343, ma sul punto cfr. altresì ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 197 s. e SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 176 s., ove il rilievo per cui è proprio la «natura imprenditoriale del vertice del gruppo» ad attribuire colorazione e rilevanza specifiche al problema della tutela dei soci esterni nei gruppi di società, non consentendo di derubricarlo a partizione del più generale problema della tutela delle minoranze azionarie). Senonché, non è possibile dare conto in questa sede dell'annoso dibattito che ha impegnato la dottrina in ordine all'individuazione dell'interesse rilevante nei gruppi gerarchici e, in particolare, alla possibilità di attribuire dignità concettuale al cd. «*interesse di gruppo*»: dibattito che, peraltro, è stato di recente rinverdito da alcune indicazioni di principio sottese ad una recente proposta di armonizzazione europea del diritto dei gruppi di società (il già menzionato *European Model Companies Act*), là dove si è riconosciuto agli amministratori delle società eterodirette il potere-dovere di rifiutare l'esecuzione di direttive provenienti dalla capogruppo nel caso in cui esse – fra l'altro – siano contrarie all'«interesse del gruppo nel suo complesso» («*as a whole*»). Al riguardo, può essere sufficiente ricordare come la nozione di interesse di gruppo, ritenuta da taluno «tanto diffusa, quanto incerta e controversa nella sua reale portata» (in questi termini GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1566, ma cfr. altresì GUIZZI, *Riflessioni su alcuni problemi irrisolti nella disciplina dei gruppi (Fantasia para un gentilhombre)*, cit., 7, che discorre di «una nozione intrinsecamente equivoca e di difficile costruzione, non diversamente da quel che accade per la nozione di interesse sociale»), non può – *da un lato* – essere letta in senso «forte», quale ipostatizzante cioè un interesse del gruppo *in quanto tale*: e ciò in quanto non è revocabile in dubbio che la gestione pur funzionalmente unitaria delle imprese del gruppo non ne determini in alcun modo l'unificazione soggettiva,

sostituisce l'interesse dei creditori delle singole imprese al *migliore realizzo* dell'attivo al quale afferisce la propria pretesa, "al netto" delle contribuzioni a sostegno della prosecuzione dell'attività di gruppo e "al lordo" della quota parte del plusvalore ritraibile dalla liquidazione unitaria del patrimonio del gruppo⁵³⁷.

Un interesse – quest'ultimo – che parrebbe del resto essere stato declinato, nella cornice della disciplina concorsuale di gruppo, a partire da una precisa scelta di fondo. Non è arduo avvedersi, infatti, di come i presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale di gruppo escludano – in maniera implicita, ma non per questo meno evidente – la possibilità di programmare "sacrifici" patrimoniali a danno dell'attivo della singola impresa del gruppo nella prospettiva di un potenziale incremento del solo valore *complessivo* del patrimonio responsabile, e non anche del valore della *singola* massa

con la conseguente impossibilità di individuare un centro di imputazione unitario cui riferire un presunto interesse del gruppo «nel suo complesso» (in tal senso cfr. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., 121; GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1566; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., I, 77 s.; anzi, al riguardo si può – e si deve – convenire sul fatto che ogni riflessione sull'interesse di gruppo, «al fine di conservare una reale valenza ricostruttiva e applicativa», debba prescindere dall'«unificazione soggettiva dell'impresa di gruppo, la sua entificazione»: così CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, cit., 270). Dall'altro, e fermo quanto si dirà nel prosieguo dell'indagine in ordine all'impossibilità di concepire l'interesse di gruppo – quantomeno nei gruppi *gerarchici* – come un interesse *comune* alla capogruppo e alle società controllate (contrariamente a quanto ritenuto, anche recentemente, da GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 152 ss., ma concepisce l'interesse di gruppo quale «interesse comune a tutte le società del gruppo, interesse distinto e dall'interesse della capogruppo e dall'interesse delle singole società» altresì MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, cit., 175 s.; conclusione condivisa, da ultimo, anche da KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 442 s.), sembra cogliere nel segno quella dottrina che, già a ridosso della riforma del diritto societario del 2003, aveva manifestato perplessità circa la possibilità di "etichettare" l'interesse rilevante nei gruppi gerarchici quale «interesse di gruppo»: trattandosi, cioè, di un'opzione metodologica «pericolosa», in quanto suscettibile di «mascherare la protezione dell'interesse della capogruppo e dei suoi soci di controllo» (in questi termini cfr. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 663). Tutt'al più, quand'anche si volesse accettare l'impiego della nozione in commento, dovrebbe in ogni caso convenirsi con quanti hanno proposto di leggere il riferimento all'interesse di gruppo quale «convenzione linguistica, con la quale si suole alludere più che ad un concetto o ad un fatto, ad un problema, e precisamente al *problema delle interferenze* che, sul coacervo di interessi facenti capo alle singole società, esercita l'appartenenza delle stesse ad un gruppo» [in questi termini cfr. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., 118 (enfasi aggiunta), ma uno spunto già in JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, cit., 811; il problema delle regole procedurali preordinate alla trasparenza, alla ponderazione e all'imparzialità delle decisioni assunte proprio dall'organo gestorio di società di gruppo è oggi al centro dell'analisi di GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, cit., 105 ss.].

⁵³⁷ Al riguardo, è del resto significativo precisare – sulla scorta di quanto osservato, con riguardo alle procedure liquidatorie individuali, da D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., 73 ss. – che il chiaro riferimento normativo al «*migliore* soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo» consenta di ravvisare «più una petizione di principio che il portato di un compiuto esame del dato positivo» nell'idea per cui l'interesse dei creditori si appunti sulla *massima* soddisfazione possibile delle relative pretese, assumendo pertanto una connotazione assoluta: il che allora, nel contesto dell'insolvenza di gruppo, fornisce un'ulteriore argomento – fermo restando quanto si dirà nel testo in ordine alla tensione verso il cd. ottimo paretiano – a sostegno dell'astratta compatibilità con la cornice assiologica della liquidazione giudiziale unitaria di sacrifici patrimoniali a danno della singola impresa, nella prospettiva di un presumibile incremento della *recovery ratio* complessiva della procedura.

attiva disponente⁵³⁸. La liquidazione giudiziale di gruppo, in altri termini, parrebbe essere stata concepita quale strumento per la realizzazione del cd. ottimo parietano: di uno scenario, cioè, nel quale l'aumento del valore "aggregato" del gruppo *in tanto* è da ritenersi legittimo (e pertanto legittimamente percorribile), *in quanto* la strategia di composizione della crisi sia concepita in modo tale da garantire, al livello della singola massa, un risultato (quantomeno) di neutralità o, meglio, di *assenza di pregiudizio*⁵³⁹.

Ciò premesso, risulta allora evidente la distanza che separa sotto il profilo assiologico la prosecuzione dell'attività nella liquidazione giudiziale di gruppo dalla gestione diretta e coordinata del gruppo *in bonis*.

⁵³⁸ Deve in realtà osservarsi come, a conferma peraltro dell'incostanza terminologica che connota in più punti le disposizioni del Codice della crisi (già ravvisata in altro contesto da PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, cit., 379), il tenore letterale dell'art. 287 alluda – quale condizione di ammissibilità della liquidazione giudiziale di gruppo – al «migliore soddisfacimento dei creditori delle *diverse* imprese del gruppo» e non, come invece fa l'art. 284 in materia di concordato preventivo di gruppo, al «migliore soddisfacimento dei creditori delle *singole* imprese del gruppo» (o ancora, come meglio specificato dal successivo art. 285, al «miglior soddisfacimento dei creditori di *tutte* le imprese del gruppo»): un indizio letterale, quest'ultimo, che – non a caso – ha indotto la dottrina che per prima ha esaminato le disposizioni in commento a ritenere che nel concordato di gruppo «il miglior soddisfacimento debba essere assicurato con riferimento ai creditori di ciascuna impresa», con conseguente preclusione di soluzioni concordatarie che si traducano «in un pregiudizio patrimoniale per le singole imprese del gruppo e, di riflesso, per i creditori delle stesse», assicurando loro «un trattamento deteriore rispetto a quello che conseguirebbero senza lo stesso» (in questi termini cfr. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 280 s.). Ora, a dispetto della diversa formulazione letterale delle due norme («creditori delle *singole* imprese» *versus* «creditori delle *diverse* imprese»), non sembra che la soluzione possa essere diversa per la liquidazione giudiziale di gruppo: dovendosi cioè ritenere che anche in tale contesto non siano ammessi – perché in contrasto con il principio di autonomia delle masse – "sacrifici" patrimoniali *definitivi* a danno dell'attivo di una delle imprese insolventi del gruppo, quand'anche funzionali all'incremento del valore *complessivo* del patrimonio del gruppo. S'impone pertanto la conclusione per la quale la liquidazione unitaria di gruppo, comprensiva anche di un'eventuale prosecuzione "aggregata" dell'attività, non può assicurare ai creditori della singola impresa un soddisfacimento inferiore a quello che essi otterrebbero in assenza del coordinamento e, dunque, nell'ambito della liquidazione statica, ed atomistica, del relativo patrimonio. D'altra parte, parrebbe oggi profilarsi in dottrina l'idea per cui nel diritto concorsuale e, segnatamente, nella disciplina delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa stia guadagnando consistenza – in connessione con le esigenze di tutela costituzionale della proprietà e del credito – il principio dell'«assenza di pregiudizio»: il quale fisserebbe, in tutte quelle situazioni nelle quali si tratta di effettuare una «comparazione tra scenari», «la soglia minima di trattamento economico inderogabile» da garantire ai titolari degli interessi rilevanti (in argomento cfr. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, *passim* ma spec. 185 ss., ove anche i virgolettati). Ebbene, non appare azzardato estendere tali considerazioni alla liquidazione giudiziale di gruppo, nella misura in cui anche in tale contesto diviene necessario compiere una *valutazione comparativa* tra differenti percorsi di regolazione del dissesto della singola impresa del gruppo, connotati da un diverso grado di integrazione: e dovendosi, pertanto, garantire anche in tale contesto l'*invarianza quantitativa* tra l'esito di un'eventuale soluzione "aggregata", con o senza prosecuzione dell'attività, e le risultanze della liquidazione individuale del patrimonio della singola impresa.

⁵³⁹ Tale è la conclusione cui perviene, in relazione al concordato preventivo di gruppo, D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 282, nella misura in cui conclude nel senso che la condizione di ammissibilità della procedura deve ritenersi integrata «quando, per effetto della gestione unitaria della procedura, la massa attiva si incrementerà presso alcune delle imprese e non si ridurrà presso alcuna»; nel medesimo senso cfr. altresì RESCIGNO, *Il concordato di gruppo: considerazioni sparse fra fisiologia e patologia dell'istituto*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, cit., 271.

In tale ultimo contesto, infatti, l'interesse rilevante, al quale fa da contraltare l'*Entscheidungsmaßstab* (il "criterio inderogabile di decisione") cui è vincolata la capogruppo nell'esercizio della direzione unitaria a tutela delle aspettative dei soggetti esterni al "vantaggio di gruppo", è allocato secondo un criterio spiccatamente *verticale*. Esso, in altri termini, è soggettivamente riferibile alla compagine azionaria di controllo e, a livello oggettivo, si appunta sulla massimizzazione del risultato complessivo del gruppo attraverso la gestione sinergica delle imprese partecipate⁵⁴⁰; il che, sul versante di queste ultime, comporta evidentemente come l'esercizio del potere di eterodirezione giustifichi finanche – in una logica di *Konzerprivileg*⁵⁴¹ – un *sacrificio programmato e non meramente occasionale* della consistenza patrimoniale e delle prospettive reddituali di una di esse a vantaggio di altre⁵⁴²: il tutto a condizione, da un lato, che la strategia perseguita dalla capogruppo assuma i connotati dell'imprenditorialità⁵⁴³ e, dall'altro, che siano rispettati i limiti "mobili" imposti dal principio generale di correttezza, preordinati, anche attraverso gli *obblighi di indennizzo verticale* sottesi alla clausola dei vantaggi compensativi, a garantire che l'eterodirezione risulti *economicamente neutra* per i soci esterni e i creditori delle società controllate⁵⁴⁴.

Oltre, a ben vedere, non è possibile spingersi: con la conseguenza, in particolare, per cui risulta oltremodo arduo desumere, a fronte dell'assenza nel codice civile di qualunque indicazione circa i criteri di distribuzione dei risultati dell'attività di gruppo, un obbligo di ripartizione *proporzionale* dei ricavi tra le società partecipanti. È infatti proprio la

⁵⁴⁰ In tal senso cfr., per tutti, MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, interesse del gruppo*, cit., 77 e 89.

⁵⁴¹ Per la cui descrizione cfr., in luogo di molti, VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 850 ss., il quale efficacemente riscrive l'art. 2497 c.c. nel senso che «per le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento è lecito agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in ossequio ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, salvaguardando l'integrità patrimoniale delle società dirette e coordinate e l'interesse alla redditività e al valore della partecipazione sociale dei relativi azionisti».

⁵⁴² Legittimando in tal modo una parziale «defunzionalizzazione delle decisioni rispetto all'interesse sociale», per utilizzare la fraseologia proposta da SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, cit., 2179.

⁵⁴³ Non v'è infatti dubbio, al contrario, che, qualora la direzione unitaria sia diretta al perseguimento di vantaggi di natura personale, non vi sia ragione di applicare il privilegio dell'esonero da responsabilità in presenza di vantaggi compensativi, da rimpiazzare allora con le regole più restrittive d'imputazione dell'illecito civile in generale (cfr. sul punto già MAZZONI, nel *Parere dei componenti del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale. Università Cattolica di Milano*, cit., 1507).

⁵⁴⁴ In tal senso peraltro è orientata anche la sporadica giurisprudenza che si è pronunciata sul punto: cfr. la posizione, seppur enunciata in un *obiter dictum*, di Trib. Milano, sez. VIII, 2 febbraio – 17 febbraio 2012, n. 2085, in *Società*, 2012, 1604 ss., con nota di WEIGMANN, ove il condivisibile rilievo per cui l'inciso «agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui» di cui all'art. 2497 c.c. non può essere «scaravoltato facendogli assumere surrettiziamente valenza di autonomo requisito di liceità dell'attività di direzione e coordinamento» e, dunque, «letto nel senso che la controllante "non deve agire nell'interesse proprio" o, addirittura "deve agire nell'interesse del gruppo o nell'interesse della società del gruppo eterodiretta"». Per contro, la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento va letta, nel suo complesso, come «concessiva della possibilità che la controllante agisca anche nell'esclusivo interesse proprio, purché non rechi danno alle controllate o i danni causati siano adeguatamente compensati, sicché l'attività di coordinamento dia, per le controllate, un risultato almeno neutro».

funzionalizzazione del potere di direzione e coordinamento alla realizzazione dell'interesse imprenditoriale «proprio» – «della capogruppo in quanto tale»⁵⁴⁵ – o «altrui» – di altre società del gruppo – ad indurre a ritenere che la capogruppo sia facoltizzata a distribuire il saldo positivo dell'attività imprenditoriale di gruppo in maniera tendenzialmente *discrezionale*⁵⁴⁶.

Né a conclusioni opposte pare potersi giungere in relazione all'eventuale *plusvalore* di gruppo, vale a dire al maggior valore che deriva dall'esercizio in forma diretta e coordinata dell'attività d'impresa svolta dalle singole imprese del gruppo: anzi, a tale riguardo potrebbe addirittura sostenersi – e l'ipotesi non si rivelerebbe priva di coerenza – che tali valori siano soggetti a regole di distribuzione ancor più blande, in quanto imputabili eziologicamente ad una scelta organizzativa della capogruppo e, perciò, suscettibili finanche di integrale appropriazione da parte di quest'ultima. Il tutto – giova precisarlo – nel rispetto in ogni caso dei limiti imposti dalla clausola generale di correttezza, la quale si traduce a ben vedere in un vincolo di carattere negativo e, segnatamente, nel divieto per la capogruppo di pregiudicare sistematicamente la causa lucrativa delle società controllate, escludendone in maniera continua e programmatica *qualunque* partecipazione al risultato dell'iniziativa⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Così GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1568 s.; ma nei medesimi termini cfr. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 402; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 637, nonché, *amplius*, ID., *Contro una normativa speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, cit., 2002 ss.; MOZZARELLI, *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto tra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 102.

⁵⁴⁶ Cfr. in questo senso DENOZZA, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno. Milano, 9 ottobre 2009*, cit., 31 ss., ove l'idea per cui, nei gruppi gerarchici, l'interesse di gruppo sarebbe al limite «concepibile a livello di coordinamento (a livello cioè della collaborazione al fine della produzione di un *surplus*)» e non già «a livello di cooperazione», in quanto «i soci delle varie società possono fare affidamento solo sulle regole relative alla spartizione degli utili prodotti dalla società cui partecipano, e non su una regola di spartizione del *surplus* prodotto dal gruppo». L'essenza del privilegio di gruppo e – correlativamente – l'assenza di un obbligo di ripartizione proporzionale dei risultati dell'attività unitaria, pur con il limite della compensazione dei sacrifici patrimoniali inflitti alle società eterodirette, sono ben espresse da SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 535, ove si legge che la disciplina complessivamente dettata dal primo comma dell'art. 2497 c.c. si fonda sul «riconoscimento alla società o ente titolare della "direzione unitaria del gruppo" di un potere discrezionale di contenuto ampio, che consenta di superare la pluralità soggettiva, attraverso lo *spostamento di risorse economiche e finanziarie* all'interno del gruppo stesso *come se questo fosse un'unica impresa*, attraverso la *distribuzione dei vantaggi e delle opportunità di guadagno in maniera anche ineguale fra le diverse società*, e persino attraverso l'adozione di strategie imprenditoriali che risultano antieconomiche per una o più società e si risolvono in sacrifici o pregiudizi per i loro portatori di interessi: riconoscimento tuttavia subordinato alla condizione che il pregiudizio arrecato venga neutralizzato con l'attribuzione, alla società che lo ha subito, di un vantaggio equivalente in un arco temporale determinato» (enfasi aggiunta).

⁵⁴⁷ Per conclusioni in parte simili, con particolare riguardo alla *pars destruens* del discorso sviluppato nel testo, cfr. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 339 s. e nt. 130, il quale, dopo aver escluso che il diritto positivo fornisca «appigli su cui fondare l'obbligo per la capogruppo di garantire ai soci "esterni" di ogni società eterodiretta una remunerazione dell'investimento rigorosamente proporzionale al contributo che quella società offre alla produzione dell'utile netto su base consolidata», valorizza nondimeno il richiamo alla corretta gestione al fine di «assicurare una *adeguata*, ancorché non

Radicalmente diversa è, al contrario, la situazione che si prospetta all'atto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo. In tale contesto, infatti, la prevalenza degli obiettivi della regolazione concorsuale dell'insolvenza induce a far coincidere l'interesse rilevante, al quale deve essere improntato l'esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte del curatore, con un *interesse comune* a(i creditori del)le imprese insolventi del gruppo.

Se, invero, l'obiettivo di fondo cui sono preordinate le nuove procedure di gruppo è l'ottimo paretiano, ossia l'incremento complessivo del valore dell'attivo cui deve necessariamente corrispondere la sua mancata riduzione al livello della singola massa, risulta allora di immediata percezione come i creditori delle imprese coinvolte si pongano, rispetto al referente assiologico della gestione, in una posizione di *sostanziale condivisione dei risultati e dei rischi di insuccesso dell'iniziativa*. In particolare, ciascuna classe di creditori partecipa al rischio insito nella soluzione concorsuale scolpita nel programma di liquidazione in misura sì proporzionale all'entità della massa attiva cui afferisce la propria pretesa ma, ciò nonostante, in maniera essenzialmente paritetica, senza che alcuna di esse possa beneficiare di un ipotetico "vantaggio di gruppo".

Peraltro, anche tali considerazioni militano a ben vedere a sostegno dell'ipotizzato accostamento tra il fenomeno, per certi versi atipico, del «gruppo insolvente in liquidazione giudiziale» e il ben più noto modello del gruppo orizzontare o paritetico.

Invero, secondo un diverso modo di intendere l'essenza della pariteticità, particolarmente diffuso in altri ordinamenti, ma non del tutto sconosciuto neppure al

necessariamente proporzionale, distribuzione tra le diverse entità del gruppo del risultato di quella attività». Per l'osservazione secondo la quale la clausola generale di corretta gestione societaria e imprenditoriale impone alla capogruppo di salvaguardare, al livello della società controllata, «la possibilità di operare come autonomo "centro di profitto"» cfr. invece ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 204 e già TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 212 ss. D'altra parte, può non essere irrilevante ricordare come quanti in dottrina hanno tentato di desumere nel diritto societario riformato un principio di parità di trattamento degli azionisti – applicabile anche al di fuori delle ipotesi in cui l'azione degli organi sociali è testualmente vincolata al rispetto di un criterio di proporzionalità – abbiano concluso per l'impossibilità di generalizzare un siffatto dovere; e ciò anche – se non prioritariamente – sulla base della considerazione per cui il fenomeno societario non si presta ad essere interpretato alla luce dei paradigmi contrattuali, dovendosi per contro attribuire rilevanza centrale all'impresa quale canone valutativo della disciplina (secondo la chiave di lettura offerta da FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma. I. La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 680 ss.). Ebbene, la centralità del paradigma imprenditoriale – e dei valori ad esso connessi – ha indotto la dottrina che si commenta a concludere nel senso di «una inevitabile marginalizzazione del principio di parità di trattamento», il quale dovrà allora «essere giustificato da una norma specifica, in mancanza della quale la società sarà libera di meglio determinare il contenuto dell'atto negoziale senza le limitazioni derivanti dall'eventuale diritto alla parità dei soci» (in tal senso cfr. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 269 ss. e 273 s., ove i virgolettati). In argomento cfr., senza alcuna pretesa di completezza, SACCHI, *Due ipotesi di asimmetria informativa consentita nelle s.p.a. non quotate*, in *Il caleidoscopio dell'informazione nel diritto societario e dei mercati. In ricordo di Guido Rossi*, a cura di Marchetti-Ghezzi-Sacchi, Milano, 2020, 49 s., nonché – con riferimento alla Seconda Direttiva comunitaria in materia societaria (77/91 CEE del 13 dicembre 1976), che, com'è noto, conteneva un espresso riferimento alla parità di trattamento rispetto alle posizioni iniziali degli azionisti – D'ALESSANDRO, *La Seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1987, 1 ss.

nostro⁵⁴⁸, ciò che contraddistinguerebbe tale forma di esercizio dell'impresa rispetto al più comune gruppo gerarchico o verticale non è tanto la condivisione – a monte – dell'*Entscheidungsmacht* fra tutte le società del gruppo, quanto la presenza – a valle – di una «*Geschäftsführung für alle*»⁵⁴⁹. Detto altrimenti: se, nei gruppi gerarchici, la capogruppo è facoltizzata ad agire esclusivamente nel proprio interesse, fermi ovviamente restando i limiti imposti dall'ordinamento alla *Konzernherrschaft*, nei gruppi paritetici, al contrario, quel potere è esercitato (anche da parte di una, ma) nell'interesse imprenditoriale di *tutte le società del gruppo*⁵⁵⁰. Ciò, allora, implica la sussistenza – quale connotato essenziale della pariteticità – di una *horizontale Risikoteilung*, vale a dire della *condivisione orizzontale* del rischio connesso all'attività comune, cui si accompagna una

⁵⁴⁸ La ricostruzione che verrà esposta nel testo è stata concepita, con riferimento all'ordinamento tedesco, da K. SCHMIDT, *Gleichordnung im Konzern: terra incognita? Vorstudien und Thesen zu einem Recht der Konzernschwestern*, in ZGR, 1991, 417 ss.

⁵⁴⁹ In questi termini cfr. SCHMIDT, *Gleichordnung im Konzern: terra incognita? Vorstudien und Thesen zu einem Recht der Konzernschwestern*, cit., 445, per il quale «es Abhängigkeit auch im “Gleichordnungskonzern” und Gleichordnung auch im “Unterordnungskonzern” geben kann». Più nello specifico, secondo la tesi in esame il *Gleichordnungsvertrag*, in quanto riconducibile alla categoria degli *Unternehmensverträge*, ben potrebbe attribuire ad una delle *Schwesterunternehmen* la direzione unitaria e il potere di impartire istruzioni alle altre, concretizzando con ciò un rapporto di *Herrschaft-Abhängigkeit*. In quest'ottica, dunque, l'alternativa tra l'accentramento e la condivisione del potere di direzione, frequentemente elevata a tratto costitutivo della distinzione tra gruppi verticali e orizzontali, costituirebbe al contrario un elemento tendenzialmente *neutro* ai fini della qualificazione del gruppo (eventualmente) paritetico, la cui essenza andrebbe pertanto ricerca su un piano diverso: su quello – s'intende – dell'*Entscheidungsmaßstab* e non su quello dell'*Entscheidungsmacht*. Sul punto cfr. tuttavia la prospettiva ricostruttiva radicalmente opposta assunta da SANTAGATA, *I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica*, cit., 262 s., ove segnatamente l'idea per cui un potere di sovraordinazione, cui corrisponde uno stato di dipendenza di alcune delle società affiliate, sarebbe «di per sé inconciliabile con i caratteri del gruppo paritetico».

⁵⁵⁰ Nella dottrina italiana, spunti nella direzione individuata nel testo in COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, cit., 1080: «il gruppo è caratterizzato dalla disparità di posizioni delle imprese coinvolte. Quella che si istituisce tra di esse non è una unione tra eguali. *Salvo che si tratti di gruppo paritario* [...], essa postula e presuppone un solo *dominus* e pochi o molti satelliti» (enfasi aggiunta); e in RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 637, ove l'idea per cui «il perseguimento di un interesse di gruppo “comune” [...] si realizza in linea di principio nel solo gruppo a struttura pariordinata effettivamente tale [...] ove la pariteticità delle posizioni garantisce di massima che l'attività di direzione e coordinamento non nuocerà all'interesse di alcuna singola componente del gruppo». L'idea è, in altri termini, quella per cui, nei gruppi paritetici, l'interesse di gruppo costituisca il «reale “centro di convergenza” degli interessi di *tutte* le imprese partecipanti, che concorrono *pariteticamente* alla sua definizione»: trattandosi allora «di un interesse non già *sovraordinato* alle società sorelle [...] bensì come a *tutte* le società del gruppo (nessuna esclusa)» (cfr. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., 176). Tuttavia, tale ricostruzione dell'interesse di gruppo non rappresenta una mera conseguenza – un *posterius* – rispetto all'aver identificato l'essenza della pariteticità nell'esercizio concertato della direzione (nel senso che la vigenza di meccanismi di concertazione implicherebbe logicamente la convergenza delle società del gruppo verso un interesse comune alla cui definizione tutte concorrono democraticamente). Per contro, il carattere comune dell'interesse imprenditoriale perseguito costituisce – si ritiene – un *prius* rispetto ai meccanismi di formazione della volontà all'interno del gruppo, nonché un elemento rispetto a questi ultimi *irrelato*: ben potendo, allora, ravvisarsi l'essenza della pariteticità anche in presenza dell'esercizio *non concertato* della direzione unitaria.

ripartizione proporzionale dei profitti e delle perdite (*Verlustausgleich*) tra tutte le società affiliate⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Uno spunto in tal senso in SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 537 e nt. 32, ove il riferimento ad un accordo fra le diverse società del gruppo che «impone di ripartire il vantaggio o *surplus* riconducibile alla politica di gruppo fra le varie società partecipanti allo stesso secondo una proporzione predefinita»: prospettiva che l’Autrice ritiene praticabile nel solo «gruppo (cooperativo) paritetico». Può incidentalmente rilevarsi come la proposta ricostruttiva esposta nel testo parrebbe trovare, nell’ordinamento italiano, un significativo punto di emersione a livello normativo. Nell’ambito dei modelli di integrazione tra imprese orientate al perseguimento dello scopo mutualistico, la disciplina del gruppo cooperativo paritetico di cui all’art. 2545-*septies* c.c. si segnala (ai fini che in questa sede rilevano) in quanto contempla tanto la direzione e il coordinamento delle imprese esercitate dalle società affiliate, elevata – anzi – a «tratto qualificante la fattispecie del gruppo (anche) cooperativo» (così LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico «semplice» e «qualificato» (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. IV, cit., 1109, nonché ID., *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 65 ss., ma sul punto cfr. altresì ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, 2005, 773 ss. e GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 512 ss.), quanto l’esistenza di una o più cooperative alle quali tale funzione è convenzionalmente attribuita e che, pertanto, non possono che assumere la qualifica di capogruppo. La norma, tuttavia, è ancor più rilevante nella misura in cui dispone (implicitamente) che l’esercizio della direzione unitaria debba tener conto, alle condizioni individuate nel contratto istitutivo, di un principio generale di «*equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall’attività comune*» (principio che, in particolare, impone alla capogruppo lo «svolgimento dell’attività di gruppo nel giusto contemperamento degli interessi» delle società aderenti, attraverso la ricerca della «sintesi più equilibrata ed efficiente tra le istanze, talora confliggenti» delle medesime: in questi termini cfr., sebbene con riguardo al gruppo bancario cooperativo, SANTAGATA, “*Coesione*” ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo, cit., 464 s.): il che allora induce a ritenere che l’essenza della pariteticità del gruppo cooperativo di cui all’art. 2545-*septies* c.c. non attenga tanto «all’esercizio del potere (*Entscheidungsmacht*), nel senso che la direzione del gruppo debba essere “concertata” dalle società cooperative aderenti», bensì «alla sfera dei criteri (inderogabili) di decisione (*Entscheidungsmaßstab*), ossia ai criteri nel rispetto dei quali tale potere debba essere esercitato» e, più nel dettaglio, all’«equilibrio nella distribuzione dei risultati» dell’attività comune (TOMBARI, *Il gruppo cooperativo paritetico: profili giuridici*, in *Il gruppo cooperativo paritetico*, a cura dell’Osservatorio Regionale Toscano sulla Cooperazione, Firenze, 2008, 119 ss., nonché ID., *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2008, I, spec. 743 ss. e ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 143 ss.; nel medesimo senso cfr. altresì BITOSI-STANGHELLINI, *I contratti di gruppo cooperativo paritetico tra regole legali e autonomia negoziale*, in *AGE*, 2008, 349, ove il rilievo per cui «la “pariteticità” [è] compatibile con l’assoggettamento ad un unico vertice decisionale, e [...] ciò che il legislatore richiede [è] l’equa distribuzione dei risultati, e non una direzione necessariamente concertata»; per una diversa lettura cfr. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell’art. 2545-*septies* c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 525 ss. e in part. 527 e nt. 9, ove il più generale rilievo per cui «è proprio la *concertazione* nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento l’unico e decisivo tratto distintivo tra gruppo paritetico e gerarchico»; il pensiero dell’Autore è stato di recente ribadito, sebbene in una diversa prospettiva, in ID., “*Coesione*” ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo, cit., 459 ss.; sul punto cfr. anche i cenni di AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Torino, 2017, 20 ss.). A partire da tali premesse, la distinzione a livello generale – al di fuori del diritto della cooperazione, s’intende – tra gruppi gerarchici e gruppi paritetici fondata sulla condivisione dell’interesse è stata sviluppata in maniera compiuta da (ONZA)-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, cit., 241 s. e nt. 76 ove in particolare il rilievo per cui, se nel gruppo gerarchico è possibile attuare «politiche di gestione idonee a pregiudicare gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori delle società eterodirette e senza che questo comporti alcun diritto da parte di costoro, salvo che ciò manifesti una scorrettezza e che il danno non risulti in qualche modo eliso in ragione della soggezione al vincolo gerarchico medesimo», il gruppo paritetico esige invece «una equilibrata distribuzione di vantaggi da cui nessun ente partecipante può legittimamente esser escluso ed accessibili soltanto attraverso la soggezione all’attività di direzione e coordinamento»: di talché può

In definitiva, sol che si convenga con quanto sinora ricostruito, risulta evidente come l'ipotizzata direzione unitaria del gruppo in liquidazione giudiziale si presti a buon diritto ad essere ricondotta entro le coordinate concettuali del *coordinamento orizzontale*, e ciò indipendentemente, se non addirittura in entrambe le declinazioni della pariteticità astrattamente prospettabili. Sia che si guardi, cioè, a quella nozione nella prospettiva del "potere", sia che si attribuisca rilievo preminente e qualificante alla dimensione degli "interessi", l'attività del curatore non potrà che risultare strutturalmente e funzionalmente paritetica: il che – lo si può anticipare – può costituire un solido fondamento teorico a partire dal quale ipotizzare una soluzione proprio al problema distributivo accennato in apertura.

3. (segue) i criteri di distribuzione del valore del gruppo insolvente.

La connotazione *intrinsecamente paritetica* della direzione unitaria del gruppo insolvente non è – come detto – priva di ripercussioni ai fini della soluzione degli interrogativi prospettati in conclusione della presente indagine. In particolare, la ravvisata funzionalizzazione del potere di direzione e coordinamento al perseguimento di un interesse comune alle imprese del gruppo e ai centri di interesse esterni ad esse suggerisce taluni criteri in base dei quali ripartire il valore di liquidazione del patrimonio del gruppo nell'ipotesi di una sua alienazione unitaria, eventualmente preceduta dalla prosecuzione dell'attività e da interventi più o meno consistenti di assistenza finanziaria infragruppo.

A tale riguardo, può innanzitutto osservarsi come la destinazione del valore del gruppo in liquidazione giudiziale dischiuda interrogativi diversi a seconda che il problema sia esaminato calandosi nella fase *intermedia* della procedura, propedeutica alla liquidazione ed eventualmente conservativa dell'impresa in esercizio, ovvero in quella *conclusiva*, preordinata alla distribuzione dell'attivo.

Prendendo le mosse dalla *prima* prospettiva, è a questo punto ineludibile rispondere all'interrogativo, più volte accennato nel corso della presente indagine, in ordine alle condizioni alle quali è consentito impiegare parte l'attivo di una delle imprese insolventi del gruppo al servizio della prosecuzione dell'attività dell'intero sodalizio o delle sue componenti ancora *viables*. Ebbene, al riguardo pare potersi ipotizzare che la legittimità dei trasferimenti patrimoniali infragruppo debba essere valutata – nel gruppo insolvente – alla stregua delle medesime regole che – nel diritto societario generale – prevengono l'esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento: con la conseguenza, in particolare, per cui la salvaguardia dell'autonomia patrimoniale dell'impresa disponente passerà in concreto attraverso la *programmazione di una soluzione concorsuale* che assicuri la *completa neutralizzazione della perdita conseguente al trasferimento di risorse* al netto dei risultati complessivi dell'esercizio dell'impresa e della liquidazione unitaria dell'attivo del gruppo.

dunque affermarsi che «(a) il gerarchico tollera lo svantaggio non compensato, purché corretto; (b) il paritetico invece esige il vantaggio, pur se equilibrato».

Sol che si convenga con quanto appena osservato, diviene allora agevole concludere nel senso che anche nella liquidazione giudiziale di gruppo l'esercizio dell'eterodirezione incontri il proprio *limite minimo* nell'integrale compensazione delle fuoriuscite patrimoniali occorse alle singole masse. In altri termini, e impregiudicato quanto si osserverà nel prosieguo dell'indagine in ordine alla ripartizione del maggior valore derivante dalla soluzione unitaria dell'insolvenza di gruppo, la sua stessa praticabilità sarà *ab imis* inderogabilmente condizionata alla prospettazione di un gioco "a somma (quantomeno) zero": con esclusione, quindi, della possibilità di imporre alle masse sacrifici patrimoniali non integralmente compensati.

Una simile conclusione, per vero già desumibile a partire dalla nuova disciplina del concordato preventivo di gruppo, richiede tuttavia, nel diverso contesto della liquidazione giudiziale unitaria, alcune precisazioni.

Per un verso, della duplice accezione con la quale è possibile intendere la regola dei vantaggi compensativi alla stregua dell'art. 2497 c.c., è in particolare la prima ad apparire maggiormente in linea con i criteri di gestione dell'impresa nella liquidazione giudiziale di gruppo (oltre che nel gruppo paritetico *in bonis*). Invero, pur non potendosi escludere in linea di principio che la neutralizzazione della diminuzione patrimoniale derivante dal trasferimento infragruppo sia garantita – *ex post* e in via residuale – attraverso specifici interventi di redistribuzione delle risorse "stornate", non è men vero che la logica della compensazione "indennitaria" attraverso le «operazioni a ciò dirette» si attagli maggiormente all'assetto di interessi sotteso ai gruppi gerarchici. In questi ultimi, infatti, la presenza di un soggetto in posizione sovraordinata rispetto ai soci esterni e ai creditori fa sì che, al pari dell'*imposizione*, anche la *neutralizzazione* di eventuali pregiudizi possa essere disposta dalla capogruppo in via del tutto unilaterale. Di contro, l'elisione del danno alla luce del «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» appare la *situazione normale* nei gruppi paritetici⁵⁵², nei quali è la stessa gestione

⁵⁵² Uno spunto a sostegno di quanto osservato nel testo, sebbene con riferimento ai gruppi bancari cooperativi, in CUOMO, *Poteri e doveri della "capogruppo" nel gruppo bancario cooperativo (appunti in tema di governance delle banche di credito cooperativo e modelli di eterodirezione societaria)*, cit., 167 s., ove il rilievo per cui l'imposizione di criteri di compensazione e di equilibrata distribuzione dei vantaggi dell'attività comune è fenomeno «diverso dai vantaggi compensativi tipici dei gruppi (o perlomeno di quelli gerarchici)», in quanto presuppone «una logica associativa di stampo mutualistico»; nonché in (ONZA)-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, cit., 245, ove il rilievo per cui «in linea di principio non sembra esservi spazio per i vantaggi compensativi nei paritetici, perché dagli svantaggi normativamente ci difende non attraverso misure risarcitorie, bensì attraverso misure di natura (*lato sensu*) reale», quale il diritto di recesso garantito (nei gruppi cooperativi) alle società aderenti «qualora, per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci». Non convince, per contro, quanto sostenuto da CETRA, *Tutela delle minoranze e dei soci nell'impresa cooperativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1515 s., ad avviso del quale le regole previste dall'art. 2545-septies c.c. per il gruppo cooperativo paritetico – pur costituendo nel loro complesso un ulteriore capitolo del diritto dei gruppi, che «altro non è se non una disciplina particolare di tutela delle minoranze» – «non sono altro se non un adattamento della più generale disciplina della direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss. c.c.»: e ciò per l'assorbente ragione che di taluni principi scolpiti dalla norma – primo fra tutti, quello di equilibrata distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune – non v'è traccia nella disciplina positiva del gruppo gerarchico; né una loro vigenza in tale ultimo contesto può essere desunta in via interpretativa, stante il diverso criterio – verticale e non orizzontale – di allocazione dell'interesse rilevante nei due modelli di gruppo (gerarchico e paritetico).

dell'impresa ad essere funzionalizzata – per l'appunto – alla produzione di un plusvalore da distribuire tra i centri di interesse che concorrono in posizione equiordinata alla sua realizzazione.

Per altro verso, nella formulazione dell'equazione compensativa, l'idoneità del risultato atteso ad elidere integralmente la perdita patrimoniale sottesa agli eventuali trasferimenti patrimoniali infragruppo non potrà che essere valutata secondo logiche analoghe da quelle che presiedono alla gestione del gruppo *in bonis*⁵⁵³. La comune prospettiva della continuità aziendale, sebbene preordinata nella liquidazione giudiziale di gruppo al perseguimento di finalità diverse rispetto alla mera produzione dell'utile, autorizza infatti a estendere alla direzione unitaria endoconcorsuale il rilievo di vantaggi compensativi anche solo *fondatamente prevedibili* al momento dell'approvazione del programma di liquidazione, a condizione che la loro acquisizione al patrimonio della società pregiudicata sia assistita dalla ragionevolezza tipica delle scelte imprenditoriali assunte in maniera conforme a correttezza⁵⁵⁴.

Senonché, a partire da tali premesse diviene necessario precisare – e il punto è rimasto in ombra nel corso della presente indagine – come l'acquisizione del valore compensativo del sacrificio disposto con il trasferimento di risorse soggiaccia ad un duplice momento di attualizzazione, che tenga conto dell'incidenza tanto del *profilo temporale* entro il quale è atteso il ritorno prospettico di valore programmato, quanto di quello del *rischio* che circonda l'acquisizione medesima⁵⁵⁵.

È appena il caso di osservare, infatti, che anche nelle ipotesi di assistenza finanziaria endoconcorsuale alla perdita *certa ed attuale* costituita dalla fuoriuscita dei valori destinati alla continuazione dell'attività corrisponda – secondo un rapporto di rigorosa equivalenza quantitativa⁵⁵⁶ – un'entrata *futura ed incerta*, quale è per definizione quella attesa dall'esito migliorativo della vendita unitaria del patrimonio del gruppo rispetto al risultato della sua liquidazione atomistica. La *disomogeneità qualitativa* tra i due valori impone, pertanto, di riportare il secondo ad un denominatore comune, attraverso un procedimento di doppia attualizzazione che, se per un verso rischia di rendere più rare le eventualità in cui il trasferimento di risorse possa risultare integralmente compensato, per

⁵⁵³ In tal senso cfr., con riguardo al concordato preventivo di gruppo, GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, cit., 236.

⁵⁵⁴ Per tali considerazioni, riferite all'interpretazione dell'esimente sottesa all'art. 2497 c.c., cfr. *supra*, Cap. II.

⁵⁵⁵ Il punto è stato sottolineato da SABBIONI, *Il concordato di gruppo tra separazione delle masse, responsabilità patrimoniale e miglior soddisfacimento dei creditori*, tesi di dottorato del XXXI ciclo, discussa nel 2019 all'Università Bocconi di Milano, il cui pensiero è riportato da SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 322, ove il rilievo per cui «è indispensabile, perché la comparazione sia compiuta tra elementi omogenei, che il valore delle risorse di cui si prevede il futuro ingresso venga attualizzato non solo sotto il profilo temporale, ma anche sotto quello della ponderazione del rischio».

⁵⁵⁶ In tal senso cfr. ancora SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 322.

l'altro rappresenta l'unica soluzione in grado di salvaguardare la consistenza della garanzia patrimoniale delle imprese disponenti⁵⁵⁷.

Tutto ciò premesso, nella fase invece della *ripartizione dell'attivo* successiva alla vendita unitaria dell'azienda di gruppo o di suoi rami, il problema distributivo in esame si specifica nella ricerca – che rappresenta a ben vedere il punto nevralgico dell'intera impalcatura della liquidazione giudiziale di gruppo – di un criterio che consenta di suddividere tra gli attivi dell'impresa coinvolte il ricavato complessivo della liquidazione, se del caso incrementato attraverso gli interventi di assistenza finanziaria indicati nel programma di liquidazione.

Ebbene, nell'assenza di qualunque indicazione di diritto positivo sul punto⁵⁵⁸, anche la soluzione di tale interrogativo parrebbe essere decisamente indirizzata dalla ravvisata connotazione paritetica della direzione unitaria del gruppo insolvente in liquidazione giudiziale. Non v'è dubbio, infatti, che l'esercizio del potere di direzione e coordinamento nell'interesse comune delle imprese coinvolte e la condivisione da parte di queste ultime del rischio di insuccesso dell'iniziativa impongano l'adozione di criteri che assicurino un'*equa ripartizione* non soltanto delle perdite, ma anche (e soprattutto) dei profitti derivanti dall'attività comune⁵⁵⁹: come, del resto, è previsto espressamente in relazione al gruppo (cooperativo) paritetico, il cui contratto istitutivo deve per l'appunto assicurare – oltre alla «compensazione» delle perdite – anche l'«*equilibrio* nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune».

⁵⁵⁷ Entrambi gli aspetti evocati nel testo sono stati segnalati da SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 322 s., ad avviso del quale il procedimento di attualizzazione dei valori futuri è necessario proprio al fine di «salvaguardare pienamente il significato del criterio del miglior soddisfacimento dei creditori e la sua applicazione in modo rispettoso della separazione delle masse attive e passive delle varie società del gruppo».

⁵⁵⁸ Il problema è a ben vedere presente – e del pari non espressamente regolato – anche nella disciplina contabile dei patrimoni destinati ad uno specifico affare: in relazione ai quali, infatti, sebbene l'art. 2447-septies c.c. imponga alla società costituente di indicare nella nota integrativa (o, come pare preferibile, nella stessa delibera istitutiva del patrimonio destinato: in questo senso cfr. COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, cit., 39) «i criteri adottati per l'imputazione degli *elementi comuni* di costo e di ricavo», l'assenza di ulteriori indicazioni circa le concrete modalità di ripartizione di tali valori ha indotto la dottrina ad attingere ai principi della contabilità industriale (così STRAMPELLI, *Profili contabili dei patrimoni destinati*, cit., 591 s.), pur con la consapevolezza della necessità di ricorrere comunque a criteri forfettari «in un contesto dinamico di svolgimento di un'attività economica che renderebbe oltremodo ardua l'individuazione di singole operazioni tra divisioni aziendali» (in questi termini SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit., 146).

⁵⁵⁹ In questo senso, molto chiaramente, (ONZA)-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, cit., 245, ove il rilievo per cui «il paritetico presuppone una clausola di distribuzione dei vantaggi realizzati (con dizione naturale nei gruppi gerarchici ed invece necessaria nei gruppi paritetici), clausola che rende persino intollerabile l'antieconomicità del vincolo». Siffatta clausola, in particolare, impone la ripartizione dei risultati dell'attività comune secondo «criteri di *equità e ragionevolezza*, non discriminatori e proporzionati all'effetto dell'attività» e tali, inoltre, da assicurare «un rapporto di equivalenza, a valori di mercato, tra sacrifici richiesti e vantaggi corrisposti per il perseguimento della strategia di gruppo» (così, sebbene con riguardo al gruppo bancario cooperativo, SANTAGATA, «*Coesione*» ed *autonomia nel gruppo bancario cooperativo*, cit., 465).

Se così è, diviene allora immediato desumere l'esistenza, nella sola liquidazione giudiziale di gruppo (e non invece, come pare, nel concordato preventivo di gruppo)⁵⁶⁰, di un *principio di ripartizione proporzionale* del plusvalore derivante dalla soluzione unitaria dell'insolvenza di gruppo⁵⁶¹. In particolare, appare fondato ritenere che il criterio distributivo più idoneo a garantire l'equa partecipazione al ricavato della liquidazione possa consistere nella proporzionalità tra i valori dell'attivo delle singole imprese coinvolte al momento dell'apertura della procedura⁵⁶², da correggere, nell'eventualità in

⁵⁶⁰ L'individuazione in parallelo di un criterio di distribuzione del plusvalore *concordatario* in sede di regolazione della crisi dei gruppi è senza dubbio un problema complesso, che in questa sede può essere soltanto accennato, riservandosi l'approfondimento ad un successivo sviluppo del presente lavoro di tesi. Ciò nondimeno, può essere opportuno anticipare come la proposta di una soluzione disomogenea tra le due procedure possa non apparire del tutto sorprendente, sol che si consideri la *differente intensità* della direzione unitaria esercitata dalla capogruppo sulle società controllate nell'una e nell'altra. Se, infatti, come si è già osservato, nella *liquidazione giudiziale* di gruppo il potere di direzione e coordinamento esercitato dal curatore è sostanzialmente diverso ed eterogeneo rispetto a quello esercitato dalla capogruppo sul gruppo *in bonis* (atteso che quest'ultimo trova il proprio fatto dissolutivo nell'ammissione alla procedura), radicalmente opposto è invece lo scenario nel *concordato preventivo* di gruppo. In tale contesto, infatti, la permanenza di un limitato potere della capogruppo di dirigere e coordinare l'attività delle controllate – in ragione degli effetti più blandi dell'apertura della procedura – ma, soprattutto, la provenienza negoziale ed unilaterale del piano di concordato preventivo – il quale, *se predisposto dalla capogruppo*, rappresenta anch'esso un atto di esercizio della direzione unitaria – inducono a ritenere legittima un'eventuale *asimmetria nella distribuzione dei costi e dei ricavi* derivanti dalla procedura unitaria (contrariamente a quanto implicitamente ritenuto da SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 316 s., che quell'asimmetria tenta di rimuovere): il tutto – ovviamente – con il limite dell'assenza di pregiudizio rispetto ai valori iniziali dell'attivo della singola impresa (criterio definito «“minimalista” o “neutrale”») da GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, cit., 236). Ciò premesso, non v'è chi non veda poi come l'individuazione del criterio distributivo assuma nuovamente contorni problematici anche nella liquidazione giudiziale di gruppo, nell'eventualità in cui vi si innesti la presentazione di un concordato liquidatorio giudiziale: dovendosi, cioè, valutare se in tali casi il criterio proporzionale non debba essere soppiantato da parametri diversi, che tengano conto ad esempio della provenienza del piano di concordato dalla stessa capogruppo o da creditori o terzi, al cui contributo causale alla soluzione dell'insolvenza tramite la chiusura della liquidazione potrebbe essere opportuno offrire una speciale “remunerazione”, nella forma – per l'appunto – di una priorità o, comunque, di una qualche preferenza nella ripartizione dei vantaggi di gruppo. Anche tale questione non può essere adeguatamente esaminata in questa sede: valgono pertanto le medesime considerazioni in ordine all'espressa riserva di trattare il tema in un successivo approfondimento.

⁵⁶¹ In tal senso cfr., con riguardo ai gruppi (cooperativi) paritetici e nella prospettiva della responsabilità per scorretto esercizio della direzione unitaria, (ONZA)-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, cit., 246, secondo il quale in tale contesto la clausola di correttezza impone «non soltanto (a) la elisione del danno (condizione sufficiente della non risarcibilità nel gruppo gerarchico), ma altresì (b) la successiva distribuzione del vantaggio tra gli “enti aggregati” nel gruppo, non bastando nel paritetico la mera compensazione del sacrificio (una sorta di «saldo attivo» del rapporto di gruppo)». Non a caso, del resto, la regola di tutela sottesa all'art. 2545-septies c.c. è stata ritenuta «più garantistica delle regole generali in materia di direzione e coordinamento di società» anche da SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*, cit., 542.

⁵⁶² Si tratterebbe cioè – come è stato suggerito, sebbene con riguardo al concordato preventivo di gruppo e sebbene in forma dubitativa, da SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 316 s. – di estendere anche alla ripartizione dell'attivo nella liquidazione giudiziale di gruppo del medesimo criterio previsto dalla legge, in entrambe le procedure, per l'imputazione alle singole masse del *passivo*, vale a dire delle spese generali della procedura. Più in generale, con riguardo al gruppo (cooperativo) paritetico è stato proposto – nel silenzio dell'art. 2545-septies c.c. in ordine proprio ai criteri attraverso i quali assicurare l'«equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune» – di applicare la norma suppletiva, dettata in materia di società semplice ma dalla portata

cui intervengano trasferimenti di risorse strumentali alla continuazione dell'attività, in modo tale da tener conto e valorizzare adeguatamente il *maggior rischio* assunto dalla massa attiva dell'impresa disponente e il contributo causale offerto in tal modo alla produzione del plusvalore.

Il punto merita di essere ulteriormente precisato. In particolare, l'idea dalla quale muovono le presenti riflessioni è che il criterio della proporzionalità secca tra gli attivi "di partenza" consenta un'equa ripartizione del risultato della liquidazione soltanto nell'eventualità in cui la procedura presenti la sua *conformazione legale tipica*, nel senso, cioè, che la prevalenza dell'unità sulla pluralità nella gestione dell'insolvenza del gruppo risulti concretamente limitata al solo momento *statico* del «coordinamento nella liquidazione degli attivi», testualmente elevato a presupposto minimo per l'apertura della liquidazione giudiziale unitaria dall'art. 287 del Codice della crisi: eventualità, quest'ultima, in cui la soluzione concorsuale assume allora su di sé il solo *livello di rischio minimo* preso in considerazione, e di conseguenza ritenuto *normale*, dalla legge.

Qualora, invece, nella liquidazione giudiziale di gruppo si innestino soluzioni operative *dinamiche* – quali la prosecuzione dell'impresa e, in particolare, il trasferimento di risorse infragruppo – apparentemente "atipiche" e, in ogni caso, contrassegnate dall'assunzione di un *maggior rischio* rispetto al profilo legale, il criterio della proporzionalità tra gli attivi "di partenza" rischia in concreto di *peccare per difetto*: non valorizzando cioè adeguatamente il conseguente contributo causale offerto alla

indubbiamente generale, secondo la quale «le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti» (art. 2263 c.c.) (in questi termini SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*, cit., 535 s.). Nel diritto concorsuale, invece, l'adozione di un criterio proporzionale nella ripartizione e, prim'ancora, nell'*imputazione* dei ricavi, oltre che dei costi, della procedura *a favore di singole masse* all'interno dell'attivo generale è testualmente suggerita – oltre che dal nuovo art. 287 del Codice della crisi con riferimento alle spese generali della procedura – dal già menzionato art. 111-ter l.fall. (attuale art. 223 del Codice della crisi): il quale – con una disposizione che la giurisprudenza correttamente ritiene di carattere materiale e non meramente contabile (in questo senso cfr. Trib. Milano, decr. 21 maggio 2015, in www.ilfallimentarista.it, 9 marzo 2016, con nota di GRATTERI, *Prededucibilità del credito IMU nel fallimento e soddisfacimento sul ricavato dei beni ipotecati*; coerenti con tale interpretazione della norma sono poi Trib. Milano, Sez. fall., 1° aprile 2017, in *Fall.*, 2018, 369 s., con nota di DE MATTEIS-PUGLIESE, *Imputazione delle spese generali della procedura fallimentare rispetto al creditore ipotecario o pignoratizio*; Trib. Como, Sez. I Civile – Fallimenti, 18 dicembre 2019, in www.ilcaso.it) – risolve il conflitto tra creditori ipotecari, il cui soddisfacimento è garantito prioritariamente dal ricavato della liquidazione del bene sul quale insiste la causa di prelazione, e creditori prededucibili imponendo al curatore la tenuta di una contabilità separata che – come si è già accennato (cfr. il capitolo II, paragrafo 5 del presente lavoro) – indichi in maniera analitica le entrate e le uscite di carattere specifico e la «quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni *secondo un criterio proporzionale*». In particolare, la norma conferma come il criterio di imputazione delle spese generali della procedura sia costituito non dall'utilità del costo per il creditore garantito (come ritenuto invece da Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11500, in *Fall.*, 2010, 1271 s., con osservazioni di FEDERICO; Cass. civ., Sez. I, 10 maggio 1999, n. 4626, in *Foro it.*, 1999, 3259 ss.; la soluzione è stata tuttavia criticata in dottrina: cfr., in luogo di molti, BOZZA, *I criteri per la distribuzione delle prededuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei creditori dal debitore concordatario*, in *Fall.*, 2015, 711 ss.), bensì proprio da quello della proporzionalità, da calcolarsi in particolare facendo riferimento al «rapporto proporzionale di valore (corrispondente al ricavato della vendita) dei beni immobili ipotecati rispetto alla restante parte dei beni liquidati nell'ambito del fallimento» (in questi termini Cass. civ., Sez. I, 9 giugno 1997, n. 5104, in *Foro it.*, 1997, 2925 ss.; nonché, in dottrina, in luogo di molti, BALESTRA, *Brevi note sui crediti prededucibili e crediti ipotecarie pignoratizi*, in *Fall.*, 2017, 8).

prosecuzione dell'attività dal patrimonio dell'impresa che sopporta il trasferimento di risorse. Senza contare, peraltro, che applicare i medesimi criteri distributivi previsti per l'ipotesi base della liquidazione coordinata dell'attivo potrebbe disincentivare l'assunzione dell'evidenziato maggior rischio da parte dei creditori dell'impresa disponente, così relegando le soluzioni in continuità a eventualità del tutto marginali.

A partire da tali premesse, può allora ipotizzarsi come, nella fase della *programmazione* della liquidazione unitaria, il principio dell'assenza di pregiudizio – che, come si è visto, corrisponde allo scenario economico dell'ottimo paretiano – debba essere soppiantato da una regola diversa, che assicuri all'impresa disponente un trattamento *più favorevole* rispetto alla soglia minima garantita dalla legge. Il che, allora, implica in concreto come condizione di legittimità di un programma di liquidazione che preveda trasferimenti patrimoniali infragruppo sia costituita dalla previsione che la massa attiva dalla quale fuoriescono le risorse a supporto della continuità risulti *incrementata*, e non rimanga invece meramente *invariata*, rispetto al suo valore iniziale⁵⁶³.

Quanto appena osservato non esaurisce tuttavia i correttivi da applicare alla regola di proporzionalità secca tra gli attivi di partenza: resta infatti ancora da comprendere come assicurare – nella fase della *distribuzione dell'attivo* – una siffatta priorità in favore della massa che, per effetto dell'assistenza finanziaria, assume il maggior rischio di insuccesso della soluzione concorsuale.

A questo riguardo, pur con la consapevolezza dell'estrema opinabilità della questione, rispetto alla quale difetta qualunque indicazione di diritto positivo e la cui soluzione è dunque interamente affidata alla “fantasia” dell'interprete, un'opzione concretamente praticabile potrebbe avvalersi di un conteggio *più che proporzionale* dei valori fuoriusciti dalla massa attiva dell'impresa disponente. Si tratterebbe, in altri termini, di determinare le percentuali di distribuzione tra le diverse masse del ricavato della liquidazione e, in particolare, dell'*eccedenza rispetto al valore iniziale dell'attivo* in maniera tale *non soltanto* – il che è quasi scontato – da conteggiare i valori trasferiti nell'attivo “*di partenza*” e non in quello “*di destinazione*”, ma da attribuire *altresì* a questi ultimi un “peso” maggiore rispetto a quello risultante dal mero rapporto percentuale rispetto al totale dell'attivo iniziale⁵⁶⁴: maggiorazione che si tratterebbe poi di calcolare

⁵⁶³ Nel sistema delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, l'ipotesi è stata di recente prospettata da SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 321 s., sul presupposto per cui «il soddisfacimento della massa passiva della società dal cui patrimonio escono le risorse deve necessariamente essere migliorato, in quanto il rischio insito nella uscita di un valore dal patrimonio deve essere giustificato da un miglioramento del soddisfacimento per i creditori della società titolare di quel patrimonio».

⁵⁶⁴ Un esempio numerico può contribuire a chiarire il criterio suggerito nel testo. Si ipotizzi l'apertura di una procedura unitaria di liquidazione giudiziale a carico di tre imprese insolventi appartenenti ad un gruppo (le società A, B e C), le quali presentano un attivo “*di partenza*” pari, rispettivamente, a 50, 100 e 150. Nell'eventualità in cui la procedura si concluda con la semplice liquidazione unitaria o, comunque, coordinata dell'attivo (l'ipotesi base alla quale è condizionata la stessa apertura della liquidazione giudiziale di gruppo), il ricavato della vendita dovrà essere ripartito tra le diverse masse secondo le percentuali, rispettivamente, del 16,66% ($50:300=x:100$), del 33,33% ($100:300=x:100$) e del 50% ($150:300=x:100$). Si ipotizzi invece il caso in cui la vendita unitaria dell'azienda sia preceduta dalla prosecuzione dell'impresa, nell'ambito della quale si sia reso necessario – in funzione della continuità di un settore strategico

secondo un coefficiente che tenga conto, ad esempio, del fattore di rischio connesso allo spostamento patrimoniale e alla soluzione concorsuale nel suo complesso⁵⁶⁵.

Senza contare, infine, che – anche a voler accogliere tale criterio, ed anzi proprio a causa del suo innesto nel sistema concorsuale di gruppo – rimarrebbero comunque da affrontare talune questioni problematiche, che in questa sede possono essere soltanto accennate⁵⁶⁶. Si allude, in particolare, all’opportunità di desumere in via interpretativa un onere di motivazione rafforzata del curatore in ordine alle soluzioni tecniche attuative del criterio di ripartizione del valore del gruppo, nonché all’individuazione di un criterio suppletivo, che intervenga in tutte quelle eventualità – per vero non infrequenti, alla luce delle prevedibili difficoltà connesse all’applicazione del parametro del “contributo causale” – in cui risulti complesso o addirittura impossibile accertare la misura effettiva in cui le risorse “movimentate” hanno contribuito alla produzione del plusvalore di gruppo.

4. La responsabilità del curatore per l’eterodirezione abusiva: i criteri di gestione.

Come si è accennato, le affinità esistenti tra la prosecuzione dell’attività nella procedura unitaria di liquidazione giudiziale e la gestione dell’impresa di gruppo secondo i paradigmi tipici della direzione e coordinamento non esauriscono la loro portata

dell’attività imprenditoriale di gruppo – “dirottare” un valore pari a 10 (corrispondente al 3,33% dell’attivo totale di partenza: $10:300=x:100$) dal patrimonio della società C (maggiormente patrimonializzata) a quello della società A. In tale ultimo scenario, si consideri l’eventualità che la liquidazione dell’attivo conduca alla produzione di un risultato di 400, con conseguente realizzazione di un plusvalore, rispetto al valore iniziale del patrimonio del gruppo, pari a 100. Ebbene, qualora si adottasse il criterio della proporzionalità secca tra gli attivi “di partenza”, il ricavato della liquidazione dovrebbe essere ripartito come segue: 68 alla massa attiva di A (16,66% di 400), 132 alla massa attiva di B (33,33% di 400) e 200 alla massa attiva di C (50% di 400). Rettificando invece il criterio della proporzionalità in modo tale da valorizzare il contributo causale offerto dalle risorse fuoriuscite dal patrimonio di C (10, pari al 3,33% dell’attivo totale di partenza), potrebbe ipotizzarsi di correggere le percentuali di distribuzione, con riferimento alle masse di C e A, del solo *maggior valore* rispetto al complessivo patrimonio iniziale (pari, nel caso di specie, a 100), aggiungendo alla prima, e corrispondentemente sottraendo alla seconda, un valore percentuale pari al massimo al 3,33% (non potendosi, cioè, escludere che tale percentuale debba essere in concreto *ridotta*, qualora – come si è in procinto di illustrare nel testo – la *rischiosità* del trasferimento patrimoniale sia meno significativa): di talché alla massa attiva di A potrebbe essere attribuito *al minimo* il 13,67% e alla massa attiva di C *al massimo* il 53,33% del plusvalore (ferma restando ovviamente l’attribuzione a B, che non sopporta alcun sacrificio patrimoniale ulteriore, del 33% del plusvalore).

⁵⁶⁵ Si tratterebbe cioè di adoperare, sebbene con i dovuti adattamenti, un coefficiente analogo a quello dell’*esposizione complessiva ponderata per il rischio* (cd. *RWA*, o *Risk Weighted Assets*) che, nel gruppo bancario cooperativo, misura il coefficiente con il quale, entro la cornice del sistema della garanzia in solido, le passività del gruppo si dividono – in ossequio a logiche di «solidarietà di sistema» (così GIANNELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo e la governance del gruppo*, cit., 88) – tra le singole banche aderenti (per alcune considerazioni su tale criterio, il quale consente per l’appunto di «commisurare l’impegno individuale non tanto ai volumi di attivo, ma anche alla loro rischiosità, col risultato che – a parità di attivo e di dotazione patrimoniale – le banche con profili di rischio più bassi sono destinate a sopportare un peso inferiore», cfr. PINTO, *Il sistema della “garanzia in solido” nel gruppo bancario cooperativo*, cit., 465, ove anche il virgolettato). In argomento cfr. CANNATA-CASELLINA-GUIDI, *Inside the labyrinth of Basel risk-weighted assets: how not to get lost*, Banca d’Italia, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), numero 132, settembre 2021.

⁵⁶⁶ E ciò con l’espressa riserva di condurne un più ampio approfondimento in un successivo sviluppo del presente lavoro.

ricostruttiva nell'individuazione – in uno scenario, si è detto, di fisiologia della gestione endoconcorsuale – delle modalità di conduzione dell'attività e dei criteri di ripartizione del suo risultato tra i centri di interesse coinvolti nella liquidazione concorsuale. Altro “campo problematico”, peraltro strettamente connesso al primo, rispetto al quale può essere proficuo il confronto con i consolidati principi in materia di direzione unitaria del gruppo *in bonis* è rappresentato dall'analisi dei possibili profili di responsabilità gestoria a carico del solo curatore (con esclusione, quindi, di una pretesa nei confronti della *holding*) in caso di *mala gestio* dell'affare e dei rimedi risarcitori azionabili dai creditori delle singole imprese del gruppo⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ È opportuno precisare, *in limine*, come in questa sede non saranno oggetto di indagine i profili generali della responsabilità del curatore per l'inadempimento dei «doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal programma di liquidazione approvato» (art. 38 l.fall. e art. 136 del Codice della crisi), in relazione ai quali può essere sufficiente il rinvio alle trattazioni istituzionali della materia. In particolare, è possibile in questa sede dare per presupposto – sebbene in dottrina si sia parlato al riguardo (ma forse troppo enfaticamente) di un «eterno dilemma» (così DE CRESCIENZO, *L'eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare*, in *Fall.*, 2014, 1281) – che la responsabilità risarcitoria del curatore abbia natura contrattuale, in quanto «destinata a presidiare il rapporto che lega l'interesse, facente capo all'ufficio fallimentare, ed il curatore che a quell'interesse deve uniformarsi e i cui obblighi sono sanciti dalla legge in funzione della realizzazione dell'interesse medesimo» (il virgolettato in VASSALLI, *Il curatore*, cit., 276 s.; la tesi della natura contrattuale della responsabilità, rispetto alla quale in dottrina si ravvisano le contrarie opinioni di ABETE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. I, cit., 649 s. e, prima della riforma del 2006, di CASELLI, *La responsabilità civile del curatore*, in *La responsabilità del curatore. Aspetti civili, fiscali e penali. Atti del Convegno S.I.S.Co del 13 dicembre 1986*, Milano, 1988, 28 ss., è oggi condivisa anche dalla giurisprudenza prevalente: cfr., da ultima, Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 2020, n. 13597, in www.giustiziacivile.com, 22 febbraio 2021, con nota di DELLA CORTIGLIA, *Natura, parametri e limiti della responsabilità del curatore fallimentare*; Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2014, n. 2955, in *Fall.*, 2014, 1279 ss., con nota di DE CRESCIENZO, *L'eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare*). Così come è possibile considerare acquisito come alcun rilievo ai fini di un ipotetico esonero da responsabilità possa di norma essere attribuito alla presenza di un'eventuale autorizzazione del giudice delegato o del comitato dei creditori, e ciò in ragione *non soltanto* della posizione di accresciuta autonomia del curatore rispetto agli altri organi della procedura, *ma altresì* della consapevolezza circa il valore di *rimozione di un limite ai poteri originari* dell'organo intitolato della relativa competenza decisoria, tipico dell'istituto dell'autorizzazione (in questo senso cfr., già con riguardo al sistema previgente la riforma del 2006, LO CASCIO, *La responsabilità del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 833, in risposta alla tesi – per la quale cfr. ad esempio AZZOLINA, *A proposito di responsabilità civile del curatore fallimentare*, in *Giur. it.*, 1959, 242 ss. – che qualificava il curatore quale organo meramente esecutivo, privo di qualunque potere di co-determinazione delle scelte di gestione della procedura e, in quanto tale, immune da qualunque responsabilità in caso di iniziative dannose: tesi criticata, con argomentazioni convincenti, anche da CASELLI, *La responsabilità civile del curatore*, cit., 17 ss.; dopo la riforma, nel medesimo senso cfr., in luogo di molti, CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 284 s., nonché D. SCANO, *Il curatore*, cit., 182; *contra*, tuttavia, D'ATTORRE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali. Fallimento*, tomo I, *Artt. 1-83-bis*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 522 ss., il quale motiva la soluzione più permissiva sulla scorta dell'assenza dell'elemento soggettivo della colpa – *rectius*, dell'inosservanza dell'obbligo di diligente gestione – in capo al curatore). Ciò, infine, con la precisazione per cui ad una diversa conclusione pare doversi pervenire sia nel caso in cui la condotta rimproverata al curatore consista in un *comportamento omissivo* motivato dal *diniego* dell'autorizzazione (così CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 285; l'idea, del resto, per cui il diniego dell'autorizzazione si traduca in un vero e proprio *Vetorecht* a carico del titolare del potere gestorio è condivisa anche in ambito societario: cfr. ovviamente, in relazione all'art. 2364, comma 1, n. 5), c.c., PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 25 s.), sia nell'eventualità in cui venga accolto il reclamo avverso un atto del curatore e quest'ultimo sia tenuto – ai sensi dell'attuale art. 133 del Codice della crisi – a «conformarsi alla decisione del giudice delegato» (eventualità segnalata da VASSALLI, *Il curatore*, cit.,

A questo riguardo, un dato appare innanzitutto difficilmente controvertibile: anche nell'ambito di una procedura concorsuale a carattere liquidatorio l'esercizio in forma diretta e coordinata dell'impresa di gruppo non può prescindere dal rispetto di quei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale alla cui violazione l'art. 2497 c.c. subordina l'iscrizione *diretta* alla capogruppo dell'obbligo di risarcire il danno cagionato ai titolari di interessi "esterni" alla compagine azionaria di controllo⁵⁶⁸. Non può infatti revocarsi in dubbio che quella clausola, pur essendo testualmente ancorata ad una *specificata* fattispecie risarcitoria⁵⁶⁹, assuma nondimeno il ruolo di *principio generale*

280). Dal punto di vista processuale, infine, rinviando al prosieguo dell'indagine l'interrogativo se l'azione di responsabilità possa essere proposta soltanto dal nuovo curatore previa la revoca del precedente (come parrebbe suggerito dal tenore letterale dell'art. 38 l.fall. e 136 del Codice della crisi), merita precisare come il nuovo art. 136 del Codice preveda che essa debba essere autorizzata dal solo giudice delegato, eliminando così le ragioni di incertezza che, nel sistema previgente, scaturivano dalla previsione di una duplice competenza autorizzatoria attribuita in via (apparentemente) alternativa al giudice delegato e al comitato dei creditori (inconvenienti segnalati da SANTANGELI, *Il curatore*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, cit., 904 s.).

⁵⁶⁸ Per alcune precisazioni sulla categoria dei soci "esterni" o *konzernfrei* cfr. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 165 s. È appena il caso di precisare al riguardo come la responsabilità diretta della capogruppo nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate sia il frutto di una vera e propria «rivoluzione copernicana» che, all'esito della riforma del diritto societario del 2003, ha posto «al centro del sistema la responsabilità della società dominante»: ciò anche in considerazione dei «risultati complessivamente modesti» di un approccio che pretendeva di intestare la responsabilità in capo agli amministratori della società abusata, salvo poi risalire «verso l'alto» alla *deep pocket* costituita dagli amministratori della capogruppo e dalla capogruppo stessa (cfr. ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 279 ss.; per gli inconvenienti in termini di effettività delle tecniche di tutela vigenti anteriforma cfr. altresì VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 24 ss.). Ciò posto, è interessante sottolineare come una soluzione diametralmente opposta sia stata suggerita a livello di armonizzazione europea dal già citato *European Model Companies Act*, il quale suggerisce l'esclusione di un autonomo titolo di responsabilità a carico della capogruppo e la limitazione della tutela risarcitoria dei soci di minoranza delle società controllate alle sole azioni di responsabilità esperibili *in via ordinaria* avverso i rispettivi amministratori. Il che – fra l'altro – induce a circostanziare con particolare attenzione i presupposti in presenza dei quali l'organo gestorio di una società eterodiretta può essere chiamato – in via esclusiva ovvero concorrente con la capogruppo, come nell'ordinamento italiano (ai sensi cioè dell'art. 2497, comma 2, c.c. e del meccanismo di «trasmissione concentrica della responsabilità» ivi scolpito: in questi termini cfr. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1249, ma su tale disposizione cfr. ancora VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 87 ss. e 166 ss.) – a ristorare il danno patito dai propri soci: e ciò a partire dal presupposto per cui le responsabilità gestorie *a valle* dell'attività del gruppo si fondano su un *inadempimento qualificato* dei doveri connessi alla funzione e, segnatamente, sull'omessa attivazione di un potere-dovere di "resistenza", con conseguente *concorso in forma omissiva* nell'abuso compiuto *a monte* dalla controllante (per tale prospettiva di indagine sia consentito rinviare a COVINO, *Tutela dei soci di minoranza e dovere di "resistenza" degli amministratori di s.p.a. eterodirette (alla luce dell'European Model Companies Act)*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1301 ss.).

⁵⁶⁹ D'altra parte, è oltremodo noto come la clausola generale scolpita dall'art. 2497 c.c. – oltre a sottendere la preferenza per una visione del fenomeno dei gruppi in chiave di *fisiologia*, e non di *patologia*, dell'esercizio dell'impresa (per tali considerazioni cfr. *supra*, nt. 210, e *infra*, nt. 573) – si erga ad autentico architrave della disciplina italiana, costituendo cioè il parametro di valutazione della condotta della capogruppo tanto *a fini risarcitori*, quanto nella prospettiva della *produzione dell'azione imprenditoriale di gruppo*. Sotto tale ultima prospettiva, infatti, essa trova oltretutto specificazione nell'obbligo di compensazione dei danni con i vantaggi dell'attività di gruppo, con il quale peraltro gli standard di correttezza gestionale imposti alla capogruppo intrattengono a ben vedere un rapporto di duplice corrispondenza. Invero, la neutralizzazione del danno rappresenta – *da un lato* – la componente primaria di una gestione del gruppo conforme a correttezza, sicché l'adempimento dell'obbligo in parola costituisce in

in materia di gestione, suscettibile in quanto tale di “irraggiare” l’intero sistema del diritto societario⁵⁷⁰ e di qualificare in chiave deontologica qualunque forma di esercizio di un potere direttivo sull’impresa⁵⁷¹: ivi inclusa, pertanto, l’amministrazione del patrimonio del gruppo in caso di prosecuzione endoconcorsuale dell’attività⁵⁷².

tal senso condizione (certamente non *sufficiente*, ma nondimeno) *necessaria* ai fini del rispetto dei principi di corretta gestione; *dall’altro*, anche le operazioni compensative si prestano, a ben vedere, ad essere valutate alla stregua del medesimo canone, dovendo, cioè, inserirsi anch’esse in una pianificazione dell’attività di gruppo che, pur essendo rispettosa degli interessi della singola controllata danneggiata, non risulti al contempo abusivamente lesiva di altre imprese del gruppo (in tal senso cfr. gli spunti di CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, cit., 275).

⁵⁷⁰ Sulla tecnica interpretativa, mutuata dall’ordinamento tedesco, dell’effetto di «irraggiamento» (*Ausstrahlungswirkung*) esercitato da una disciplina speciale sulle previsioni di diritto societario generale cfr. DELLA TOMMASINA, *Informazione preassembleare e tutela dell’investimento*, cit., 160 ss.

⁵⁷¹ Conferme in tal senso in MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 829 s. e in MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo I, cit., 383. D’altra parte, in una prospettiva analoga, la medesima clausola è stata altresì ritenuta idonea ad «assurgere a generale principio di regolazione della responsabilità da esercizio abusivo o illecito dell’influenza dominante nelle società *comunque* soggette a eterodirezione» (in questi termini GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 156). Per alcune precisazioni sulla nozione di corretta amministrazione e sulla distinzione concettuale tra correttezza – quale «strumento per la definizione della reale portata del rapporto obbligatorio» (così RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 541, ma sul punto cfr. altresì MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 203) e con funzione quindi integrativa del contenuto della prestazione – e diligenza quale «criterio con cui valutare la prestazione dell’amministratore e la sua condotta nell’adempimento degli obblighi che allo stesso fanno carico», ivi compreso il «dovere di amministrare correttamente la società» – cfr., limitando l’attenzione alla sola dottrina giuscommerciale, WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 143 ss.; CALANDRA BUONAURO, *L’amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Buonocore e diretto da Costi, sez. IV, tomo 4.VI*, Torino, 2019, 286, ove anche i virgolettati; nonché IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 60 ss. e TINA, *L’esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, 27 ss.

⁵⁷² Uno spunto in questo senso, sebbene in relazione alle procedure concorsuali “individuali”, in CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 284, ove il rilievo per cui la regola che parametrizza la diligenza del curatore a quella «richiesta dalla natura dell’incarico» (ai sensi dell’art. 38 l.fall. e dell’attuale art. 136 del Codice) vale a rinviare ai «principi tecnici di corretta amministrazione generalmente praticati nella gestione di patrimoni altrui». Le considerazioni esposte nel testo, d’altra parte, trovano conferma nella diffusa constatazione del «mutato profilo sostanziale» della figura del curatore, il quale – come si è già accennato – rappresenta «non più un mero esecutore delle direttive del giudice delegato, deresponsabilizzato da ogni atto, bensì un vero amministratore di impresa (sia pur insolvente), che deve ricavare il massimo utile possibile dal patrimonio affidatogli» (così, efficacemente, BOTTAI, *L’evoluzione della responsabilità del curatore: da mero esecutore a professionista/gestore di patrimoni*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 284): il che giustifica allora l’estensione al curatore di taluni dei parametri di valutazione dell’esatto adempimento degli obblighi gravanti sugli amministratori di società di capitali (o sui liquidatori, come di recente ritenuto da SUDIERO, *La responsabilità cangiante del gestore della crisi: una prima panoramica*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1067), primo fra tutti il rispetto degli obblighi di corretta gestione. In argomento cfr. altresì la proposta interpretativa di ABRIANI, *La crisi dell’organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, 393, il quale si spinge a sostenere l’idea di un «sistema dualistico e privatistico delle procedure concorsuali», ulteriormente definito quale modello di governance delle imprese in crisi nel quale, a fronte di un comitato dei creditori «destinato progressivamente ad assurgere ad un ruolo assimilabile al consiglio di sorveglianza», «la gestione dell’impresa in crisi sarà affidata al curatore, che, al pari del consiglio di gestione, tenderà ad assumere la struttura di un *Vorstand* direttoriale».

L'inclusione nel corredo dei doveri del curatore del rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale vale allora ad importare anche nel contesto dell'insolvenza del gruppo i medesimi problemi definitivi che tradizionalmente circondano l'individuazione dei doveri della capogruppo nella gestione del gruppo *in bonis*⁵⁷³.

Al riguardo, pur con la consapevolezza dell'estrema complessità della questione⁵⁷⁴, può in questa sede osservarsi come la duplice declinazione, societaria ed imprenditoriale,

⁵⁷³ O, come è stato efficacemente scritto, di un «modello in grado di fungere la parametro per tale giudizio di correttezza, il modello, potrebbe dirsi, del “buon capogruppo”» (in questi termini ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 202). Non è ovviamente possibile dare conto in questa sede delle implicazioni teoriche che hanno accompagnato la scelta legislativa di fondare la responsabilità della capogruppo sulla violazione di precisi doveri di comportamento nei confronti dei titolari dell'interesse protetto, così consacrando il passaggio del fenomeno del gruppo «dalla zona grigia del fatto alla chiara luce della disciplina giuridica» (in questi termini, sebbene con riguardo alla codificazione del gruppo compiuta dall'*Aktiengesetz* tedesca del 1965, LUTTER, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. soc.*, 1973, 24): scelta, in particolare, che segna un netto mutamento di paradigma rispetto all'approccio sotteso all'omologa previsione in materia di amministrazione straordinaria e che oggi contribuisce ad indirizzare in maniera decisiva la soluzione del problema *in chiave contrattuale*. In particolare, durante la vigenza del solo art. 90 del d.lgs. 270/1999, optavano per la qualificazione in chiave contrattuale della responsabilità da abuso di direzione unitaria PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da « controllo » nei gruppi di società*, cit., 428 ss.; ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano, in I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 142 ss.; e, nel secondo, JAEGGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 419 ss. e ID., « *Direzione unitaria » di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull'art. 3, ult. cpv., della legge sull'amministrazione straordinaria)*, in *Riv. soc.*, 1985, 826 ss., nonché LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 120 ss. All'esito della riforma del 2003, per la soluzione contrattuale cfr., per tutti, MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1491 s.; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 770; GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 319; GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 7 s.; ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, cit., 291; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 670 ss.; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, cit., 360; VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 13 ss. e nt. 22; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., 1244 s.; una sintesi del relativo dibattito e gli opportuni riferimenti giurisprudenziali possono leggersi in SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. e impr.*, 2009, 807 ss. Quello che invece preme sottolineare è il «preciso valore ideologico, anzi per meglio dire il significato culturale» che si è accompagnato alla contrattualizzazione della responsabilità della capogruppo: ovverosia, la conferma della fondatezza di una «ricostruzione in positivo del fenomeno dell'eterodirezione», quale eventualità fisiologica (con il limite, ovviamente, dell'abuso) e non quale episodio patologico di ingerenza anomala negli ordinari procedimenti decisionali societari (i virgolettati in GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 444, il quale ribadisce alcune posizioni espresse in ID., *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, cit., 210 s.; considerazioni analoghe anche in RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 335 e in MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Milano, 2007, 193 ss.).

⁵⁷⁴ Rispetto alla quale, tuttavia, può comunque convenirsi sul fatto che l'impiego di una endiadi sia sintomatico dell'«intenzione del legislatore di comprendere ogni aspetto dell'iniziativa economica organizzata secondo il modello del gruppo di imprese» (così GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 142): con la conseguenza, allora, di ritenere superata quella lettura dell'art. 2497 c.c. – prospettata, sebbene in forma dubitativa, da CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e*

della regola di correttezza fornisca una conferma della possibilità di isolare, all'interno dei doveri del gestore (e, ai fini che in questa sede rilevano, del curatore), due nuclei di precetti, che attengono rispettivamente all'*amministrazione della società*, intesa quale modello organizzativo deputato al perseguimento di un'operazione di investimento e di produzione di ricchezza sul mercato, e alla *gestione dell'impresa*, che attraverso quel modello e in funzione di quell'obiettivo viene esercitata⁵⁷⁵.

Calandosi in questa prospettiva, all'area concettuale dell'*amministrazione della società* possono dunque ascrivere tutti quei doveri direttamente connessi o comunque dipendenti dalle caratteristiche del modello organizzativo in questione e, in particolare, dai tratti distintivi dei tipi societari capitalistici. Tali doveri, più nel dettaglio, spaziano dai precetti in tema di articolazione e distribuzione delle competenze e delle funzioni decisionali⁵⁷⁶, alle regole che governano la struttura patrimoniale e finanziaria delle società di capitali e che, in sintesi, possono essere ricondotte al cd. sistema del netto⁵⁷⁷.

responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale, cit., 1242 s. – secondo la quale l'azionabilità del rimedio risarcitorio presupporrebbe una gestione non corretta *sotto entrambi i profili*, societario e imprenditoriale.

⁵⁷⁵ In questo senso cfr., con riguardo all'art. 2497 c.c., IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 68 e 319; per una conferma del rilievo per cui il riferimento alla correttezza della gestione societaria e imprenditoriale valga ad introdurre «un elemento valutativo che guarda al di là della dialettica endosocietaria ed ammette considerazioni riguardanti più generali esigenze dell'impresa», cfr. ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 425. D'altra parte, la distinzione richiamata nel testo è ormai da tempo emersa negli studi di diritto generale delle società: cfr. in particolare ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, cit., 998, ove appunto la distinzione tra «“atti” di amministrazione» e «“attività” di gestione», di cui i primi sono rivolti alla «cura [de]gli interessi organizzativi e patrimoniali della società» e la seconda si estrinseca nelle «scelte di politica imprenditoriale»; nonché ID., *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, 243 ss. e ID., *A proposito di “interessi primordiali” dei soci e “gestione esclusiva” degli amministratori*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 454 ss. Uno spunto già in SCIUTO-SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., 62 s. Più di recente, distingue tra una gestione societaria, quale «gestione organizzativa dell'ente», e una gestione imprenditoriale, quale «gestione dell'impresa da esso esercitata», anche RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, cit., 24. Più in generale, l'esistenza di «norme che nella disciplina delle società riguardano l'impresa-società e norme che riguardano la società come persona e quindi le modalità del suo funzionamento» è ravvisata anche da BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 18. Sebbene, quindi, tale distinzione possa dirsi sufficientemente chiara a livello teorico (al punto da costituire «“luogo” classico della dottrina commercialistica»: così ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, cit., 318), non è men vero che essa non debba essere enfatizzata al punto da impermeabilizzare i rapporti tra l'una e l'altra sfera, sol che si consideri infatti – come è stato efficacemente scritto – che «i due livelli dell'impresa (a cui pertiene la “gestione”) e della società (che si compendia in attività estranee alla gestione economica di impresa, che si è soliti ricondurre alla “organizzazione”) sono sì distinti, ma naturalmente compenetrati» (in questi termini cfr., in giurisprudenza, Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Società*, 2020, 1339 ss., con nota di BARTALENA, *Aspetti organizzativi e business judgment rule*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 278 ss., con nota di BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali* e in *RDS*, 2021, 279 ss., con nota di BRIGUGLIO, *Applicabilità della business judgment rule alle scelte in materia di assetti societari adeguati*).

⁵⁷⁶ Precetti, cioè, relativi al sistema delle competenze e dei procedimenti interni all'ente, per la cui centralità nel quadro dei connotati tipologici della società per azioni cfr., ovviamente, SCIUTO-SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., 49 ss.

⁵⁷⁷ Ascrive ad esempio all'area del «corretto svolgimento dell'attività di amministrazione nella singola società (anche appartenente ad un gruppo)» i) i doveri inerenti al rispetto e alla corretta attuazione del

Doveri, inoltre, che, in conseguenza dell'adozione del modello organizzativo del gruppo di società, subiscono un inevitabile ampliamento in ragione della natura "multidivisionale" dell'impresa di gruppo: con la conseguenza, allora, che ai fini della loro individuazione dovrà tenersi conto anche delle diverse caratteristiche di quest'ultima, e in particolare della separazione dei soggetti e dei patrimoni⁵⁷⁸, nonché dei limiti imposti dalla legge all'eterodirezione dell'attività sociale in funzione del perseguimento della politica unitaria di gruppo⁵⁷⁹.

modello organizzativo societario, con riguardo in prima battuta al riparto delle funzioni e delle competenze fra i diversi organi, e *ii*) il complesso degli obblighi funzionali alla salvaguardia del vincolo di destinazione sull'aliquota del patrimonio sociale corrispondente alla cifra del capitale SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 530. Uno spunto in tal senso già in BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 18, che tra le norme relative alla società come persona ascrive quelle «imposte solo dalla circostanza che la società è pur sempre un ente formato da più persone» (sotto il profilo, se ben s'intende il pensiero dell'Autore, della titolarità delle funzioni sociali e non delle quote di partecipazione all'iniziativa, essendo consentita – com'è noto – la creazione di società per azioni unipersonali) e che, pertanto, «teng[on]o conto del fatto che il potere decisorio dev'essere necessariamente radicato in strutture appositamente a ciò deputate».

⁵⁷⁸ Separazione patrimoniale, in particolare, che impone alla capogruppo non soltanto il rispetto delle norme a tutela della corretta formazione e dell'integrità del capitale sociale nelle società controllate, problema avvertito sin dalla prima codificazione civile in materia di gruppi (ma sul punto cfr. le critiche di miopia mosse al legislatore da SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, cit., 32 s.); ma anche la prevenzione di operazioni infragruppo a condizioni squilibrate che possano costituire presupposto per un'azione di inefficacia ai sensi – oggi – dell'art. 290 del Codice della crisi (il «drenaggio di liquidità» al quale, come si è già accennato, allude SPADA, *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, cit., 26 s. e nt. 2). Del resto, che tale caratteristica rappresenti la vera e propria cifra del modello organizzativo del gruppo è considerazione ricorrente in dottrina, ribadita da ultimo alla luce della rievocazione da parte del Codice della crisi di paradigmi di regolazione dell'insolvenza di gruppo che, sulla scorta del modello statunitense, *bypassino* la separazione dei soggetti e dei patrimoni (in questo senso cfr. ad esempio FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, cit., 291).

⁵⁷⁹ E sul punto cfr. ancora SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 530 s., che non a caso ricomprende tra gli specifici doveri di corretta gestione di una società appartenente ad un gruppo – oltre alla salvaguardia della separazione patrimoniale – proprio il rispetto di tutte quelle norme, di cui agli artt. 2497 ss. c.c., delle quali è predicabile non soltanto una valenza *protettiva* degli interessi esterni al gruppo (ed espressive, pertanto, di una visione del diritto dei gruppi quale *Schutzrecht* o *Konzernhaftungsrecht*, per utilizzare le fortunate definizioni di TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., *passim* ma spec. 83 ss. e di CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., 1231), ma altresì una funzione di concorso all'individuazione delle regole di organizzazione dell'impresa di gruppo: prima fra tutte la regola di motivazione delle decisioni influenzate dalla politica di gruppo (per la cui lettura *organisationsrechtlich* cfr., in luogo di molti, SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, cit., 764 ss., ma uno spunto già in GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, 159 ss. e 164 ss.; ciò non senza obliterare, tuttavia, il nesso che tale regola intrattiene con la fattispecie di responsabilità da direzione e coordinamento e, segnatamente, la sua funzione segnaletica del processo decisionale che ha preceduto la deliberazione influenzata, con particolare riguardo all'incidenza del meccanismo compensativo: profili, questi ultimi, sui quali cfr. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. III, cit., 892; ID., sub *Articolo 2497-ter c.c. Motivazione delle decisioni*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, tomo II, cit., 3071 s. e 3078 s.; GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, cit., 124 s., nonché, di recente, MARCHEGIANI, *La motivazione delle deliberazioni consiliari nella società per azioni*, Milano, 2018, 161 ss. e A. D. SCANO, *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, Milano, 2018, 157 s.).

Di contro, nel novero dei doveri connessi alla *gestione dell'impresa* paiono potersi attrarre tutti quei precetti che attengono *non soltanto* alla disciplina generale dell'imprenditore commerciale, sotto il profilo della contabilità e della pubblicità d'impresa, *ma altresì* – e principalmente – all'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alle caratteristiche e al profilo dell'impresa⁵⁸⁰: assetti, in particolare, il cui *proprium* sta – anche in contesti di gruppo⁵⁸¹ – nel garantire che la conduzione dell'iniziativa avvenga nel quadro di strategie di programmazione degli obiettivi e di governo del rischio che – com'è stato efficacemente scritto – consentano all'impresa di mantenere una «capacità di esistenza autonoma in un contesto di mercato concorrenziale»⁵⁸².

Ad ogni modo, a prescindere da un'eventuale diversa perimetrazione di tali sottoinsiemi⁵⁸³, quel che è certo è che, anche se declinati nel contesto concorsuale, i doveri connessi all'esercizio dell'impresa di gruppo non soltanto conservano la loro natura di *presidio a garanzia della corretta assunzione del rischio nelle scelte di gestione*, ma

⁵⁸⁰ Obbligo di istituzione di assetti adeguati che è stato ricondotto alla corretta gestione dell'*impresa* da BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 18, il quale peraltro desume da tale tassonomia uno spunto di natura sistematica per l'estensione del principio (e del connesso obbligo) di adeguatezza «ad ogni tipo di impresa prescindere dalle sembianze esterne dall'impresa stessa assunte»; SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 531 e, più di recente, da FERRI jr.-M. ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, cit., *passim* ma spec. 584 ss. Parrebbe invece contrapporre l'obbligo di istituzione degli assetti, avente «carattere organizzativo», a «quelli concernenti l'esercizio dell'attività d'impresa» IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 81.

⁵⁸¹ Per alcuni spunti sulla declinazione *konzernrechtlich* dell'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati cfr. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 371 ss.

⁵⁸² Il virgolettato in SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 531, ove anche l'inclusione, nel novero dei doveri di corretta gestione dell'impresa (autonoma e di gruppo), dell'obbligo di preservarne l'equilibrio finanziario dell'impresa e l'integrità del patrimonio a tutela dei creditori, prima e a prescindere dall'attivazione dei congegni, informativi e deliberativi, imposti dal sistema del netto. Il divieto per la capogruppo di pregiudicare l'integrità patrimoniale delle società soggette a direzione e coordinamento è desunto altresì da MOZZARELLI, *Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione*, in *Società, banche, crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, vol. II, cit., 1617 ss., a partire da un articolato ragionamento che parte dal presupposto per il quale i creditori di una società che entra a far parte di un gruppo non hanno alcun potere di «negoziante – intesa nel senso elementare di attribuzione bilaterale di potere discrezionale – [...] circa l'allocazione del mutato rischio», sicché «la loro condizione non varia (e non deve variare) con la soggezione a direzione e coordinamento della società debitrice»: il che implica allora come «il corredo di obblighi posti a tutela dei creditori sociali non varia al variare della condizione di società monade o società di gruppo del loro debitore».

⁵⁸³ E dalla discussa e discutibile riconducibilità di singoli obblighi all'uno ovvero all'altro: cfr. al riguardo la recente proposta ricostruttiva di FERRI jr.-M. ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., spec. 582 ss. e nt. 25, i quali ascrivono all'area concettuale dell'amministrazione della società anche la «gestione del patrimonio», definita quale «impiego lucrativo delle relative risorse al fine di aumentarne il valore»; per poi individuare il *proprium* della gestione dell'impresa – a conferma di quanto si è osservato nel testo – «nella programmazione, vale a dire nella fissazione, e, anche in tal caso, nel costante aggiornamento, delle strategie dirette ad individuare la dimensione concorrenziale dell'impresa e ad orientarne l'operatività sul mercato».

mantengono intatta altresì la propria componente *organizzativa*⁵⁸⁴. S'intende cioè sottolineare come non sia estraneo neppure alla gestione dell'impresa in liquidazione giudiziale quel dovere – che della corretta gestione costituisce il «presidio avanzato»⁵⁸⁵ e che, oltretutto, le recenti riforme hanno dilatato nel proprio ambito di applicazione, al punto da elevarlo a vero e proprio principio generale di diritto dell'impresa⁵⁸⁶ – di istituire

⁵⁸⁴ Per l'idea che le recenti novità normative in materia di predisposizione degli assetti valgano a consacrare «una fondamentale caratteristica consustanziale all'impresa, vale a dire il suo essere un'attività *organizzata*» cfr. AMBROSINI, *Assetti adeguati e "ibridazione" del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, cit., 434.

⁵⁸⁵ L'espressione è mutuata da CAVALLI, sub *Articolo 149*, in *Testo Unico della Finanza*, commentario diretto da G. F. Campobasso, vol. II, *Emittenti*, Torino, 2002, 1241. Al riguardo è stato altresì sottolineato – in una prospettiva sostanzialmente analoga – come l'obbligo di istituire assetti adeguati si caratterizzi per la sua natura spiccatamente strumentale rispetto all'adempimento di altri obblighi specifici gravanti sugli amministratori, nonché del dovere generico di amministrare correttamente (in tal senso cfr. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 77 e 80; nonché KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, cit., 712).

⁵⁸⁶ D'altra parte, l'art. 2381 c.c., nella parte in cui traduce in termini giuridici il principio di adeguatezza degli assetti organizzativi interni dell'impresa, penetrando all'interno di una materia tradizionalmente riservata all'autonomia dei privati, era già stato ritenuto da autorevole Dottrina «la novità più "nuova" della [...] riforma delle società di capitali, capace [...] di mutare i "fondamentali" di un tema centrale come quello della responsabilità dell'impresa» (così testualmente BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, cit., 5). Sul punto merita in realtà segnalare come la codificazione del principio in parola, all'indomani della riforma del 2003, sia stata salutata da una parte della dottrina come il mero recepimento di un obbligo che poteva dirsi già desumibile dai principi generali in materia di responsabilità degli amministratori (cfr. in questo ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. II, cit., 493). Ora, a prescindere dalla risposta che si intenda fornire a tale ultimo quesito, e non senza manifestare una preferenza per la posizione appena richiamata, quello che interessa osservare in questa sede è che la recente estensione del principio di adeguatezza degli assetti a tutte le imprese organizzate in forma societaria e, sebbene in forma attenuata, anche alle imprese individuali (ma sul punto cfr. le precisazioni, in ordine al rapporto di genere a specie esistente tra gli assetti organizzativi e le «misure idonee» contemplate dall'art. 3 del Codice della crisi a carico dell'imprenditore individuale, di FERRI jr.-M. ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., 577 s.) valga, *da un lato*, a confermare che «i principi in esame attengono all'impresa e dunque al piano dell'attività e non a quello del soggetto, prescindendo dalla veste giuridica nella quale l'attività è esercitata» e, *dall'altro*, ad aumentare in maniera significativa il «tasso di effettività» delle norme in commento (per tali rilievi cfr. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1287; valuta positivamente la novità, pur con la consapevolezza dell'immanenza di tali principi all'ordinamento, anche DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Orizzonti del Diritto commerciale*, 2019, 12; per alcune conferme dell'appartenenza del principio al diritto dell'impresa cfr. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., 410, ove l'efficace conclusione per cui «il dovere degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati esprim[e] una regola di diritto dell'impresa, funzionale al governo del rischio dell'attività e alla sua conservazione nel medio-lungo termine»). Allo stesso modo, può altresì rilevarsi – sebbene a titolo di mera segnalazione del problema – come le recenti novità normative ripropongano la complessa ed irrisolta questione dell'esistenza di un rapporto di congruità (o, quantomeno, di non manifesta inadeguatezza) tra il capitale e l'oggetto sociale (per la quale cfr. ovviamente PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 1, tomo II, *Capitale – Euro e azioni – Conferimenti in denaro*, Torino, 2004, 4 ss.): questione da riguardarsi quale ulteriore capitolo – l'adeguatezza patrimoniale – del più generale problema dell'adeguatezza degli assetti d'impresa (per la segnalazione del tema cfr., dopo la riforma del 2003, BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e*

un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che sia adeguato alle dimensioni e alla natura dell'attività⁵⁸⁷ e che consenta di monitorare costantemente la «compatibilità delle politiche gestionali con la prospettiva della continuazione dell'attività»⁵⁸⁸: un dovere, in particolare, che in ambito concorsuale (così come, del resto, al di fuori di esso) si traduce nell'obbligo di dotare l'ufficio di una struttura, di funzioni e di procedure adeguate alla complessità dell'incarico da svolgere⁵⁸⁹.

La riconduzione della prosecuzione dell'attività di gruppo all'interno dell'area concettuale della gestione dell'impresa e di patrimoni altrui può poi costituire un valido fondamento sistematico per l'estensione al curatore della procedura unitaria di ulteriori principi e criteri di valutazione tipici della gestione societaria. È il caso, in particolare, della *business judgment rule*⁵⁹⁰, della quale per la verità era già stata proposta l'estensione

quinto, del codice civile, cit., 24 ss., nonché, ora, GINEVRA-PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1223).

⁵⁸⁷ È evidente al riguardo come il parametro dell'*adeguatezza* degli assetti alla natura e alle dimensioni dell'attività, oltre ad introdurre un elemento di discrezionalità nell'adempimento dell'obbligo di loro predisposizione da parte degli amministratori (sul punto cfr. *infra*, nel testo), equivalga a codificare un criterio di *proporzionalità* tra le misure organizzative astrattamente adottabili e il profilo di rischio assunto dall'impresa (per tale lettura cfr., in luogo di molti, CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 294 e SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, cit., 1287). Dell'esistenza di un «*climax* ascendente, dall'impresa individuale sino alla grande impresa azionaria, per culminare nell'organizzazione tipicamente policorporativa che connota i gruppi di società» discorrono ABRIANI-ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 395.

⁵⁸⁸ Il virgolettato in SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 306 ss.

⁵⁸⁹ Uno spunto in questo senso già in D. SCANO, *Il curatore*, cit., 180. L'accento sulla procedimentalizzazione dell'organizzazione, quale diretto corollario dell'obbligo di dotare la società di assetti organizzativi adeguati, era già stato posto da IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 694, ove l'efficace definizione delle società quali «apparati procedurali», e condiviso da IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 75 s., nonché, da ultimo, da MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, cit., 733.

⁵⁹⁰ Una cui compiuta definizione può leggersi, in giurisprudenza, in Cass. civ., Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652, in *Società*, 1997, 1389, con commento di FIGONE, *Insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori*: «la responsabilità ipotizzata dall'art. 2392 c.c. discende [...] unicamente dalla violazione di obblighi giuridici, gravanti sui gestori del patrimonio sociale, cui non potrebbe invece essere mai imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico: giacché una valutazione di tal fatta atterrebbe alla sfera dell'opportunità, e dunque della discrezionalità amministrativa, e potrebbe semmai solo rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore dalla carica, e non già come fonte di responsabilità contrattuale dello stesso verso la società. Donde consegue che la responsabilità dell'amministratore non può essere semplicemente desunta dai risultati della gestione e che, perciò, al giudice investito dell'azione di responsabilità non è consentito sindacare i criteri di opportunità e di convenienza seguiti dall'amministratore nell'espletamento dei suoi compiti [...] è solo l'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società». Sul tema cfr., anche per gli opportuni riferimenti, SEMEGHINI, *Valutazioni preventive e retrospettive sulle operazioni con parti correlate. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza del Delaware*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 146 ss.; ID., voce *Business judgment rule (diritto statunitense)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm.*, VII agg., Torino, 2015, 31 ss., nonché ID., *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *RDS*, 2013, II, 206 ss. Per una ricognizione della giurisprudenza italiana sul punto

anche all'ambiente concorsuale⁵⁹¹, ma che a maggior ragione dimostra la propria portata espansiva non appena lo si legga per l'appunto quale corollario – in un certo senso necessario, sol che ci si collochi nella prospettiva degli *incentivi* all'individuazione della corretta misura del rischio da assumere nello svolgimento dell'incarico⁵⁹² – dell'esercizio (anche da parte del curatore) di un'attività d'impresa⁵⁹³.

Si consideri, infatti, che se *per un verso* le decisioni imprenditoriali si caratterizzano ontologicamente per la presenza di «elementi di rischio o addirittura di incertezza»⁵⁹⁴, e se può condividersi, *per l'altro*, che «l'obiettivo di chi esercita il potere di impresa è gestire il rischio, non minimizzarlo, né tanto meno escluderlo»⁵⁹⁵, risulta allora evidente

cf. la rassegna di CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, spec. 949 ss.

⁵⁹¹ Si tratta di un'osservazione ricorrente in dottrina: cfr., in luogo di molti, CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 284, il quale esclude che il sindacato giudiziale sull'operato del curatore possa investire il vero e proprio merito della gestione dell'impresa, a meno che non si tratti – come per la gestione in materia di società – dell'«irragionevole disapplicazione di principi di avvedutezza e di prudenza comunemente accettati»; ma considerazioni analoghe in D'ATTORRE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, cit., 519 s.; SANTANGELI, *Il curatore*, cit., 903; D. SCANO, *Il curatore*, cit., 182 s. In giurisprudenza cfr., sebbene in relazione alla responsabilità del liquidatore di società di capitali, Trib. Milano, Sez. VIII, 26 maggio 2011, cit. Infine, per un'interessantissima applicazione della *business judgment rule* nell'ambito di un gruppo e, segnatamente, ad una decisione d'impresa, compiuta da una controllata, altamente rischiosa – quale l'investimento in derivati – ma nondimeno «espressione di una precisa politica di gruppo delineata dalla controllante», cfr. di recente Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa B, 4 marzo 2020, in *Giur. it.*, 1677 s., con nota di GATTI, *La responsabilità degli amministratori e la business judgment rule*, ove in particolare di tale decisione gestoria si valorizzano – ai fini dell'esonero da responsabilità – la «ragione imprenditoriale» in base alla quale l'operazione è stata configurata nei termini in cui è stata effettivamente compiuta, la «ragione tecnica» sottesa alla scelta dello strumento utilizzato (l'investimento in derivati) e, infine, il «pieno rispetto del principio dell'agire informato».

⁵⁹² Il nesso tra sistema degli incentivi, responsabilità degli amministratori e cd. *business judgement rule* è ben messo in evidenza da ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 401 ss., ove in particolare il rilievo per cui l'esercizio e il sindacato sull'esercizio della funzione gestoria nelle società si pongano al crocevia tra «due contrapposte esigenze: di disegnare una disciplina della responsabilità in grado di svolgere effettivamente tale ruolo e, d'altro canto, di evitare che, a causa di un suo eccessivo rigore, produca il risultato perverso di una paralisi dell'azione degli amministratori»; sui medesimi temi cfr. altresì ID., *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 ss. Imprescindibile è poi il richiamo alle pagine di WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., spec. 179 ss., ove è descritta la tensione, scaturente dall'impossibilità di «distinguere il rischio normalmente connesso all'attività economica da quello che lo speculatore affronta azzardatamente per ottenere più rapidi guadagni», tra la tendenza a limitare la responsabilità degli amministratori alla sola violazione di specifici obblighi e quella ad estenderla anche alla violazione del «dovere della buona guida della società», ma in tal caso «soltanto nelle ipotesi di comportamenti macroscopicamente errati, di iniziative palesemente avventate, insomma nei casi più aberranti e marginali».

⁵⁹³ Quale è, del resto, anche l'attività di liquidazione non conservativa dell'attivo, e ciò quantomeno fino al momento in cui l'intervenuta disgregazione del complesso aziendale non consenta la permanenza dei fattori produttivi minimi essenziali per l'esercizio dell'attività imprenditoriale programmata (sul punto cfr., anche per gli opportuni riferimenti, *supra*, Cap. I, par. 6).

⁵⁹⁴ Il virgolettato ancora in ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 407. Della propensione al rischio quale «connotato ineliminabile» dell'attività di amministrazione discorre anche CALANDRA BUONAURO, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 288; altrove è stato segnalato come tale elemento sia immanente alla stessa nozione di impresa (così, per tutti, CAVAZZUTI, voce *Rischio d'impresa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. IV, Milano, 2000, 1093 ss.).

⁵⁹⁵ In questi termini cfr., efficacemente, SACCHI, *Sull'amministrazione nella s.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, cit., 687. Al riguardo, è anzi interessante rimarcare come recente dottrina

come anche nel contesto concorsuale si presenti quell'esigenza di evitare «anche parziali traslazioni a carico degli amministratori del rischio imprenditoriale della società» che, in ambito societario, giustificano un atteggiamento di particolare prudenza nell'iscrizione, con giudizio di prognosi postuma, di una responsabilità risarcitoria in capo al gestore⁵⁹⁶.

Né a tale conclusione varrebbe obiettare che l'esercizio dell'impresa in liquidazione giudiziale si colloca in un contesto – quello concorsuale – nel quale l'assunzione del rischio da parte del curatore è rigidamente contenuta *a priori* entro i binari di una gestione necessariamente conservativa.

Al riguardo, forte è infatti l'impressione per cui l'idea secondo la quale al gestore di un'impresa insolvente è prescritto il dovere di amministrare ai soli fini della conservazione del valore del patrimonio sia il frutto, più che di precise indicazioni di diritto positivo, di una visione *restrittiva* della continuazione dell'attività nelle procedure concorsuali: quasi come se si trattasse, anche oggi, di una parentesi “eccezionale” nel normale svolgimento della liquidazione e, pertanto, di un istituto del quale devono essere prioritariamente enfatizzati i *rischi* per i titolari dell'interesse protetto a dispetto delle *opportunità* che pure tale istituto può dischiudere.

E tuttavia, come si è tentato di dimostrare⁵⁹⁷, una siffatta concezione dell'esercizio dell'impresa non appare più coerente con il mutato sistema di valori nel quale si innestano le norme sulla prosecuzione dell'attività nelle procedure concorsuali. L'enfasi riposta dalle recenti riforme sulla salvaguardia dei valori produttivi, la riorganizzazione

abbia individuato nella «sostenibilità dell'impresa» e, in particolare, nell'esigenza di «assicurare che il rischio assunto sia sempre quello autorizzato, appunto, dalla sostenibilità dell'impresa gestita e prima ancora organizzata» la finalità verso la quale sono diretti non soltanto gli obblighi in materia di adeguatezza degli assetti, ma altresì – e più in generale – proprio lo stesso dovere generale di correttezza degli amministratori (in questo senso cfr. GINEVRA-PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, cit., 1226, ove anche i virgolettati).

⁵⁹⁶ Così ancora ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 403, ove il virgolettato; sul punto, e in particolare per l'esigenza di «non ribaltare automaticamente sugli amministratori le perdite della società», cfr. altresì PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, 1168. Nell'ordinamento statunitense, dal quale quella regola è espressamente mutuata, una compiuta esposizione delle *rationes* che supportano la regola è rinvenibile, *ex multis*, nelle sentenze della *Court of Chancery* del Delaware *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation* e *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* (per gli opportuni riferimenti al contesto giurisprudenziale di provenienza cfr. AA. VV., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, Quaderni giuridici della CONSOB, novembre 2016, 16 ss.). Per la dottrina statunitense sul tema cfr., per tutti, BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 *Vanderbilt Law Review* 2004, 83 ss. e in part. 87, ove la contrapposizione tra una versione “debole” della *business judgment rule* quale mero *standard of review* della condotta degli amministratori e una visione “forte”, quale *abstention doctrine* imposta al giudice (di una «concezione “debole”» e di «concezione “forte” del canone discorre SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, cit., 213). A voler tacere, peraltro, dei rischi connessi all'attribuzione all'autorità *giudiziaria* di un «controllo non più giuridico, ma politico-economico» e legati, in particolare, non soltanto alla normale assenza di competenze tecniche nel bagaglio di formazione dei magistrati, ma altresì all'invasione di una «materia che è tradizionalmente è lasciata all'autonomia privata» (i virgolettati in WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., 185 s., ma per tale *ratio* della *business judgment rule* cfr. altresì DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *AGE*, 2003, 183 s. e, nella dottrina statunitense, ancora BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, cit., 117 ss.).

⁵⁹⁷ Cfr. *supra*, Cap. II, par. 5.

dell'impresa e, più in generale, l'ottimizzazione dei risultati delle liquidazioni ordinarie e concorsuali – cui ha fatto seguito, sul versante del diritto societario, l'ampliamento dei poteri gestori dei liquidatori e, su quello del diritto concorsuale, la parziale liberalizzazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa – induce infatti a non erigere preclusioni aprioristiche alla programmazione di soluzioni concorsuali che comportino l'assunzione di *rischi ulteriori* rispetto a quelli normalmente insiti nella gestione dell'impresa secondo criteri meramente conservativi: rischi allora che, se *da un lato* dovranno senza dubbio essere ponderati alla luce dei principi di corretta gestione, *dall'altro* non potranno che essere coperti dalla *business judgment rule*, quale “argine” alla tentazione di scaricare sul gestore, a titolo di responsabilità risarcitoria, l'intero saldo negativo dell'attività⁵⁹⁸.

Le considerazioni sinora svolte consentono a questo punto di fissare due conclusioni provvisorie.

In primo luogo, è possibile – incidentalmente – salutare con favore quell'orientamento di dottrina e giurisprudenza che estende l'applicazione della medesima regola anche alle scelte organizzative legate alla predisposizione degli assetti⁵⁹⁹. A convincere della correttezza di tale soluzione milita infatti la decisiva

⁵⁹⁸ E per la possibilità di applicare la *business judgment rule* anche alla gestione di società in stato di crisi o addirittura di insolvenza – sebbene alle decisioni adottate dagli amministratori *all'esterno* di una procedura concorsuale – cfr., infatti, VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 131 ss., nonché, di recente, DI CATALDO-S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDS*, 2018, 756 s., ove il rilievo per cui «la riduzione di distanze tra impresa in crisi e impresa in bonis, che è uno dei caratteri portanti del nuovo diritto della crisi dell'impresa» impone di considerare la *business judgment rule* anche quale «criterio di valutazione delle scelte gestorie compiute all'interno della crisi». Con specifico riguardo alle decisioni gestorie successive al verificarsi di una causa di scioglimento, si esprime invece in senso contrario all'applicazione della *business judgment rule* M. ROSSI, *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2386, comma 1°, cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1140 s., sul presupposto per cui la riscrittura dell'art. 2486 c.c. e la conseguente adozione del criterio dei netti patrimoniali di periodo suggerirebbero una rilettura dei poteri degli amministratori «in termini nuovamente restrittivi, a differenza di quanto si era immaginato all'indomani della riforma del 2003», così in particolare da far sì che «gli esiti negativi di decisioni di nuova assunzione del rischio d'impresa vengono imputati agli amministratori in termini di responsabilità risarcitoria».

⁵⁹⁹ Si allude, quanto alla giurisprudenza, a Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit., che tuttavia – a ben vedere – risolve tramite l'applicazione della *business judgment rule* un problema che con la predisposizione degli assetti aveva ben poco a che vedere: trattandosi cioè della scelta, contestata agli amministratori convenuti in giudizio, di assumere un numero di dipendenti ritenuto dagli attori palesemente eccessivo rispetto alle esigenze della produzione e, dunque, come è agevole intuire, di una questione relativa più propriamente al merito della gestione imprenditoriale. Ciò non toglie, in ogni caso, che la sentenza in commento abbia risolto in senso positivo il problema dell'applicabilità della *business judgment rule* alle scelte in materia di assetti a livello di *obiter dicta*. La medesima soluzione è condivisa in dottrina da CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 300 ss.; FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 985 ss.; DI CATALDO, *Dimensioni minime per il dovere di creare assetti e valutazione della diligenza nella loro creazione*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, cit., 572 ss.; IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 248 s.; BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, in *Società*, 2020, 1350 ss.; MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., 383 s.; ABRIANI-ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., 396 s.; VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni*

considerazione per la quale l'obbligo in questione, pur essendo imposto in maniera puntuale da una norma di legge e potendo, pertanto, essere considerato un obbligo specifico sotto il profilo della sua *fonte*, presenta comunque un *contenuto* generico o, quantomeno, potenzialmente indeterminato⁶⁰⁰. Invero, il valore di *clausola generale* del principio di adeguatezza implica giocoforza che, nella predisposizione degli assetti, il gestore si trovi di fronte non già all'alternativa meramente *binaria* tra inadempimento e adempimento dell'obbligo in forme rigorosamente predeterminate⁶⁰¹, bensì ad un

di crisi d'impresa, cit., 193 s.; DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 357 s.; KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 725 ss.; FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *RDS*, 2018, I, 479 ss.; BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, cit., 1500; BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 286 ss., nonché, *amplius*, ID., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 423 ss. La tesi permissiva non è tuttavia unanime in dottrina, e cfr. infatti, in posizione contraria, SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., 308 s.; MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevanza della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 838 ss.; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 667 ss.; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, cit., 740, nonché, più di recente, GINEVRA-PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, cit., 1236 ss. e BRIGUGLIO, *Applicabilità della business judgment rule alle scelte in materia di assetti societari adeguati*, in *RDS*, 2021, II, spec. 295 ss. Sul punto è interessante segnalare anche la posizione di IRRERA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e business judgment rule*, in *Crisi d'impresa. prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura*, a cura di Montalenti-Notari, Milano, 2021, 90 ss., il quale esclude la stessa necessità di applicare la *business judgment rule* alle decisioni in materia di assetti organizzativi, sul presupposto per cui quella medesima funzione di controllo della discrezionalità amministrativa svolta dalla *business judgment rule* sarebbe assicurata dalla clausola generale di adeguatezza degli assetti.

⁶⁰⁰ Di «dovere specifico a contenuto indeterminato o, se si preferisce, “aperto”» discorrono infatti CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 294 e IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 82; desume correttamente il carattere aperto del dovere in questione alla luce del fatto che «la norma fissa un *obiettivo* in capo agli amministratori; lasciando questi ultimi liberi di determinare le *modalità* che ritengono più opportune per conseguire tale risultato» FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, cit., 464 (enfasi aggiunta). Per la distinzione tra «obblighi a contenuto specifico» e «doveri generali» cfr. ovviamente BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 4, *Amministratori – Direttore generale*, Torino, 1991, 323 s. Come si evince dalle considerazioni svolte nel testo, la classificazione appena esposta si interseca con (ma non si sovrappone a, dovendone anzi essere tenuta concettualmente distinta) quella tra obblighi specifici, che trovano la loro *fonte* nella legge o nell'atto costitutivo, e obblighi *generici*, desumibili in via di concretizzazione a partire dal dovere generale di diligente amministrazione: distinzione per la quale cfr., in luogo di molti, WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., 116 ss. e IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 20. La non sovrapponibilità delle due classificazioni è oggi chiaramente rimarcata da BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., 425 e 434 s., che conseguentemente attribuisce all'obbligo di predisporre assetti adeguati natura «più simile a uno *standard* che ad una *rule*» (nel medesimo senso cfr. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, cit., 128; le “istruzioni per l'uso” di tali concetti si ritrovano in DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, cit., 331).

⁶⁰¹ Deve al riguardo precisarsi come, secondo una lettura particolarmente diffusa in dottrina (cfr., di recente, BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., 448 ss., ma già AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit., 664 ss.), l'applicazione della *business judgment rule* alle

Beurteilungsspielraum più o meno ampio a seconda degli esiti del giudizio di proporzionalità, ma comunque comprensivo almeno di due opzioni astrattamente percorribili per conseguire il risultato atteso⁶⁰²: il che non può che richiamare alla mente

decisioni organizzative degli amministratori deve essere esaminata partitamente a seconda che la violazione contestata concerna l'an, ovvero il *quomodo* dell'istituzione degli assetti: dovendosi, cioè, distinguere l'ipotesi di *mancata predisposizione* degli assetti da quella della predisposizione di assetti rilevatisi in concreto *inadeguati*, sì da limitare l'ambito di applicazione della *business judgment rule* alla sola *seconda* eventualità e non anche alla prima (così, chiaramente, VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, cit., 140 e nt. 28 e, più di recente, BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 383). Tale soluzione, in realtà non del tutto pacifica in dottrina (cfr. infatti, per la posizione contraria, BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, cit., 1350 s.; BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., 449 e CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1165 ss.), non può essere condivisa, e ciò sebbene le recenti novità normative abbiano apparentemente rafforzato – quantomeno per le imprese collettive – l'imperatività del dovere di istituire assetti adeguati (attraverso il richiamo «ossessivo» all'art. 2086 c.c. in tutti i tipi societari e anche nei principi generali del nuovo Codice della crisi: il virgolettato in ANGELICI, *A proposito di "interessi primordiali" dei soci e "gestione esclusiva" degli amministratori*, cit., 456; ed infatti, per l'impressione che il nesso istituito tra la predisposizione degli assetti e la rilevazione tempestiva della crisi lasci pronosticare «valutazioni più rigorose nel caso di omessa o inadeguata istituzione di tali assetti» cfr. AMBROSINI, *Assetti adeguati e "ibridazione" del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato*, cit., 444); non appare infatti revocabile in dubbio che la clausola generale dell'adeguatezza valga ad investire gli amministratori dell'onere di valutare non soltanto il *quomodo* della predisposizione degli assetti, ma anche l'an dell'adempimento di tale obbligo (per tali rilievi cfr. ABRIANI-ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., 395 e FERRI jr.-M. ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, cit., 577), sicché – come è stato efficacemente scritto – l'art. 2086 c.c. «potrebbe essere serenamente interpretata nel senso che al di sotto di certe dimensioni sia adeguato non avere una organizzazione formale di assetti» (così DI CATALDO, *Dimensioni minime per il dovere di creare assetti e valutazione della diligenza nella loro creazione*, cit., 572, ma per il rilievo per cui «l'esigenza di "graduare" e così di non imporre oneri eccessivi alle imprese importanti può essere soddisfatta [...] all'interno della clausola generale [ndr., di adeguatezza degli assetti]» cfr. altresì SPOLIDORO, *Note critiche sulla « gestione dell'impresa » nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 260); fermo restando – ovviamente – che, sebbene nelle forme attenuate della creazione di *misure* e non di veri e propri *assetti*, «la predisposizione di una appropriata struttura organizzativa è sempre doverosa» (così IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, cit., 248).

⁶⁰² In tal senso cfr., efficacemente, ABRIANI-ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., 396, ove il rilievo per cui il presupposto di applicazione della *business judgment rule* consiste «nella discrezionalità della scelta amministrativa di allocazione di risorse limitate», nonché MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., 390 s. e nt. 35, ad avviso del quale «il carattere "imprenditoriale" di una decisione dovrà rintracciarsi non solo (e non tanto) nell'esistenza di margini più o meno ampi di discrezionalità per gli amministratori, quanto piuttosto nell'esistenza di una pluralità di opzioni caratterizzate da un diverso profilo di rischio in termini di "dispersione" dei relativi risultati» (corsivo nel testo). Nella medesima prospettiva, qualifica la creazione degli assetti come un «obiettivo», rispetto al quale è corretto invocare la *business judgment rule*, CAGNASSO, *Scelte degli amministratori, attività preparatoria e istruttoria e assetti adeguati*, in *Giur. it.*, 2021, 114. Di contro, è condiviso in dottrina che la *business judgment rule* non possa essere invocata qualora la decisione gestoria non abbia natura imprenditoriale, trattandosi cioè di decisione attuativa di «comportamenti e scelte che [...] sono imposti da norme giuridicamente impegnative» (così ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 407, nonché PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, cit., 233 s. e nt. 123 e, ancora, MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., 389 ss., che isola, all'interno della nozione di rischio, quella di «rischio giuridico», per alludere proprio all'«eventualità che una condotta imputabile all'ente societario integri una violazione di norme di legge/regolamentari [...] ed esponga, conseguentemente, la società al pericolo, in senso tecnico, di subire un pregiudizio economico»: forma di rischio, quest'ultima, che «non solo si sottrae a qualsiasi forma di

i presupposti e, più in generale, le esigenze di tutela sottese all'applicazione della *business judgment rule*⁶⁰³.

Ma v'è di più. L'esigenza di incentivare l'assunzione controllata da parte del curatore di rischi superiori a quelli insiti in una gestione meramente conservativa, nella misura in cui essi siano supportati da un ritorno prospettico di valore in sede di distribuzione dell'attivo⁶⁰⁴, induce – oltre che a circoscrivere, sul piano dell'*an debeat*, le condotte gestorie effettivamente rimproverabili al gestore – ad individuare con particolare prudenza, sotto il profilo invece del *quantum debeat*, i criteri di commisurazione del danno eventualmente cagionato da un'attività di direzione del gruppo insolvente non conforme a correttezza⁶⁰⁵.

“ponderazione” da parte dell'organo amministrativo ma costituisce, a ben vedere, un vero e proprio *limite esterno* al suo agire»; per ampi riferimenti alla dottrina tedesca in merito alla distinzione tra *rechtlichen gebundenen Entscheidungen* e *unternehmerischen Entscheidungen* cfr. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., 431). Per un'interessante applicazione della *business judgment rule* alle scelte in materia di bilancio e di gestione dei crediti bancari in sofferenza cfr. Trib. Bologna, Sez. Specializzata in materia di Impresa, 17 dicembre 2018, n. 3218, in *Società*, 2020, 199 ss., con nota di SAGLIOCCA, *Appunti in tema di applicazione della business judgment rule in materia di crediti deteriorati*.

⁶⁰³ E ciò anche in considerazione del fatto che – come è stato autorevolmente osservato – che «ritenere che tutte le decisioni organizzative, in quanto doverosamente soggette al canone dell'adeguatezza, siano sottratte alla discrezionalità amministrativa significa negare l'autonomia decisionale degli amministratori ed aprire pericolosamente la strada ad una valutazione giudiziale di merito su gran parte delle scelte gestionali che l'organo amministrativo si trova ad assumere» (CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit., 12).

⁶⁰⁴ Per la correlazione tra l'elemento del rischio e quello del «rendimento dell'operazione societaria», nel senso che «l'adozione di qualsiasi scelta funzionalmente orientata alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario sconta l'ineliminabile possibilità di un insuccesso dell'iniziativa», cfr. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit., 380.

⁶⁰⁵ Un approccio analogo – ispirato cioè ad una «visione economico-politica del diritto» – era stato proposto proprio con riguardo ai problemi della responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società di capitali e, segnatamente, a quello della quantificazione del danno derivante dalla violazione del divieto di nuove operazioni successivo al verificarsi di una causa di scioglimento da JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 548 ss., il quale osservava come la tendenza giurisprudenziale ad interpretare i presupposti delle azioni di responsabilità promosse dal curatore contro gli organi di amministrazione e controllo di società fallite in termini affatto distanti da quelli scolpiti dagli artt. 2393 e 2394 c.c. e, in particolare, ad obliterare del tutto l'accertamento del nesso di causalità – ricorrendo cioè a criteri presuntivi di quantificazione del danno risarcibile in forza dei quali «il passivo del fallimento viene posto, in tutto o in parte, a carico dei gestori del patrimonio sociale» – producesse effetti indesiderabili in termini di politica del diritto e di valutazione comparativa degli interessi: e ciò in quanto «l'accentuazione della responsabilità degli amministratori e dei sindaci funziona, com'è naturale, da elemento di pesante dissuasione dall'accettare queste cariche». Per alcune critiche all'orientamento giurisprudenziale che, con ragionamento presuntivo, addossava all'amministratore l'intero *deficit* fallimentare cfr. altresì CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano, 1984, spec. 85 ss. Non a caso, il criterio differenziale è stato poi (apparentemente) scartato, e confinato cioè alla sola ipotesi residuale della determinazione in via equitativa del danno risarcibile, dalla nota Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. comm.*, 2015, II, 643 ss., con il commento di BASSI-CABRAS-CIAN-FORTUNATO-GALLETTI-JORIO-MONTALENTI-RACUGNO-SACCHI, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali cfr. le rassegne di MONTALENTI-RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2017, II, 775 ss.; COSSU, *Azione di responsabilità*

Vero è infatti, a questo riguardo, che l'adozione di criteri che, sebbene in via meramente presuntiva, parametrino il danno risarcibile alla sola *differenza aritmetica* tra i valori dell'attivo all'atto dell'*apertura* della procedura e al momento della *cessazione* definitiva dell'attività potrebbe rivelarsi maggiormente compatibile con il principio di autonomia delle masse⁶⁰⁶: e ciò nella misura in cui tale soluzione assicurerebbe, sia pure

della curatela fallimentare e quantificazione del danno, in *Giur. comm.*, 2016, II, 529 ss.; AMBROSINI-AIELLO, *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 951 ss.

⁶⁰⁶ Oltre che con la nuova formulazione dell'art. 2486 c.c., relativa tuttavia alla sola responsabilità degli amministratori per violazione del dovere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale nell'attesa del "passaggio di consegne" ai liquidatori ai sensi dell'art. 2487-bis c.c. Per un primo commento alla norma cfr., in luogo di molti, M. ROSSI, *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2386, comma 1°, cod. civ.*, cit., 1137 ss., nonché, con accenti apertamente critici, CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit., 17 ss.; BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 306 s. e FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., 980 ss., che qualifica la norma in commento come «un sostanziale passo indietro». Si ha l'impressione, infatti, che la novità della quale si discute abbia sostanzialmente avverato la premonizione di quanti, all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite del 2015 (menzionata nella nota precedente), avevano paventato che l'apertura finale compiuta dalla giurisprudenza di legittimità in favore dell'adozione del criterio differenziale nell'ambito della liquidazione del danno in via equitativa potesse sortire l'effetto di far sì che «il criterio bocciato, cacciato dalla porta, rientrasse – come si suol dire – dalla finestra» (così BASSI, *Intervento nella tavola rotonda virtuale dal titolo Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 652, ma analoga insoddisfazione per l'apertura finale, e per i rischi che essa avrebbe potuto comportare nella prassi, è espressa da SACCHI, *ivi*, 676, ad avviso del quale infatti l'applicazione del criterio differenziale era stata agganciata dalla Suprema Corte a «condizioni che non sembrano tali da impedire interpretazioni arbitrarie»). Ed invero, il nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c., dopo aver accolto (non senza talune criticità, per le quali cfr., in luogo di molti, BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 306 s.) il criterio dei cd. netti patrimoniali rettificati, prevede altresì che, in caso di apertura di una procedura concorsuale e di mancanza o di assoluta irregolarità delle scritture contabili (fattori tali da impedire la determinazione dei netti patrimoniali), «il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura». Ebbene, non è arduo avvedersi di come la novità in esame abbia *non soltanto* reintrodotta – recependolo peraltro in una norma di diritto positivo – quel medesimo criterio differenziale che la giurisprudenza di legittimità aveva inteso relegare ad ipotesi (auspicabilmente) marginali, *ma altresì* finito col ritagliargli un ambito di applicazione addirittura più ampio rispetto al passato: sol che si consideri, infatti, che, come è stato prontamente notato in dottrina (cfr. ancora BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 307), «detto parametro non è più mediato, sul piano applicativo, dalla valutazione equitativa operata dal Giudice ex art. 1226 c.c. [...], ma diventa *tout court* criterio di liquidazione del danno», e ciò – per di più – senza che il ricorso ad esso ammetta (apparentemente) prova contraria (per tale impressione cfr., fra gli altri, ABRIANI-ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., 411, nonché M. ROSSI, *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2386, comma 1°, cod. civ.*, cit., 1144). Con il che appare allora fondato ritenere che la novità *non soltanto* stravolga taluni dei capisaldi e dei concetti fondamentali del sistema della responsabilità civile, primo fra tutti l'accertamento del nesso di causalità, ma determini *altresì* «un sovvertimento [...], di fatto, dell'intero sistema della responsabilità degli amministratori» (così ancora BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 307), equiparandone la condizione a quella dei titolari di una responsabilità per debito o, comunque, di mera posizione. Appare pertanto ineludibile – ma la questione può essere soltanto accennata in questa sede – procedere ad una «riduzione teleologica della fattispecie», sì da concepirla «in termini pur sempre residuali ed equitativi»: soluzione, quest'ultima, che rappresenta infatti l'unica strada percorribile, in quanto l'alternativa – e cioè considerare la norma in commento come «l'emersione positiva di una funzione anche sanzionatoria assegnata al risarcimento» (i virgolettati in M. ROSSI, *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2386, comma 1°, cod. civ.*, cit., 1143) – appare del tutto estranea ed incompatibile con la struttura e la funzione della responsabilità civile degli amministratori di società di capitali (e sul punto cfr. le considerazioni di CABRAS,

ex post e attraverso tecniche rimediali di natura ripristinatoria, la *neutralità patrimoniale* della prosecuzione dell'attività attraverso il possibile recupero, a titolo di risarcimento del danno, delle risorse fuoriuscite dalla singola massa per effetto di scelte gestorie del curatore.

Ciò nondimeno, un'opzione siffatta sconta un duplice ordine di inconvenienti. Per un verso, infatti, essa trascura il dato – a ben vedere decisivo – per cui nel corredo dei doveri del curatore autorizzato alla prosecuzione dell'impresa è assente non soltanto – com'è evidente – un precetto che impone di *interrompere* l'attività in funzione dell'immediata disgregazione dell'apparato produttivo, ma altresì – e diversamente da quanto previsto per i liquidatori di società di capitali – un obbligo di gestire l'impresa *secondo parametri predefiniti*, analoghi a quelli meramente conservativi previsti dall'art. 2486 c.c.⁶⁰⁷: il che induce allora – già in astratto – a valutare con particolare cautela l'estensione di modelli di responsabilità tarati su fattispecie gestorie del tutto eterogenee. Per altro verso, e a completamento di quanto appena osservato, la soluzione in commento si porrebbe in aperta contraddizione con l'eventualità che la gestione endoconcorsuale dell'impresa, proprio in quanto ispirata al criterio del «migliore realizzo», si svolga – per l'appunto – secondo criteri anche in parte *diversi* da quelli meramente conservativi⁶⁰⁸. In tal caso, infatti, l'applicazione del criterio dei netti patrimoniali rettificati produrrebbe

Intervento nella tavola rotonda virtuale dal titolo *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 655 s., nonché, alla luce della riforma, di DI CATALDO-S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 765 e nt. 19).

⁶⁰⁷ Com'è a dirsi per la responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2486 c.c.: è pienamente condivisibile, infatti, che in tale eventualità il danno non possa che consistere nella «differenza fra quello che sarebbe stato il risultato di periodo di una gestione liquidatoria e quello che è effettivamente stato il risultato di periodo della gestione in continuità aziendale, depurato, quest'ultimo, delle componenti straordinarie» (così SACCHI, *Intervento* nella tavola rotonda virtuale dal titolo *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, cit., 678).

⁶⁰⁸ Ed infatti, per un tentativo di circoscrivere l'applicazione dei criteri di cui al nuovo art. 2486 c.c. ai soli casi in cui s'intende addebitare agli amministratori la violazione di un obbligo di gestione conservativa, con esclusione quindi di altre eventualità in cui tale dovere è disattivato *ex lege* (come nell'ipotesi di gestione dell'impresa in concordato preventivo con applicazione dell'art. 182-sexies l.fall.), cfr. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Le linee perimetrali dei criteri normativi di quantificazione del danno nella responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in Ricordo di G.E. Colombo*, cit., 345 ss. Sul punto potrebbe in realtà spingersi oltre. Sol che si convenga, cioè, che l'applicazione del criterio dei netti patrimoniali rettificati si giustifichi nelle sole situazioni in cui una norma di legge prospetta al titolare della funzione gestoria un'alternativa secca tra l'interruzione dell'attività e la prosecuzione secondo parametri predefiniti, potrebbe allora dubitarsi – in una prospettiva generale – della stessa compatibilità di tale parametro di quantificazione del danno con i principi e le regole in tema di esercizio della funzione gestoria nelle società in liquidazione. S'intende cioè mettere in luce come, anche a prescindere dalle criticità di dettaglio sollevate dal nuovo testo dell'art. 2486 c.c. (per le quali cfr. *supra*, nt. 606), ciò che non convince della previsione del criterio dei netti patrimoniali è il suo innesto in una fattispecie gestoria i cui contorni potrebbe apparire in concreto *più sfumati* di quanto si desume a prima vista dalla norma in commento: potendosi, cioè, prospettare agli amministratori di società interessate da una causa di scioglimento l'opportunità di proseguire la gestione secondo criteri diversi da quelli meramente conservativi, senza che ciò contraddica – ed anzi, in tal modo sviluppando compiutamente – le finalità della liquidazione volontaria delle società di capitali. Il problema è ovviamente troppo complesso per poter essere compiutamente trattato in questa sede: anche in questo caso sia quindi consentito riservarsene l'approfondimento ad un successivo sviluppo del presente lavoro.

inevitabilmente il risultato di *traslare integralmente sul curatore* il rischio insito nella prosecuzione dell'attività⁶⁰⁹, così contraddicendo – *in apicibus* – la nuova “filosofia” della prosecuzione dell'impresa e, in particolare, la vocazione “efficientista” assegnata alla liquidazione giudiziale di gruppo⁶¹⁰.

5. (segue) i rimedi esperibili e la destinazione del risarcimento.

Tanto premesso, il confronto con la responsabilità della capogruppo nella gestione del gruppo *in bonis*, alla luce del quale sono state condotte le riflessioni che precedono, può essere sviluppato secondo un'ulteriore, e conclusiva, direttrice d'indagine.

È noto, infatti, come la fattispecie risarcitoria delineata dall'art. 2497 c.c. sia incentrata sul riconoscimento di una legittimazione *diretta* del singolo socio di minoranza e del creditore della società controllata ad ottenere autonomamente – attraverso un rimedio a vantaggio tipicamente *individuale*⁶¹¹ – il risarcimento (di una quota)⁶¹² del danno cagionato al patrimonio sociale dall'abuso di direzione unitaria⁶¹³. In particolare,

⁶⁰⁹ Secondo un risultato a ben vedere analogo a quello che discende dall'applicazione, nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c., del criterio del *deficit fallimentare*: un'opzione, quest'ultima, che – come è stato efficacemente scritto – determina «la sostanziale traslazione del rischio d'impresa sugli amministratori in caso di insolvenza», la cui responsabilità assurge infatti al «ruolo di “surrogato della responsabilità limitata dei soci”» e sui quali «viene ribaltato l'integrale peso economico dell'insolvenza» (i virgolettati in PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, cit., 1174). D'altra parte, il nesso tra le esigenze di tutela che depongono per l'applicazione della *business judgment rule* e le preoccupazioni sottese all'adozione, nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori, di criteri di parametrizzazione del danno risarcibile ispirati a logiche di *automatismo* è evidenziato anche da ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, cit., 403 e nt. 121.

⁶¹⁰ Spunti in questo senso nell'indagine di FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, cit., 148, il quale esclude che la gestione del curatore in pendenza dell'esercizio provvisorio debba essere improntata a criteri di speciale prudenza muovendo proprio dal presupposto per cui questi ultimi si giustificano soltanto «in una concezione tradizionale dell'esercizio provvisorio, per cui la scelta di continuare l'impresa e le modalità di gestione prescelte non devono implicare l'assunzione di nuovi rischi»: non invece in una lettura più moderna dell'istituto, il cui obiettivo oggi «può anche non essere di mera conservazione dell'esistente» e le cui modalità di gestione, pertanto, «possono anche risultare improntate ad un dinamismo più o meno accentuato».

⁶¹¹ Un rimedio, in particolare, che produce l'effetto di «“disinteressare” il singolo socio (sebbene inciso dal pregiudizio arrecato all'interesse comune) rispetto alle sorti del patrimonio sociale», assegnandogli la legittimazione a pretendere il risarcimento di un danno *sociale* a vantaggio del proprio patrimonio *personale* (cfr. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 311).

⁶¹² In questo senso cfr. VALZER, sub *Articolo 2497 c.c. Responsabilità*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, tomo II, cit., 3013 e 3021.

⁶¹³ Per la natura riflessa del danno risarcibile ai sensi dell'art. 2497 c.c. cfr., in luogo di molti, GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 309 ss. e in part. 317; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, cit., 935 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. III, cit., 959 s.; VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 41 e CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., 1253 s. Può farsi notare, incidentalmente, come la natura riflessa del pregiudizio sofferto dai soci esterni al controllo in caso di esercizio abusivo del potere di eterodirezione rappresenti certamente una deroga al divieto di appropriazione da parte del singolo socio del danno che costituisce mera conseguenza indiretta di un

in quel contesto legittimazione diretta e vantaggio individuale⁶¹⁴ si spiegano – in particolar modo *a latere socii*⁶¹⁵ – con l’esigenza di garantire l’effettività di una tutela che sarebbe altrimenti rimessa, al di fuori dell’irrealistica eventualità di un *change of control* e di conseguente uscita dal gruppo della società danneggiata, all’iniziativa della stessa maggioranza che detiene il potere di direzione⁶¹⁶.

pregiudizio sofferto dal patrimonio sociale, sotteso all’art. 2395 c.c. e imposto dall’interazione tra i principi generali dell’illecito civile e le regole societarie di *Vermögensbindung* (in tal senso cfr., per tutti, PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, cit., 911 ss. e 920 ss., nonché ID., *La tutela risarcitoria dell’azionista fra «danno diretto» e «danno riflesso»*, Pisa, 2012, 61 ss.): deroga, tuttavia, che, se *nel contesto dei gruppi* di società si giustifica – come detto – in forza di un doveroso bilanciamento tra la funzione vincolistica sottesa al sistema del netto e le esigenze di tutela dei soci esterni alla compagine azionaria di controllo, *in altri contesti* potrebbe trovare analoga giustificazione nel principio di *piena compensazione* del pregiudizio sofferto dal socio in forza di un illecito interno all’organizzazione sociale, imposto – anche nel nostro ordinamento – dalle istanze di tutela costituzionale della partecipazione azionaria (in tal senso cfr., con riguardo al risarcimento del danno cagionato dalla non conformità delle delibere assembleari alla legge o allo statuto, PINTO, *Il danno cagionato dalla conformità della delibera alla legge o allo statuto*, in *Società, banche, crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. I, *Impresa-società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, 862 ss.).

⁶¹⁴ Si tratta, del resto, di profili – quelli legati al «meccanismo di reintegrazione del danno (e, conseguentemente, della legittimazione attività e passiva all’azione di responsabilità)» – rispetto ai quali è possibile cogliere la deroga al diritto societario generale (in questo senso cfr., per tutti, GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 145, ove anche il virgolettato).

⁶¹⁵ Quanto all’azione dei creditori ai sensi dell’art. 2497 c.c., essa può essere invece ricondotta a quella riconosciuta dal diritto azionario generale dall’art. 2394 c.c. (in tal senso cfr. VALZER, sub *Articolo 2497 c.c. Responsabilità*, cit., 3021), sia pure con le innegabili differenze tra i due rimedi (per le quali cfr., ad esempio, LA MARCA, *Il diritto dei gruppi: unicorno o rinoceronte? Linee di desistenza del diritto comune*, cit., 268 s., ove in particolare il rilievo per cui la «conservazione dell’integrità del patrimonio sociale» parrebbe svolgere un ruolo diverso nelle due fattispecie, ossia quello di «criterio per la selezione degli obblighi della cui inosservanza si tratta» e, dunque, di «elemento [...] della condotta», nell’art. 2394 c.c., e quello di «bene sul quale incide in termini pregiudizievoli la condotta illecita», nell’art. 2497 c.c.; differenza che, tuttavia, si stempera nella misura in cui si ritiene che, nella responsabilità da direzione e coordinamento, la «violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» – quale elemento della condotta sanzionata – includa anche, per l’appunto, la violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale).

⁶¹⁶ Per tali considerazioni, che hanno del resto sconsigliato al legislatore della riforma del 2003 l’introduzione di una legittimazione della società eterodiretta all’azione di cui all’art. 2497 c.c., cfr., in luogo di molti, GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 310 e 316, ove in particolare il riferimento all’«asservimento della società agli obiettivi imprenditoriali del soggetto controllante» e alla «marginalità economica e corporativa dei soci-investitori»; TOMBARI, *Il gruppo di imprese*, cit., 245 s. e SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., 189 s. Con riguardo al problema appena segnalato – e cioè quello della possibile costruzione in via interpretativa di un autonomo titolo di responsabilità azionabile dalla società diretta e coordinata – è noto come in dottrina siano ugualmente rappresentate sia la tesi che nega l’esistenza di una simile pretesa (per la quale cfr. ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, cit., 280 ss.; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d’impresa*, cit., spec. 368 ss.; PENNISI, *La legittimazione della società diretta all’azione di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento*, in *Società, banche, crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. II, cit., 1642 ss.; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 44; M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione nell’esercizio dell’impresa di gruppo*, cit., 650; BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all’azione risarcitoria ex art. 2497, I co., c.c.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 362), sia quella che ritiene l’azione della controllata comunque immanente al sistema di cui agli artt. 2497 ss. c.c. (per la quale cfr., fra gli altri, SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., 668; SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 964 s.; PINTO, *La responsabilità degli*

Ora, esula dall'ambito della presente indagine riflettere sulle problematiche connesse all'importazione all'interno della liquidazione giudiziale di gruppo – quale strumento di reazione rispetto ad un illecito *precedente* l'apertura della liquidazione giudiziale di gruppo – dell'azione di cui all'art. 2497 c.c.⁶¹⁷, e ciò anche a dispetto del fatto che proprio il contesto concorsuale rappresenti, anche all'esito delle recenti riforme, il «terreno naturale d'elezione» delle richieste risarcitorie contro i soggetti titolari del potere di direzione dell'impresa⁶¹⁸. Più pertinente è invece interrogarsi in questa sede su quali profili di disciplina dell'azione risarcitoria *contro la società capogruppo* possano essere estesi “per derivazione” anche all'azione *contro il curatore* per scorretto esercizio della direzione unitaria del gruppo insolvente.

amministratori per «danno diretto» agli azionisti, cit., 938; GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 313 e nt. 199; ID., “*Compiti*” e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, I, 514; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., 1256; BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 139 s.; MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., 182 e nt. 65; ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 676; quanto alla giurisprudenza favorevole a tale soluzione, cfr. la ricognizione di MAMBRIANI, *Alcune questioni in tema di responsabilità da abuso di direzione e coordinamento nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *La riforma del diritto societario nella “giurisprudenza delle imprese”*. Atti del Convegno. Milano, 26 novembre 2015, a cura di Cera-Mondini-Presti, Milano, 2017, 127 ss.). Ora, è evidente come – limitando per il momento l'attenzione all'eventualità (alquanto infrequente) che una simile azione venga esercitata da una società eterodiretta *in bonis* – il riconoscimento di una legittimazione concorrente in favore della società e dei suoi soci “esterni” ponga il problema dell'eventuale cumulo dei due risarcimenti: un'eventualità, quest'ultima, che, sebbene sia stato autorevolmente ammessa in quanto espressione di un'esigenza latamente sanzionatoria dell'esercizio scorretto del potere di eterodirezione (cfr. in questo senso GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 319 ss., che giustifica il cumulo dei risarcimenti sulla scorta dei concetti di «pena privata» e di «rischio organizzativo»), appare in realtà confliggere sia con il generale divieto di duplicazione del risarcimento connesso al medesimo danno sotteso – fra gli altri – all'art. 2395 c.c., sia con l'impostazione complessiva del diritto italiano dei gruppi di società (per tali considerazioni cfr. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, cit., 939 e nt. 93). Il che, allora, impone l'individuazione di un criterio che consenta di escludere un siffatto cumulo, coordinando le pretese della società e dei soci secondo parametri temporali (come sostenuto da PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, cit., 938 s.) o quantitativi (secondo SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 966).

⁶¹⁷ Ulteriore profilo problematico connesso alle azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel gruppo *in bonis* – che parimenti è possibile soltanto segnalare in questa sede – è legato ancora una volta al riconoscimento di una legittimazione individuale in favore del singolo socio di minoranza all'esercizio di una pretesa “collettiva”, quale quella al risarcimento del danno cagionato al patrimonio sociale dall'eterodirezione abusiva. Se, infatti, come si è accennato (cfr. la nota precedente), tale soluzione consente di rendere effettiva la tutela risarcitoria, ponendo al contempo un problema di sovrapposizione tra la pretesa individuale e quella astrattamente spettante alla società danneggiata, non è men vero che l'emancipazione del rimedio dall'iniziativa collettiva rischia di andare a detrimento di una eventuale minoranza “inattiva”; senza, tuttavia, che tale inconveniente abbia consigliato, come nell'azione sociale di responsabilità esercitata ai sensi dell'art. 2393-bis c.c., di qualificare i soci attori come meri sostituti processuali della società danneggiata.

⁶¹⁸ Il virgolettato in JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, cit., 549. Per ampio riesame del problema cfr., prima della riforma di cui al Codice della crisi, D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 59 ss. e, alla luce del Codice, SANTOSUOSSO, *Abuso di eterodirezione e poteri del curatore*, cit., 166 ss.

In questa prospettiva, e limitando per il momento l'attenzione alla sola azione dei creditori, è necessario distinguere i due "momenti", in realtà strettamente connessi, della *legittimazione* all'azione e della *destinazione* del suo risultato utile⁶¹⁹. In relazione innanzitutto a quest'ultimo, quel che appare certo è che il risarcimento del danno eventualmente cagionato dall'abuso di direzione unitaria debba senz'altro ridondare a beneficio della massa attiva dell'impresa pregiudicata: il che, d'altra parte, giustifica anche l'ulteriore regola, rimasta immutata nel nuovo art. 136 del Codice della crisi, dell'assorbimento della legittimazione individuale del singolo creditore in quella del nuovo curatore nominato a seguito della revoca o della sostituzione del suo predecessore, provvedimenti elevati dalla legge a *presupposto necessario* dell'azione risarcitoria⁶²⁰.

Più complessa, invece, è la soluzione con riguardo ad un'eventuale azione esercitata nell'interesse dei *soci* delle società insolventi del gruppo. Invero, ipotizzare la proposizione di (un'istanza di revoca ai sensi dell'art. 134 del Codice della crisi, propedeutica all'esperimento di) un'azione di responsabilità contro il curatore richiede – oltre che di implementare nel sistema dei rimedi di diritto concorsuale una legittimazione *lato sensu* "sociale" alla loro attivazione⁶²¹ – di tenere in considerazione la diversa

⁶¹⁹ D'altra parte, che dei due profili evocati nel testo sia quello della *destinazione del risarcimento* a giocare un ruolo determinante nella ricostruzione del sistema dei rimedi per l'abuso di eterodirezione in pendenza di una procedura concorsuale è considerazione già suggerita in dottrina con riguardo all'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 2497 c.c. (cfr. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, cit., 677).

⁶²⁰ Al riguardo, infatti, è prevalente in dottrina l'idea per cui l'art. 38 l.fall. (rimasto sul punto sostanzialmente immutato nel passaggio all'attuale art. 136 del Codice della crisi), nella parte in cui prevede che «l'azione di responsabilità contro il *curatore revocato* è proposta dal *nuovo curatore*», introduca una regola di *legittimazione esclusiva* la quale, oltretutto, presuppone necessariamente il preventivo esperimento della revoca del curatore contro il quale si intende agire ai sensi dell'art. 37 l.fall. (oggi, art. 134 del Codice della crisi): in tal senso cfr. CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, cit., 285; SANTANGELI, *Il curatore*, cit., 904; D. SCANO, *Il curatore*, cit., 184 e 186; D'ATTORRE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, cit., 526; ABETE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, cit., 652 s.; SPIOTTA, *Il curatore*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, cit., 183. È rimasta invece minoritaria la posizione di VASSALLI, *Il curatore*, cit., 280 ss., il quale mette innanzitutto in discussione l'esistenza, desunta a partire dalla lettura ricorrente dell'art. 38 l.fall., di una «correlazione imprescindibile fra revoca del curatore ed azione di responsabilità verso lo stesso», muovendo a tal fine dal presupposto per cui «non ogni atto od omissione del curatore pur produttivo di danno risarcibile [deve] necessariamente costituire ragione di revoca». In altri termini, se è vero che la revoca del curatore si fonda – al pari di ogni altra ipotesi di revoca – sul «venir meno di un rapporto fiduciario di chi lo ha nominato e, nel caso di specie, anche degli altri organi coinvolti nel fallimento», possono allora verificarsi ipotesi nelle quali «lo stretto legame fra revoca del curatore ed azione di responsabilità si spezza», in quanto l'atto pregiudizievole non è di per sé «tale da giustificare il venir meno del rapporto di fiducia e perciò una pronuncia di revoca»: nel qual caso, pertanto, l'azione di responsabilità dovrà essere esercitata non già dal singolo creditore o dal fallito (in quanto entrambi privi di una legittimazione esponenziale degli interessi di categoria ai quali la fattispecie risarcitoria appresta tutela), bensì da un amministratore *ad actum* nominato dal tribunale.

⁶²¹ È evidente, a questo riguardo, come, non appena si convenga che la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità spetti *in via esclusiva* – come suggerito dal tenore letterale dell'art. 136 del Codice della crisi – al nuovo curatore nominato in sostituzione del precedente (sostituito o revocato proprio ai fini della proposizione dell'azione medesima), la questione della titolarità in capo ai soci o alle società insolventi del gruppo del potere di azionare rimedi risarcitori contro un'eventuale *mala gestio* dell'impresa di gruppo si sposta sul riconoscimento della legittimazione ad esercitare le istanze, di revoca o di sostituzione, ai sensi degli artt. 134 e 135 del Codice, che ne costituiscono il presupposto necessario. Ebbene, una volta esclusa per ragioni di ordine letterale (l'espresso riferimento di cui all'art. 135 del Codice

Interessenlage sottesa alla partecipazione di società insolventi alla liquidazione giudiziale di gruppo.

In tale contesto, infatti, non si assiste – come si è già accennato – a quella divaricazione tra interessi interni ed esterni alla compagine azionaria di controllo che, nel gruppo *in bonis*, giustifica – in nome di un principio di effettività delle tutele – la previsione di una legittimazione *individuale* dell'azionista di minoranza alla richiesta di reintegrazione di un pregiudizio per definizione “riflesso” e, in quanto tale, *collettivo*, quale quello alla redditività e al valore della partecipazione sociale⁶²². Al contrario, il danno derivante da una gestione del gruppo insolvente non conforme a correttezza è – al pari del referente assiologico cui la medesima è improntata – *comune a tutti i soci della società pregiudicata*, i quali vantano un interesse omogeneo alla sua reintegrazione in previsione di una (improbabile, ma non per questo da escludere aprioristicamente) chiusura soddisfacente della procedura⁶²³.

della crisi alla legittimazione dei soli «creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi») la possibilità di estendere al debitore insolvente l'esperimento del rimedio della *sostituzione* del curatore, è del pari evidente come, anche con riguardo alla *revoca*, tanto la legge fallimentare, quanto il Codice della crisi non contemplino espressamente la legittimazione del fallito, pur consentendo al tribunale di disporre il provvedimento di revoca – oltre che «su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori» (per il diverso significato da attribuire alle due legittimazioni, l'una limitata ai soli profili di legittimità, l'altra estesa anche a motivi di merito o di opportunità, cfr. ABETE, *I rapporti con gli altri organi della procedura*, in *Fall.*, 2007, 1004 e VASSALLI, *Il curatore*, cit., 271; valorizza poi il dato testuale della differenza tra «proposta del giudice delegato» e «richiesta del comitato dei creditori» CARBONARA, sub *Art. 37. Revoca del curatore*, in *Commentario alla legge fallimentare*, vol. I, cit., 799 ss., nell'ottica di ritenere che, nel secondo caso, il tribunale sia in linea di massima vincolato alla richiesta formulata dal comitato dei creditori e possa ben limitarsi a recepirne *per relationem* le motivazioni nel decreto di revoca) – anche «d'ufficio» (per le criticità legate a tale potere officioso, e in particolare alle modalità di acquisizione da parte del tribunale del bagaglio informativo necessario ad argomentare l'esistenza dei giustificati motivi di revoca, cfr. SANTANGELI, *Il curatore*, cit., 889). Ora, non parrebbero esservi dubbi sul fatto che, pur non potendosi ricomprendere il fallito nel novero dei soggetti legittimati ad avanzare una *proposta* di revoca, ciò non esclude tuttavia che quest'ultimo possa sollecitare l'iniziativa officiosa del tribunale, vantando quindi un interesse indirettamente protetto e non un vero e proprio diritto soggettivo alla sostituzione del curatore (in questi termini cfr., in giurisprudenza, Trib. Udine, Sez. Civile, 19 febbraio 2010, in *www.unijuris.it*; nonché, in dottrina, SANTANGELI, *Il curatore*, cit., 899 s. e D. SCANO, *Il curatore*, cit., 175).

⁶²² E ciò in quanto – come è stato efficacemente scritto – tali aspetti della posizione del socio di minoranza traducono «interessi sociali “individuali” correlati tipicamente allo *scopo lucrativo* della società» (in questi termini GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, cit., 314).

⁶²³ La persistenza di un interesse dei soci di società in crisi all'esercizio di rimedi che consentano di tutelare l'aspettativa alla destinazione in loro favore del residuo valore attivo del patrimonio sociale al netto del pagamento dei debiti è del resto confermata dall'art. 285 del Codice della crisi. La norma, infatti, dopo aver canalizzato all'interno dell'opposizione all'omologazione del concordato preventivo di gruppo le contestazioni da parte dei creditori in ordine agli effetti pregiudizievoli delle operazioni contrattuali e riorganizzative e dei trasferimenti di risorse infragruppo programmati nel piano, riconosce analoga legittimazione ai soci delle società del gruppo coinvolte: i quali, in particolare, possono – con il medesimo rimedio – «far valere il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale» dalle summenzionate operazioni. Il riconoscimento di siffatta legittimazione depone, allora, per la presenza – quantomeno *in astratto* – di un interesse dei soci delle società in crisi a contestare soluzioni concorsuali che pregiudichino in maniera illegittima la consistenza del patrimonio della società partecipata, e ciò anche a prescindere dall'eventuale riconoscimento – di recente argomentato in dottrina proprio a partire dall'ultimo comma dell'art. 285 del Codice della crisi (cfr. in tal senso SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, cit., 326 ss., ove il rilievo per cui «fuori dall'ipotesi, che realisticamente va considerata molto infrequente, nella quale l'impresa mantenga un valore positivo

La situazione è allora a ben vedere analoga all'assetto di interessi sotteso ai gruppi a struttura gerarchica aventi *genesis contrattuale*, nei quali cioè l'«alienazione convenzionale del governo»⁶²⁴ da parte delle società aderenti fa sì che, a fronte dell'esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento, difettino i presupposti assiologici che, nel gruppo verticale, giustificano la disaggregazione del danno riflesso a vantaggio delle economie individuali degli azionisti esterni al controllo. Con la conseguenza, allora, che, anche nel gruppo insolvente, l'esigenza di ristorare un pregiudizio comune a tutti i soci non potrà che suggerire una regola di *legittimazione collettiva* – a beneficio degli amministratori o, se del caso, dei liquidatori delle società del gruppo in liquidazione giudiziale⁶²⁵ – all'esercizio di quei rimedi che, ai sensi dell'art. 138 del Codice della crisi, abilitano a monte l'attivazione della responsabilità risarcitoria del curatore⁶²⁶.

nonostante la presentazione della domanda di concordato preventivo, i soci hanno un reale interesse a esercitare la facoltà prevista dalla disposizione (e la disposizione stessa assume un reale significato) solo se l'ordinamento consente che venga lasciata ai soci una parte del valore del patrimonio della società debitrice, anche nell'ipotesi, molto probabile, che i creditori non vengano pagati al 100%») – della regola della priorità relativa nella distribuzione del valore dell'impresa in crisi.

⁶²⁴ L'espressione è di SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, cit., *passim*.

⁶²⁵ Per la permanenza in capo agli organi sociali di poteri reattivi e di interlocuzione nei confronti degli organi della procedura cfr. *supra*, Cap. I, par. 7 e in particolare nt. 162.

⁶²⁶ In questo senso cfr., con riguardo ai contratti di coordinamento gerarchico, VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 222 ss. e in part. 225 s. e, con riguardo invece all'azione dei soci *ex art. 2497*, comma 1, c.c. a fronte di un abuso compiuto dalla capogruppo prima dell'apertura della liquidazione, FERRI *sr.*, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici-G.B. Ferri, Torino, 2016, 504 s., sul presupposto per cui con l'apertura del fallimento viene meno – per l'appunto – lo stato di soggezione del socio di minoranza al potere di direzione e coordinamento che, nel gruppo *in bonis*, giustifica la regola di legittimazione individuale: la quale, pertanto, è destinata all'*assorbimento* all'interno – per l'appunto – dell'azione collettiva spettante alla società. L'estinzione dell'azione del socio è sostenuta, sebbene in forma di argomenti di diritto concorsuale attinenti all'esigenza di evitare fuoriuscite di patrimonio in favore dei soci in pendenza del concorso, da LA MARCA, *Il diritto dei gruppi: unicorno o rinoceronte? Linee di desistenza del diritto comune*, cit., 288 s. e da ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, cit., 679 ss. In senso contrario, sostengono invece che la legittimazione dei soci rimanga ferma anche in pendenza di una procedura concorsuale, in luogo di molti, ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, cit., 291; VALZER, *sub Articolo 2497 c.c. Responsabilità*, cit., 3029 s.; D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, cit., 60; VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 298.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Parere dei componenti del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*. Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, 1453 ss.
- AA. VV., *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri-Presti-Vella, II ed., Bologna, 2004
- AA. VV., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, Quaderni giuridici della CONSOB, novembre 2016
- ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975
- ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 103 ss.
- ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 3, tomo I, *Assemblea*, Torino, 1994, 3 ss.
- ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. I, Milano, 1996, 567 ss.
- ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadesse-Portale, vol. II, Torino, 2006, 491 ss.
- ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 279 ss.
- ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 3 ss.
- ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.
- ABETE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. I, *Artt. 1 – 103*, Bologna-Roma, 2007, 640 ss.
- ABETE, *I rapporti con gli altri organi della procedura*, in *Fall.*, 2007, 1002 ss.
- ABETE, *Gli organi preposti alla liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2019, 1151 ss.
- ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, tomo I, Padova, 2010, 231 ss.
- ABRIANI, *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2010, 392 ss.
- ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, 365 ss.
- ABRIANI, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 marzo 2021
- ABRIANI-PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso-Panzani, tomo II, Torino, 2016, 2992 ss.
- ABRIANI-ROSSI ANT., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.
- ACCETTELLA, *Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo societario "legale obbligatorio"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 35 ss.
- ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 647 ss.
- AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Torino, 2017

- AIELLO, *La liquidazione delle società di capitali*, in AIELLO-CAVALIERE-CAVANNA-CERRATO-SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. V, tomo II, Padova, 2011, 123 ss.
- AIELLO, *La competitività nel concordato preventivo. Le proposte e le offerte concorrenti*, Torino, 2019
- ALBANESE, *Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (e l'annullabilità del contratto non autorizzato)*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1141 ss.
- ALESSI, *I liquidatori di società per azioni*, Torino, 1994
- ALLECA, *Fallimento e regole societarie*, Milano, 2016
- ALLECA, *L'intangibilità della posizione del socio di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, 1087 ss.
- ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 659 ss.
- AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. I, *I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie*, Padova, 2010, 88 ss.
- AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643 ss.
- AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000
- AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, tomo II, Padova, 2009, 521 ss.
- AMBROSINI, *La liquidazione dell'attivo*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, tomo II, Padova, 2009, 611 ss.
- AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 4 ss.
- AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso-Panzani, tomo III, Torino, 2016, 4016 ss.
- AMBROSINI, *Assetti adeguati e "ibridazione" del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 433 ss.
- AMBROSINI-AIELLO, *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 951 ss.
- ANDOLINA, *Liquidazione dell'attivo ed esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 181 ss.
- ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 264 ss.
- ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1991, 977 ss.
- ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006
- ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. I, Torino, 2006, 5 ss.
- ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 ss.

- ANGELICI, *Note minime su “La libertà contrattuale e i rapporti societari”*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 403 ss.
- ANGELICI, *La società per azioni e gli “altri”*, in *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno. Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 45 ss.
- ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012
- ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo I, *Impresa e società*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, Milano, 2015, 37 ss.
- ANGELICI, *Profili dell’impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, 243 ss.
- ANGELICI, *A proposito di “interessi primordiali” dei soci e “gestione esclusiva” degli amministratori*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 445 ss.
- APPIO, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 719 ss.
- ARATO, *Operazioni bancarie in conto corrente e revocatoria fallimentare delle rimesse*, Milano, 1991
- ASCARELLI, *Confusione del patrimonio della società, e del socio; società con una società anonima, e società anonima simulata*, in *Foro it.*, 1931, 927 ss.
- ASCARELLI, *Liquidazione e personalità della società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 244 ss.
- ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, 405 ss.
- ASCARELLI, *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali a una società di persone*, in *Foro it.*, 1957, 1443 ss.
- ASCARELLI, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, 397 ss.
- ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, 1153 ss. e in *Problemi giuridici*, vol. II, Milano, 1959, 504 ss.
- AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 981 ss.
- ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell’impresa*, III ed., Milano, 1962
- AZZOLINA, *A proposito di responsabilità civile del curatore fallimentare*, in *Giur. it.*, 1959, 242 ss.
- BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009
- BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 568 ss.
- BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstension Doctrine*, 57 *Vanderbilt Law Review* 2004, 83 ss.
- BAIRD, *Substantive Consolidation Today*, 47 *Boston Coll. L. R.* 5 (2005), 5 ss.
- BALESTRA, *Brevi note sui crediti preeducibili e crediti ipotecarie pignorati*, in *Fall.*, 2017, 5 ss.

- BALLERINI, *The Absolute Priority Rule and the Distribution of Value in Corporate Reorganizations: The Italian Perspective*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2019, 647 ss.
- BALP, *I finanziamenti infragruppo, direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 329 ss.
- BALZARINI, sub *Articolo 2486. Poteri degli amministratori*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Artt. 2484 – 2496 c.c.*, a cura di Bianchi-Strampelli, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2016, 51 ss.
- BARACHINI, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel (e fuori dal) fallimento*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2863 ss.
- BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale disposizioni generali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2010
- BARCA, *I gruppi nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. I, Milano, 1996, 83 ss.
- BARTALENA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 83 ss.
- BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Società*, 2005, 1093 ss.
- BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. I, Torino, 2006, 99 ss.
- BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 298 ss.
- BARTALENA, *La cd. supersocietà di fatto*, in *Società*, 2019, 1083 ss.
- BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, in *Società*, 2020, 1346 ss.
- BARTOLACELLI, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a. Gli strumenti finanziari partecipativi*, Milano, 2012
- BASSI, *L'esercizio provvisorio*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. III, *La custodia e l'amministrazione. L'accertamento del passivo. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura del fallimento*, Padova, 2011, 307 ss.
- BASSI, *Intervento nella tavola rotonda virtuale dal titolo Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 652 ss.
- BASSI, *Il "secondo" patrimonio del debitore nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, vol. III, *Crisi d'impresa – Scritti vari*, Milano, 2015, 1285 ss.
- BASSI, *La «finanza esterna» nel concordato preventivo tra finanziamento del debitore e finanziamento dell'iniziativa*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 181 ss.
- BASSI, *La par condicio creditorum nella liquidazione delle società*, in *Fall.*, 2020, 1361 ss.
- BASTIA, *Le operazioni straordinarie come rimedi alla crisi dei gruppi*, in *BASTIA-BROGI, Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milano, 2016, 73 ss.

- BELLÈ, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Fall.*, 2011, 5 ss.
- BENAZZO, *Crisi d'impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2016, 241 ss.
- BENEDETTI, *I vantaggi compensativi nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 142 ss.
- BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, 1 co., c.c.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 362 ss.
- BENEDETTI, *I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione. Atti VIII Incontro italo-spagnolo di diritto commerciale. Napoli, 25 settembre 2015*, a cura di Paciello-Guizzi, Milano, 2016, 411 ss.
- BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs- o Duldungspflicht)?*, in *RDS*, 2017, 725 ss.
- BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss.
- BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 284 ss.
- BERRY, *Consolidation in Bankruptcy*, 50 *Am. Bankr. L.J.* 343 (1976), 343 ss.
- BERTOLOTTI, *Operazioni straordinarie. Trasformazione*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009. Commentario diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, Bologna-Roma, 2009, 1127 ss.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III ed., Milano, 1955
- BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996
- BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 280 ss.
- BITOSSO-STANGHELLINI, *I contratti di gruppo cooperativo paritetico tra regole legali e autonomia negoziale*, in *AGE*, 2008, 343 ss.
- BLASSES, *Redefining into Reality; Substantive Consolidation of Parent Corporations and Subsidiaries*, 24 *Emory Bankr. Dev. J.*, (2008), 469 ss.
- BOCCHINI, *Teoria dell'informazione e revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 121 ss.
- BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. II, *Società, amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, 1481 ss.
- BOGGIO, *Partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo, in Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, Torino, 2020, 295 ss.
- BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss. e 592 ss.
- BONELLI G., sub *Articolo 708*, in *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, vol. I, II ed., Milano, 1923
- BONELLI G., sub *Articolo 750*, in *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, vol. II, II ed., Milano, 1923

- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 4, *Amministratori – Direttore generale*, Torino, 1991, 323 ss.
- BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004
- BONFANTE, *Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione da parte dell'inabilitato*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 3 ss.
- BONSIGNORI, *Il fallimento delle società di persone*, in *Il fallimento delle società. Gli aspetti processuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. X, *Il fallimento delle società*, Padova, 1988, 149 ss.
- BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori. Concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta, e amministrazione straordinaria*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIII, Padova, 1997
- BOTTAI, *L'evoluzione della responsabilità del curatore: da mero esecutore a professionista/gestore di patrimoni*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 280 ss.
- BOZZA, *L'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione all'esecuzione degli atti ad esso conformi*, in *Fall.*, 2008, 1057 ss.
- BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424 ss.
- BOZZA, *La ripartizione dell'attivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico* diretto da Jorio-Fabiani, Bologna-Roma, 2010, 577 ss.
- BOZZA, *Lo stato passivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. II, *Il fallimento. Effetti – Stato Passivo*, Milano, 2014, 595 ss.
- BOZZA, *I criteri per la distribuzione delle predeuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei creditori dal debitore concordatario*, in *Fall.*, 2015, 700 ss.
- BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Milano, 2001
- BRIGUGLIO, *Applicabilità della business judgment rule alle scelte in materia di assetti societari adeguati*, in *RDS*, 2021, II, 279 ss.
- BRIOLINI, *Le azioni "restitutorie" dei conferimenti in natura*, Torino, 2008
- BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 16 ss.
- BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015
- BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 345 ss.
- BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Sez. I, tomo 2.1, Torino, 2002
- BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.
- BUSSOLETTI, *Lo scioglimento e l'estinzione della società fra apertura, chiusura e riapertura del fallimento*, in *RDS*, 2009, I, 456 ss.
- BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 395 ss.

- BUSSOLETTI, *Il fallimento della società: lo scioglimento e le responsabilità, fra diritto vigente e progetto di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 587 ss.
- BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 65 ss.
- BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestoria all'approssimarsi dell'insolvenza: prime riflessioni*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2541 ss.
- CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978
- CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 7, tomo III, *Trasformazione – Scioglimento*, Torino, 1997, 3 ss.
- CABRAS, *Intervento nella tavola rotonda virtuale dal titolo Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 654 ss.
- CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy out. L'art. 2501-bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, Milano, 2007
- CAGNASSO, sub *Articolo 2499 c.c. Limiti alla trasformazione*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, vol. III, Bologna-Roma, 2004, 2220 ss.
- CAGNASSO, *L'acquisto da parte della s.r.l. di una partecipazione a responsabilità illimitata*, in *Giur. it.*, 2016, 1148 ss.
- CAGNASSO, *Scelte degli amministratori, attività preparatoria e istruttoria e assetti adeguati*, in *Giur. it.*, 2021, 110 ss.
- CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 4, *Amministratori – Direttore generale*, Torino, 1991, 107 ss.
- CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 535 ss.
- CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. II, Torino, 2006, 659 ss.
- CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2593 ss.
- CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Buonocore e diretto da Costi, sez. IV, tomo 4.VI*, Torino, 2019
- CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 5 ss.
- CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003
- CALVOSA, *Fallimento e patrimonio d'impresa: luci ed ombre della vigente disciplina*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 518 ss.
- CAMPIONE, *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 750 ss.

- CAMPOBASSO G.F., *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir lav.*, 1992, 375 ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 553 ss.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, IX ed., 2015
- CANNATA-CASELLINA-GUIDI, *Inside the labyrinth of Basel risk-weighted assets: how not to get lost*, Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, numero 132, settembre 2021
- CARATOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio successivo alle fusioni e scissioni*, in *Società*, 2004, 1340 ss.
- CARIDI, sub *Articolo 148. Fallimento della società e dei soci*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, tomo II, *Artt. 84-159*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 1944 ss.
- CARIDI, *Spunti di riflessione nella prospettiva di una disciplina organica dei gruppi insolventi*, in *Giust. civ. online*, 18 gennaio 2016
- CARIDI, *Il sistema revocatorio degli atti infragruppo*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 113 ss.
- CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229 ss.
- CARIELLO, *La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 384 ss.
- CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *RDS*, 2012, I, 255 ss.
- CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 557 ss.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 221 ss.
- CARNELUTTI, *Azione revocatoria e trascrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 210 ss.
- CARRARO, *Atti pregiudizievoli: aspetti problematici vecchi e nuovi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1118 ss.
- CASA, *Natura esclusiva del procedimento di verifica dello stato passivo*, in *Fall.*, 2020, 403 ss.
- CASELLA M., *Lex mercatoria, statuti e T.A.R.*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, 863 ss.
- CASELLA P., *Sulla natura della revocatoria fallimentare e sul decorso degli interessi*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 754 ss.
- CASELLI, *Oggetto sociale e atti «ultra vires»*, Padova, 1970
- CASELLI, *La responsabilità civile del curatore*, in *La responsabilità del curatore. Aspetti civili, fiscali e penali. Atti del Convegno S.I.S.Co del 13 dicembre 1986*, Milano, 1988, 15 ss.
- CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano, 1984
- CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 234 ss.

- CAVALAGLIO, sub *Art. 129. Giudizio di omologazione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. II, *Artt. 104 – 266*, Bologna-Roma, 2007, 2015 ss.
- CAVALLI, sub *Articolo 149*, in *Testo Unico della Finanza*, commentario diretto da G. F. Campobasso, vol. II, *Emittenti*, Torino, 2002, 687 ss.
- CAVALLI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento: Presupposti – Processo – Organi*, Milano, 2014, 171 ss.
- CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, tomo II, Padova, 2009, 247 ss.
- CAVALLINI-GABOARDI, sub *Articolo 70*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. I, *Artt. 1 – 63*, Milano, 2010, 319 ss.
- CAVALLO BORGIA, *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 737 ss.
- CAVAZZUTI, voce *Rischio d'impresa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. IV, Milano, 2000, 1093 ss.
- CENTONZE, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. "delibera negativa")*, in *Riv. soc.*, 2007, 414 ss.
- CENTONZE, *Società di capitali in crisi e limiti al potere di voto dei soci*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 622 ss.
- CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il « sovrano » ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 133 ss.
- CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 941 ss.
- CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003
- CETRA, *Tutela delle minoranze e dei soci nell'impresa cooperativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1512 ss.
- CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea di società per azioni*, Torino 2003
- CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006
- CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1160 ss.
- CIRULLI, *Azione revocatoria ordinaria e fallimento del terzo acquirente (nota a Cass., Sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416)*, in www.judicium.it
- CIRULLI, *Profili sostanziali e processuali dell'art. 64 l. fall. de iure condito e de iure condendo*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 609 ss.
- COLOMBO, *La partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, 1513 ss.
- COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 30 ss.
- CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni della massa* in *Riv. dir. proc.*, 1998, 391 ss.
- CORRIAS, *Limitazioni al potere di rappresentanza*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, 600 ss.
- CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974

- CORSI, *L'insolvenza nel gruppo, I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, 1057 ss.
- CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 2014 (ristampa inalterata)
- CORSI, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Torino, 2014, 561 ss.
- COSSU C., voce *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 451 ss.
- COSSU M., *Azione di responsabilità della curatela fallimentare e quantificazione del danno*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 529 ss.
- COSTA, *La revocatoria nei gruppi di imprese*, in *L'interprete e l'operatore dinanzi alla crisi dell'impresa. Questioni controverse: in particolare la revocatoria fallimentare. Atti del Convegno. Siena, 15-16 ottobre 1999 – Siena, 9 giugno 2000*, Milano, 2001, 299 ss.
- COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 379 ss.
- COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, 1073 ss.
- COVINO, *Gli effetti dell'apertura della "nuova" liquidazione controllata del patrimonio del debitore sovraindebitato*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Pellicchia-Modica, Pisa, 2020, 311 ss.
- COVINO, *L'applicazione dell'art. 185, comma 6°, l fall. alla fusione di società per azioni in concordato fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 296 ss.
- COVINO, *Tutela dei soci di minoranza e dovere di "resistenza" degli amministratori di s.p.a. eterodirette (alla luce dell'European Model Companies Act)*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1301 ss.
- CUOMO, *Poteri e doveri della "capogruppo" nel gruppo bancario cooperativo (appunti in tema di governance delle banche di credito cooperativo e modelli di eterodirezione societaria)*, in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, a cura di Cardarelli, Torino, 2017, 162 ss.
- D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella società del debito*, in *Questione giustizia*, 2019, 171 ss.
- D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1971
- D'ALESSANDRO, *La Seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. soc.*, 1987, 1 ss.
- D'ALESSANDRO, *Pluralità di procedure ed unicità dell'ufficio concorsuale*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Esperienze, riflessioni e prospettive. Atti del Convegno SISCO (28 novembre 1987)*, Milano, 1989, e in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Tomo I, Milano, 1999, 923 ss.
- D'ALESSANDRO, *Amministrazione straordinaria e gruppi di imprese nel decreto-legge Donat-Cattin*, in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Tomo I, Milano, 1999, 743 ss.
- D'ALESSANDRO, *Crisi dell'impresa e procedure amministrative*, in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Tomo I, Milano, 1999, 767 ss.
- D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, 329 ss.

- D'ALESSANDRO, *Efficienza e giustizia distributiva nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 375 ss.
- D'ALESSANDRO, *Gruppi, codice della crisi e ircocervi coasiani*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 9 ss.
- D'ARRIGO, *Atti a titolo gratuito e pagamento di debiti scaduti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo I, *Fallimento: presupposti, istruttoria, organi, effetti, revocatoria e piani attestati*, Torino, 2009, 543 ss.
- D'ARRIGO, *Pagamento di cambiale scaduta, atti fra coniugi, decadenza dall'azione, revocatoria ordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo I, *Fallimento: presupposti, istruttoria, organi, effetti, revocatoria e piani attestati*, Torino, 2009, 683 ss.
- D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007
- D'ATTORRE, sub *Articolo 38. Responsabilità del curatore*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali. Fallimento*, tomo I, *Artt. 1-83-bis*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 512 ss.
- D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 392 ss.
- D'ATTORRE, *L'attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra par condicio creditorum e principio di eguaglianza tra soci*, in *Riv. soc.*, 2011, 852 ss.
- D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fall.*, 2012, 757 ss.
- D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 359 ss.
- D'ATTORRE, *La finanza esterna tra vincoli all'utilizzo e diritto di voto dei creditori*, in *www.ilcaso.it*, 20 maggio 2014
- D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 59 ss.
- D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, 1163 ss.
- D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 39 ss.
- D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall.*, 2017, 1015 ss.
- D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in *Fall.*, 2017, 316 ss.
- D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 277 ss.
- D'ATTORRE, *La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie*, in *Fall.*, 2019, 1257 ss.
- D'ATTORRE, *I principi generali nel diritto della crisi d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1084 ss.
- D'ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 461 ss.
- D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Fall.*, 2020, 1072 ss.
- D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 60 ss.

- DACCÒ, sub *Articolo 91. Azioni revocatorie*, in *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: commentario al Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270*, a cura di Castagnola-Sacchi, Milano, 2000, 487 ss.
- DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *AGE*, 2003, 183 ss.
- DACCÒ, sub *Articolo 5. Operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo*, in *La legge Marzano. Commentario*, a cura di Castagnola-Sacchi, Torino, 2006, 225 ss.
- DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999
- DE ACUTIS, *Il finanziamento dell'impresa societaria: i principali tratti caratterizzanti e gli "altri strumenti finanziari partecipativi"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 361 ss.
- DE ACUTIS, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. legisl. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Studium iuris*, 2019, 841 ss.
- DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Orizzonti del Diritto commerciale*, 2019, 9 ss.
- DE CESARI-MONTELLA, *Le misure cautelari e conservative nell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 791 ss.
- DE CICCÒ, sub *Articolo 148. Fallimento della società e dei soci*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, *Artt. 124-215*, Milano, 2010, 261 ss.
- DE CICCÒ, *Riflessioni intorno alla supersocietà di fatto: da modello generale a fattispecie "di nicchia"*, in *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 198 ss.
- DE CRESCIENZO, *L'eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare*, in *Fall.*, 2014, 1281 ss.
- DE CRISTOFARO M., *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 431 ss.
- DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Milano, 1998
- DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956
- DE SANTIS, sub *Articolo 15. Istruttoria prefallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. I, *Artt. 1 – 103*, Bologna-Roma, 2007, 296 ss.
- DE SANTIS, *Giudizio di verifica del passivo e pretese di tutela dichiarativa e costitutiva*, in *Fall.*, 2018, 665 ss.
- DE SANTIS, *Le sezioni unite sulle azioni revocatorie promosse nei confronti della liquidazione giudiziale: declinazioni sistematiche e profili operativi*, in *Fall.*, 2019, 352 ss.
- DE SANTIS, *La chiusura della liquidazione giudiziale ed i giudizi pendenti*, in *Fall.*, 2019, 1236 ss.
- DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss.
- DELLA TOMMASINA, *Dissociazione tra gestione e rappresentanza nella società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. soc.*, 2015, 657 ss.
- DELLA TOMMASINA, *Offerte concorrenti per l'acquisto di «specifici beni» e contratti preliminari pendenti nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 939 ss.
- DELLA TOMMASINA, *Informazione preassembleare e tutela dell'investimento*, Milano, 2018

- DELLA TOMMASINA, *Liquidazione dell'impresa agricola e azione revocatoria ordinaria*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Pellicchia-Modica, Pisa, 2020, 333 ss.
- DELLA SANTINA, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in www.ilcaso.it, *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 20 giugno 2019
- DEMURO, *Forme e progetto di fusione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, diretto da Serra e coordinato da Demuro, Bologna-Roma, 2014, 365 ss.
- DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, 1984
- DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327 ss.
- DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002
- DENOZZA, *L'interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione»*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno. Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 9 ss.
- DI CATALDO, *Dimensioni minime per il dovere di creare assetti e valutazione della diligenza nella loro creazione*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 570 ss.
- DI CATALDO-ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDS*, 2018, I, 745 ss.
- DI IULIO, *Gli effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, I, *Atti a titolo gratuito e pagamenti inefficaci*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, vol. I, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Torino, 2010, 510 ss.
- DI MAJO, *I gruppi di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia-Piccinini-Severini, vol. V, *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, Torino, 2011, 435 ss.
- DI MAJO, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, vol. III, *Le altre procedure concorsuali. Reati fallimentari. Problematiche comunitarie e trasversali. Fallimento e fisco*, Torino, 2011, 1281 ss.
- DI MARTINO, *Fusione e soluzioni concordatarie della crisi*, Torino, 2018
- DI MARZIO, *Impresa di gruppo e procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 30 luglio 2013
- DI MARZIO-MACARIO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. V, *Concordato fallimentare – Accordi di ristrutturazione – Piani di risanamento – Amministrazione straordinaria – Profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017, 601 ss.
- DI SABATO, *Ricostruzione e unificazione del gruppo nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Esperienze, riflessioni e prospettive. Atti del Convegno SISCO (28 novembre 1987)*, Milano, 1989, 33 ss.
- DI SARLI, sub Art. 2501 c.c. *Forme di fusione*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione (artt. 2498-2506-quater c.c.)*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006, 427 ss.

- DONATI, *Le ricapitalizzazioni forzose*, Milano, 2020
- DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, 164 ss.
- EINAUDI, *Intorno al credito industriale – Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, 117 ss.
- EMMERICH-HABERSACK, *Konzernrecht*¹⁰, München, 2013
- ESPOSITO, *Il programma di liquidazione nel decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1078 ss.
- FABBI, *Procedure sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese (Artt. 284-292)*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, a cura di Giorgetti, Pisa, 2019, 275 ss.
- FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011
- FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1990, 900 ss.
- FABIANI, *Questioni in tema di prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Foro it.*, 1993, 568 ss.
- FABIANI, *Costituzione in mora ed effetto interruttivo della prescrizione nell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 1993, 529 ss.
- FABIANI, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. soc.*, 1998, 1313 ss.
- FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999
- FABIANI, *La sentenza in materia revocatoria e il problema della sua esecutorietà*, in *Foro it.*, 2001, 1363 ss.
- FABIANI, *La gestione dei beni ricavati da azioni revocatorie*, in *Fall.*, 2003, 1088 ss.
- FABIANI, *Il decreto correttivo alla riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, 225 ss.
- FABIANI, *Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l.fall.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 811 ss.
- FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009
- FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, 53 ss.
- FABIANI, *La proposta del terzo di concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio-Macario, Milano, 2010, 413 ss.
- FABIANI, *La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 985 ss.
- FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2014
- FABIANI, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 579 ss.
- FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. IV, *Concordato preventivo. Liquidazione coatta amministrativa. Tutela dei diritti. Profili penali*, Milano, 2016, 456 ss.
- FABIANI, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale dinamica e sulla de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017, 41 ss.
- FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 849 ss.
- FABIANI, *Il caso della revocatoria tra fallimenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 380 ss.

- FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1003 ss.
- FARINA, *Uso (e abuso) della tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 85 ss.
- FAUCEGLIA, *Riflessioni sul secondo comma dell'art. 64 legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 712 ss.
- FAUCEGLIA, *Verso la "fallimentarizzazione" del diritto societario ovvero la giurisprudenza della Cassazione nell'età dell'incertezza*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1222 ss.
- FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 118 ss.
- FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, Torino, 2019
- FAUCEGLIA, *Ancora sulla società di fatto tra società di capitali: l'esercizio in comune dell'attività di impresa*, in *Società*, 2020, 51 ss.
- FAUCEGLIA, *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia delle parole alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*, in *Società*, 2020, 937 ss.
- FEBBI, *Torna rapidamente alle Sezioni Unite il problema delle azioni revocatorie nei confronti di procedure concorsuali. Prime impressioni su Cass. n. 19881/2019*, in www.judicium.it
- FERRARA sr., *Gli atti d'amministrazione*, in *Filangieri*, 1903 e oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1954, 261 ss.
- FERRARA sr., *Il fallimento*, Milano, 1974
- FERRARA sr., voce *Curatore del fallimento*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 511 ss.
- FERRARA jr., voce *Azione revocatoria. c) Revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 901 ss.
- FERRARA jr.-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, VII ed., Milano, 1987
- FERRARO, *Gli interessi dei soci nel fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 113 ss.
- FERRARO, *Il governo delle società in liquidazione concorsuale*, Milano, 2020
- FERRI sr., *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936
- FERRI sr., *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese. Esperienze e proposte*, Atti del Convegno di Studi svoltosi a Bellagio nei giorni 19-20 giugno 1981, Milano, 1982, 67 ss.
- FERRI sr., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, vol. X, tomo III, III ed., Torino, 1987
- FERRI sr., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici-G.B. Ferri, Torino, 2016
- FERRI jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998
- FERRI jr., *La gestione di società in liquidazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 421 ss.
- FERRI jr., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 805 ss.
- FERRI jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 747 ss.
- FERRI jr., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, Milano, 2011
- FERRI jr., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, cit., 37 ss.; in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, 279 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 413 ss.

- FERRI jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia? Atti del Convegno. Università Europea di Roma. Università degli Studi Roma Tre. 16-17 dicembre 2011*, a cura di Guaccero-Maugeri, Milano, 2014, 25 ss.
- FERRI jr., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, in *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2015, 371 ss.
- FERRI jr., *Autonomia privata e principio maggioritario nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 349 ss.
- FERRI jr., *Impresa e società nella disciplina della liquidazione giudiziale: considerazioni in margine al progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, 1277 ss.
- FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, in *Riv. soc.*, 2019, 233 ss.
- FERRI jr., *La revoca fallimentare dei pagamenti di crediti garantiti*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, II, 281 ss.
- FERRI jr., *Autonomia delle masse e trasferimenti di risorse nel concordato preventivo di gruppo*, in *Corr. giur.*, 2020, 289 ss.
- FERRI jr., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 35 ss.
- FERRI jr., *Garanzia patrimoniale e disciplina dell'impresa in crisi*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, II ed., Milano, 2013, 29 ss.
- FERRI jr.-GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. IV, Torino, 2006, 231 ss.
- FERRI jr.-ROSSI M., *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *La società a responsabilità limitata: un Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 575 ss.
- FERRI C., *Liquidazione fallimentare, approvazione del programma e poteri del giudice delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 399 ss.
- FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065 ss.
- FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001 (ristampa inalterata)
- FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121 ss.
- FERRO-LUZZI, *Indicazione negli atti e nella corrispondenza circa la soggezione della società a direzione e coordinamento di altra società*, in *www.dircomm.it*, 4 aprile 2004
- FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma. I. La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 680 ss.
- FERRO-LUZZI, *Le operazioni con parti correlate infragruppo*, in *Le operazioni con parti correlate. Atti del Convegno. Piacenza, 19 novembre 2010*, a cura di Cariello, Milano, 2011, 3 ss.
- FERRO-LUZZI-MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 419 ss.
- FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo dal correttivo alla riforma*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 845 ss.
- FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contr. e impr.*, 2007, 530 ss.
- FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008

- FIMMANÒ, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusiva*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, 95 ss.
- FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 57 ss.
- FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico* diretto da Jorio-Fabiani, Bologna-Roma, 2010, 447 ss.
- FIMMANÒ, sub *Articolo 2487. Nomina e revoca dei liquidatori; criteri di svolgimento della liquidazione*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Artt. 2484 – 2496 c.c.*, a cura di Bianchi-Strampelli, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2016, 69 ss.
- FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. III, *Il fallimento. Inventario – Gestione dell'impresa – Liquidazione e distribuzione dell'attivo – Chiusura – Esdebitazione – Disciplina del sovraindebitamento – Procedure concorsuali transfrontaliere*, Milano, 2016, 29 ss.
- FIMMANÒ, *I patrimoni destinati a specifici affari nella legge fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. II, *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, Padova, 2010, 555 ss.
- FIMMANÒ, *L'estensione "inversa" del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci-S.r.l. controllanti e "subornati"*, in *Società*, 2016, 460 ss.
- FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*, in *Fall.*, 2016, 1189 ss.
- FIMMANÒ, *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Dir. fall.*, 2017, II, 576 ss.
- FIMMANÒ, *Fallimento della società di calcio, nomina cautelare del "pre-curatore" ed effetti sull'ordinamento sportivo*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 762 ss.
- FIMMANÒ, *La supersocietà di fatto tra società a responsabilità limitata alla luce del Codice della Crisi*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 75 ss.
- FONTANA, *Il programma di liquidazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 226 ss.
- FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *RDS*, 2018, II, 455 ss.
- FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 718 ss.
- FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss.
- FREZZA, *Il programma di liquidazione*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. III, *La custodia e l'amministrazione. L'accertamento del passivo. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura del fallimento*, Padova, 2011, 243 ss.
- GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, diretto da Galgano, Torino, 2001

- GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, II ed., Bologna-Roma, 2014
- GALLETTI, *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 657 ss.
- GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006
- GALLETTI, voce *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Milano, 2008, 71 ss.
- GALLETTI, *Concordato preventivo e gruppi d'impresa: cessione e diversione di beni, e attestazioni condizionate*, in *www.ilfallimentarista.it*, 21 settembre 2012
- GALLETTI, *Il concorso nel fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, tomo I, Torino, 2016, 1251 ss.
- GALLETTI, *Stato passivo o riparto? La "frantumazione" dell'idea di responsabilità*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2018, 653 ss.
- GALLO, voce *Azione revocatoria breve*, in *Disc. disc. priv., Sez. Civ., Agg. XI*, Torino, 2018, 33 ss.
- GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559 ss.
- GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987
- GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 367 ss.
- GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 5 ss.
- GANGI, *Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra il debito e la responsabilità*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, I, 22 ss.
- GANGI, *Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilità*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, I, 98 ss.
- GARCEA, *I « gruppi finti ». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 205 ss.
- GASPERONI, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 1017 ss.
- GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 508 ss.
- GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Le linee perimetrali dei criteri normativi di quantificazione del danno nella responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, Torino, 2020, 337 ss.
- GIANNELLI, sub *Articolo 2447-bis. Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. II, *Artt. 2380-2448*, Napoli, 2004, 1210 ss.
- GIANNELLI, sub *Articolo 2447-quinquies. Diritti dei creditori*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. II, *Artt. 2380-2448*, Napoli, 2004, 1240 ss.
- GIANNELLI, *Sulla competenza a deliberare l'emissione di strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 163 ss.
- GIANNELLI, *Competenze gestorie del comitato dei creditori e competenze "residuali" degli organi sociali*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno di*

- Palermo, 18-19 giugno 2010, a cura di Fortunato-Giannelli-Guerrera-Perrino, Milano, 2011, 101 ss.
- GIANNELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo e la governance del gruppo*, in *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, a cura di Cardarelli, Torino, 2017, 81 ss.
- GIERKE, *Schuld und Haftung im alteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910
- GILBERT, *Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer*, 43 *Vand. L. Rev.* 207 (1990), 207 ss.
- GINEVRA, *Gli strumenti finanziari diversi da azioni e obbligazioni*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, vol. III, *Diritto delle società*, a cura di Cian, II ed., Torino, 2017, 382 ss.
- GINEVRA-PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1209 ss.
- GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005
- GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007
- GRACI, *Le procedure d'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società*, in *Giur. it.*, 2018, 485 ss.
- GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004
- GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 527 ss.
- GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, 1081 ss.
- GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *RDS*, 2009, I, 506 ss.
- GUERRERA, *Note critiche sulla cd. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 63 ss.
- GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. II, *Società, amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, 1551 ss.
- GUERRERA, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo II, Milano, 2016, 3155 ss.
- GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1318 ss. e in *Questione giustizia*, 2019, 228 ss.
- GUERRERA-MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, 2008, 17 ss.
- GUERRIERI, *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 809 ss.
- GUGLIELMUCCI, *Liquidazione dell'attivo fallimentare che preveda il conferimento dell'azienda in una new co e la successiva vendita dell'intero pacchetto azionario*, in *Contr. e impr.*, 2008, 551 ss.
- GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, 2012

- GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 205 ss.
- GUIZZI, *Patrimoni destinati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 639 ss.
- GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 439 ss.
- GUIZZI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Dizionari di diritto privato*, promossi da Irti, *Diritto commerciale*, a cura di Abriani, Milano, 2011, 350 ss.
- GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, 2011, 1233 ss.
- GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Milano, 2014
- GUIZZI, *Riflessioni su alcuni problemi irrisolti nella disciplina dei gruppi (Fantasia para un gentilhombre)*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 3 ss.
- HANSMANN-FRAAKMAN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, 21 ss.
- HIRTE, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, 213 ss.
- HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, Berlin, 1982
- IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 243 ss.
- INZITARI, *Le operazioni di apertura di credito e di smobilizzo dei crediti e la revocatoria delle rimesse*, in *Crisi d'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno tenutosi a Courmayeur il 23-24 settembre 2005*, Milano, 2006, 135 ss.
- INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 345 ss.
- INZITARI, *La responsabilità del comitato dei creditori*, in *Contr. e impr.*, 2009, 24 ss.
- IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005
- IRRERA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e business judgment rule*, in *Crisi d'impresa. prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura*, a cura di Montalenti-Notari, Milano, 2021, 81 ss.
- IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 693 ss.
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964
- JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 407 ss.
- JAEGER, *« Direzione unitaria » di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull'art. 3, ult. cpv., della legge sull'amministrazione straordinaria)*, in *Riv. soc.*, 1985, 817 ss.
- JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 548 ss.

- JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, 1425 ss.
- JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.
- JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 492 ss.
- JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, tomo II, Padova, 2009, 389 ss.
- JORIO, *Introduzione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento: Presupposti – Processo – Organi*, Milano, 2014, 3 ss.
- KINDLER, *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del Piano d'Azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 439 ss.
- KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 707 ss.
- KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 430 ss.
- LA MARCA, *Il diritto dei gruppi: unicorno o rinoceronte? Linee di desistenza del diritto comune*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 249 ss.
- LA MARCA, *La mancata approvazione della deliberazione assembleare. Deliberazione "negativa", deliberazione apparente e deliberazione negata*, Milano, 2020
- LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994
- LAI, *Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2016, 349 ss.
- LAMANDINI, *Il « controllo ». Nozione e « tipo » nella legislazione economica*, Milano, 1995
- LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell'emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 519 ss.
- LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico «semplice» e «qualificato» (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. IV, Torino, 2006, 1103 ss.
- LAMANDINI, *La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria intragruppo: qualche considerazione di diritto societario*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2643 ss.
- LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 56 ss.
- LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 665 ss.

- LAMANDINI, *Gli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario*, in *La gestione delle crisi bancarie strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di Troiano-Uda, Padova, 2018, 177 ss.
- LAMANNA-GALLETTI, *Dall'emergenza Covid al correttivo del Codice della crisi d'impresa. Commento alla legislazione concorsuale nell'emergenza pandemica e al D.Lgs. 147/2020 con tavole sinottiche*, Milano, 2021
- LATELLA, *La crisi dei gruppi di società nella riforma dell'insolvenza transfrontaliera: profili generali*, in *Giur. it.*, 2018, 480 ss.
- LATELLA, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della Corte di Giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea*, Studio n. 117-2020/A del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Affari Internazionali il 24 giugno 2020
- LENZI D., *I doveri dei creditori nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *www.ilcaso.it*, *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 18 agosto 2020
- LEUZZI, *L'esercizio dell'impresa e la liquidazione dell'attivo nel codice della crisi*, in *www.ilfallimentarista.it*, 18 febbraio 2019
- LEUZZI, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 854 ss. e in *www.dirittodellacrisi.it*, 31 marzo 2019
- LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, Milano, 1974
- LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 84 ss.
- LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981
- LIBONATI, *Insolvenza di gruppo e revocatoria ex legge n. 95 del 1979*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 273 ss. e in *Scritti giuridici*, vol. II, *Società quotate e mercati finanziari. Titoli di credito e strumenti finanziari. Banche e operazioni bancarie. Crisi delle imprese. Saggi di vario diritto*, Milano, 2013, 761 ss.
- LIBONATI, *I gruppi e i sistemi di impresa*, in *Pubblico e privato. Secondo rapporto CER-CENSIS sull'Economia Italiana*, vol. I, *Mutazioni, confini, intrecci, modelli*, Milano, 1987, 79 ss. e in *Scritti giuridici*, vol. I, *Impresa e società. Concorrenza e mercato. Gruppi. Bilanci e contabilità*, Milano, 2013, 723 ss.
- LIBONATI, *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Scritti giuridici*, vol. II, *Società quotate e mercati finanziari. Titoli di credito e strumenti finanziari. Banche e operazioni bancarie. Crisi delle imprese. Saggi di vario diritto*, Milano, 2013, 705 ss.
- LIBONATI, *Crisi societarie e governo dei creditori*, in *Scritti giuridici*, vol. II, *Società quotate e mercati finanziari. Titoli di credito e strumenti finanziari. Banche e operazioni bancarie. Crisi delle imprese. Saggi di vario diritto*, Milano, 2013, 871 ss.
- LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 1489 ss.
- LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009
- LO CASCIO, *La responsabilità del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 832 ss.
- LO CASCIO, *Il commentario alla legge sull'amministrazione straordinaria*, Milano, 2000

- LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999
- LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. IV, Torino, 2006, 441 ss.
- LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016
- LUTTER, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. soc.*, 1973, 1 ss.
- LUTTER, *Zur Binnenstruktur des Konzerns*, in *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Hefermel, Gmür, Brox (hrsg.), Karlsruhe, 1974, 347 ss.
- LUTTER, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, in *ZGR*, 1987, 324 ss.
- MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2015, 59 ss.
- MACRÌ, *Bcc e mutualità alla luce dell'introduzione del gruppo bancario cooperativo*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 867 ss.
- MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970
- MAFFEI ALBERTI, *La «funzione» della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 362 ss.
- MAGGI, *La liquidazione mediante conferimento: commento all'art. 105, ottavo comma, l.fall.*, in *Fall.*, 2008, 1371 ss.
- MAMBRIANI, *Alcune questioni in tema di responsabilità da abuso di direzione e coordinamento nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *La riforma del diritto societario nella "giurisprudenza delle imprese". Atti del Convegno. Milano, 26 novembre 2015*, a cura di Cera-Mondini-Presti, Milano, 2017, 123 ss.
- MARCHEGIANI, *La motivazione delle deliberazioni consiliari nella società per azioni*, Milano, 2018
- MARCHETTI P. G., *Gruppo e programma « selvaggio » nel decreto sul supercommissario*, in *Riv. soc.*, 1978, 1253 ss.
- MARCHETTI G., *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 511 ss.
- MARCHETTI G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, 2017
- MARCHISIO, *La "corretta gestione" della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 923 ss.
- MASTURZI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. II, Artt. 64-123, Milano, 2010, 959 ss.
- MAUGERI, *L'introduzione della scissione nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 745 ss.
- MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 267 ss.
- MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010
- MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 805 ss.
- MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 66 ss.
- MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" endogruppo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 726 ss.

- MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo I, *Impresa e società*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, Milano, 2015, 379 ss.
- MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 222 ss.
- MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1485 ss.
- MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 813 ss.
- MENCHINI-MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 376 ss.
- MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss. e 280 ss.
- MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996
- MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998
- MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013
- MEO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. IV, *Le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 1061 ss.
- MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge-delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 286 ss.
- MEO, *Ristrutturazione mediante circolazione dell'azienda e modelli competitivi*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 429 ss.
- MEO-PANZANI, *Procedure unitarie "di gruppo" nel codice della crisi*, in *www.ilcaso.it., Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 20 dicembre 2019
- MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo II, *Fallimento: accertamento del passivo, liquidazione, azioni di responsabilità, chiusura ed esdebitazione – Concordato fallimentare – Fallimento delle società*, Torino, 2009, 1163 ss.
- MICHELIELI, *La nuova direzione e coordinamento nel gruppo bancario di credito cooperativo alla luce della l. 49/2016*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 453 ss.
- MIGNONE, « Tracking shares » e « actions reflect » come modelli per le nostre « azioni correlate », in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 610 ss.
- MINERVINI, *Le misure per il risanamento delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. soc.*, 1978, 1240 ss.
- MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 286 ss.
- MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria (Contributo alla teoria del processo e alla teoria delle obbligazioni)*, in *Jus*, 1953, 207 ss.
- MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, Torino, 1993
- MIOLA, *Trasferimenti patrimoniali intragrupo: profili interni e transnazionali*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 1587 ss.

- MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi ed i creditori*, in *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi Atti del Convegno svoltosi a Courmayeur, 31 marzo – 1° aprile 1995*, Milano, 1997, 150 ss.
- MIOLA, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 433 ss.
- MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino 2011, 36 ss.
- MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2693 ss.
- MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, volume II, Milano, 2015, 2095 ss.
- MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 306 ss.
- MONDINI, *Le azioni correlate*, II ed., Milano, 2009
- MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999
- MONTAGNANI, sub *Articolo 2499 c.c. Limiti alla trasformazione*, in *La riforma delle società. Commentario*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, 356 ss.
- MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss.
- MONTALENTI, *I gruppi di società*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, tomo I, Padova, 2010, 1031 ss.
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 221 ss.
- MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, 215 ss.
- MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 829 ss.
- MONTALENTI-RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2017, II, 775 ss.
- MONTANARI, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, Milano, 1985 (ristampa inalterata)
- MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendente alla data del fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1394 ss.
- MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 146 ss.
- MONTANARI, *Profili processuali del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 860 ss.
- MONTANARI, *I rapporti tra fallimento e risoluzione giudiziale pendente nella nuova prospettiva della Suprema Corte*, in *Fall.*, 2020, 777 ss.
- MOSCA, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione (artt. 2498-2506-quater c.c.)*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla*

- riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006, 29 ss.
- MOTTO, *Domanda di impugnazione del contratto con effetti reali e fallimento dell'acquirente*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 567 ss.
- MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Milano, 2007
- MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 728 ss.
- MOZZARELLI, *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto tra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 102 ss.
- MOZZARELLI, *Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione*, in *Società, banche, crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. II, *Società, amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, 1607 ss.
- MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 914 ss.
- NATOLI, *In tema di limitazione dei poteri di amministratore di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, II, 357 ss.
- NATOLI, voce *Azione revocatoria*. b) *Revocatoria ordinaria*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 888 ss.
- NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968
- NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990
- NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 7, tomo III, *Trasformazione – Scioglimento*, Torino, 1997, 247 ss.
- NICCOLINI, *Appunti per un profilo storico della disciplina dello scioglimento e della liquidazione della s.p.a. e per qualche riflessione sulla sua possibile evoluzione*, in *Riv. soc.*, 1998, 1072 ss.
- NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime osservazioni sulla riforma*, in *Riv. soc.*, 2003, 895 ss.
- NICCOLINI, sub *Articolo 2484 c.c. Cause di scioglimento*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. III, *Artt. 2449-2510*, Napoli, 2004, 1706 ss.
- NICCOLINI, sub *Articolo 2489. Poteri dei liquidatori*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. III, *Artt. 2449-2510*, Napoli, 2004, 1776 ss.
- NICCOLINI, *La «revoca dello stato di liquidazione» delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa-Portale, vol. IV, Torino, 2006, 33 ss.
- NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 517 ss.
- NICCOLINI, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali cancellata dal registro delle imprese secondo la Cassazione*, in *Foro it.*, 2020, 915 ss.
- NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974

- NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 9, tomo II, *Profili tributari e profili concorsuali*, Torino, 1993, 209 ss.
- NIGRO, *I problemi fondamentali del diritto concorsuale italiano nelle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2002, 1335 ss.
- NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. I, Torino, 2006, 177 ss.
- NIGRO, *La riforma «organica» delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 781 ss.
- NIGRO, *«Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 359 ss.
- NIGRO, sub *Articolo 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. II, *Artt. 104 – 266*, Bologna-Roma, 2007, 2168 ss.
- NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XXV, Torino, 2012
- NIGRO, *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti*, in *Riv. soc.*, 2018, 1207 ss.
- NIGRO, *La riforma delle procedure concorsuali in Italia: uno sguardo d'insieme*, in *Il diritto degli affari*, 5 dicembre 2018
- NIGRO, *Le ristrutturazioni societarie nel diritto italiano delle crisi: notazioni generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 379 ss.
- NIGRO, *I gruppi nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 17 ss.
- NIGRO-VATTERMOLI, *“Il diritto societario della crisi” nello schema di riforma delle procedure concorsuali: osservazioni critiche “ad adiuvandum”*, in *Giust. civ. online*, 21 agosto 2018
- NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, V ed., Bologna, 2021
- NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000
- NIUTTA, *Patrimoni destinati e procedure concorsuali (a seguito della riforma che ha interessato il diritto fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 299 ss.
- NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili della disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 542 ss.
- ONZA-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, in *Impresa e lavoro nei servizi portuali*, a cura di Xerri, Milano, 2013, 253 ss. e in *Ricerche giuridiche*, 2012, 221 ss.
- OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591 ss.
- OPPO, *Sulla « autonomia » delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, I, 1 ss.
- OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 109 ss.
- ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.
- OSTRIN, *A Proposal to Limit the Availability of Substantive Consolidation of Solvent Entities with Bankrupt Affiliates*, 91 *Com. L.J.* (1986), 351 ss.

- PACCHI, *Il giuoco delle parti nella liquidazione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 480 ss.
- PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo II, *Fallimento: accertamento del passivo, liquidazione, azioni di responsabilità, chiusura ed esdebitazione – Concordato fallimentare – Fallimento delle società*, Torino, 2009, 1371 ss.
- PACCHI, *I concordati delle società*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo II, *Fallimento: accertamento del passivo, liquidazione, azioni di responsabilità, chiusura ed esdebitazione – Concordato fallimentare – Fallimento delle società*, Torino, 2009, 1519 ss.
- PACCHI, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 1 ss.
- PACCHI, *Curatore nella liquidazione giudiziale. Profili giuridici*, in *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, a cura di Monteleone, Milano, 2021, 407 ss.
- PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli, 1999
- PACIELLO, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, *Artt. 124-215*, Milano, 2010, 915 ss.
- PACIELLO, sub *Articolo 104-ter. Programma di liquidazione*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, *Artt. 124-215*, Milano, 2010, 949 ss.
- PACIELLO, *Proseguimento dell'impresa fallita e poteri gestori della curatela*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, a cura di Fortunato-Giannelli-Guerrera-Perrino, Milano, 2011, 87 ss.
- PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 225 ss.
- PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017
- PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2011, 854 ss.
- PAGNI, *Il reclamo avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. III, *La custodia e l'amministrazione. L'accertamento del passivo. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura del fallimento*, Padova, 2011, 1 ss.
- PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 438 ss.
- PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008
- PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999
- PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fall.*, 2009, 1092 ss.
- PALUCHOWSKI, *La liquidazione dell'attivo nella liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2019, 1217 ss.
- PANZANI, *Programma di liquidazione*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo II, *Fallimento: accertamento del passivo, liquidazione, azioni di responsabilità, chiusura ed esdebitazione – Concordato fallimentare – Fallimento delle società*, Torino, 2009, 1139 ss.
- PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fall.* 2016, 1153 ss.
- PANZANI, *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, in *Fall.*, 2019, 1141 ss.

- PASQUARIELLO F., *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010
- PATTI, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fall.*, 2007, 355 ss.
- PAULUS, *Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht*, in *ZGR*, 2010, 270 ss.
- PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza nelle aggregazioni di gruppo*, in *Riv. soc.*, 1983, 1482 ss.
- PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da «controllo» nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 401 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 2, tomo II, *Azioni – Gruppi*, Torino, 1991, 581 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 557 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 767 ss.
- PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 113 ss. e in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1988, 189 ss.
- PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997
- PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa-Portale, vol. III, Torino, 2006, 887 ss.
- PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento*, in *Società, banche, crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. II, *Società, amministrazione, scioglimento, gruppi, s.r.l., cooperative*, Torino, 2014, 1631 ss.
- PENNISI, sub *Articolo 2497-ter c.c. Motivazione delle decisioni*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo II, Milano, 2016, 3067 ss.
- PERRINO, *Programma di liquidazione e tecniche di liquidazione in blocco*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1087 ss.
- PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 680 ss.
- PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. soc.*, 2019 712 ss.
- PINTO, *In tema di nomina giudiziale dei liquidatori e di impossibilità di funzionamento dell'assemblea*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 373 ss.
- PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 439 ss.
- PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa-Portale, vol. II, Torino, 2006, 893 ss.
- PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008
- PINTO, *Le competenze legali dell'assemblea nella gestione delle cooperative azionarie*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 39 ss.
- PINTO, *La tutela risarcitoria dell'azionista fra «danno diretto» e «danno riflesso»*, Pisa, 2012
- PINTO, *Il danno cagionato dalla conformità della delibera alla legge o allo statuto*, in *Società, banche, crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da

- Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. I, *Impresa-società: costituzione, conferimenti, assemblea*, Torino, 2014, 847 ss.
- PINTO, *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 901 ss.
- PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2017, 100 ss.
- PINTO, *Il sistema della "garanzia in solido" nel gruppo bancario cooperativo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 461 ss.
- PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 372 ss.
- PIRAS, *Gruppi e società unipersonali*, in *Riv. soc.*, 1993, 588 ss.
- PISANI MASSAMORMILE, *Azioni e altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, 1268 ss.
- PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze. "Abusi" e rimedi*, Torino, 2004
- PISCITELLO, *Questioni sul rilievo della qualità di imprenditore nella revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 839 ss.
- PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, 1167 ss.
- POLI, *Rassegna di giurisprudenza. Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 735 ss.
- POLI, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2014, 1345 ss.
- PORTALE, *Gruppi e capitale sociale*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 1823 ss.
- PORTALE, *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1998, 1 ss.
- PORTALE, *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al gouvernement des juges?*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 153 ss.
- PORTALE, *Dal capitale « assicurato » alle « tracking stocks »*, in *Riv. soc.*, 2002, 146 ss.
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 1, tomo II, *Capitale – Euro e azioni – Conferimenti in denaro*, Torino, 2004, 4 ss.
- PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 368 ss.
- PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. II, Torino, 2006, 1 ss.
- PORTALE, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 597 ss.
- PORZIO, *L'estinzione della società per azioni*, Napoli, 1959
- PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. IV, Torino, 2006, 79 ss.
- PORZIO, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. II, *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, Padova, 2010, 329 ss.
- PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 3, tomo II, *Assemblea*, Torino, 1993, 3 ss.

- PRESTI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Olivieri-Piscitello, Napoli, 2007, 57 ss.
- PROVINCIALI, voce *Fallimento*, in *Noviss. Dig. Italiano*, vol. VI, Torino, 1967, 1124 ss.
- PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, vol. II, V ed., Milano, 1970
- PUPA, *Del fallimento, del concordato preventivo e dei piccoli fallimenti*, Torino, 1931
- RACUGNO, *I gruppi di imprese nella regolazione della crisi e dell'insolvenza. Appunti*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 1269 ss.
- RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960
- RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 359 ss.
- RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331 ss.
- RESCIGNO, *Il concordato di gruppo: considerazioni sparse fra fisiologia e patologia dell'istituto*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Jorio-Rosapepe, Milano, 2021, 269 ss.
- RESCIO, *Fusioni e scissioni negative*, in *RDS*, 2018, I, 537 ss.
- RICCI, *Sulla pretesa natura costitutiva della revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 1515 ss.
- RICCI, *Sulla natura dichiarativa della revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 19 ss.
- RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo la riforma*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 181 ss.
- RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2016, 683 ss.
- RICCIARDIELLO, *Gli strumenti di prevenzione della crisi dei gruppi tra principi generali e discipline speciali*, in *Banca impresa società*, 2018, 333 ss.
- RIOLFO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"*, in *Contr. e impr.*, 2019, 399 ss.
- RIVOLTA, *L'esercizio della impresa nel fallimento*, Milano, 1969
- RIVOLTA, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973
- RIVOLTA, *Ragioni dell'impresa e principio di conservazione nel nuovo diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 561 ss.
- RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 1 ss.
- ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 669 ss.
- ROCCO, *Il fallimento: teoria generale e origine storica*, Milano-Torino-Roma, 1917
- RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 539 ss.
- ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012
- RONDINONE, *Contro una normativa speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 1947 ss.
- RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Dig. disc. priv., sez. Commerciale*, vol. V, Torino, 2009, 591 ss.

- RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e “superamento” della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, 1045 ss.
- ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all’art. 2740, 2° co. c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 250 ss.
- ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1987, 485 ss.
- ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1998, 1041 ss.
- RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 538 ss.
- ROSSI ANT., *Gli interessi nel comitato dei creditori*, in *Fall.*, 2010, 1121 ss.
- ROSSI ANT., *Il valore dell’organizzazione nell’esercizio provvisorio dell’impresa*, Milano, 2013
- ROSSI ANT., *Le proposte “indecenti” nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 1121 ss.
- ROSSI ANT., *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *www.ilcaso.it, Crisi d’Impresa e Insolvenza*, 23 novembre 2015
- ROSSI G., *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 493 ss.
- ROSSI G., *Il decreto-legge n. 602: « This is the worst »*, in *Riv. soc.*, 1978, 1267 ss.
- ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. I, Milano, 1996, 17 ss.
- ROSSI G., *La metamorfosi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 1 ss.
- ROSSI M., *Responsabilità e organizzazione dell’esercizio dell’impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 613 ss.
- ROSSI M., *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell’art. 2386, comma 1°, cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1137 ss.
- ROSSI S., *Liquidazione dei patrimoni destinati e tutela dei creditori particolari tra codice civile e nuove norme di diritto concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 896 ss.
- RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, Torino, 1949
- RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. I, Torino, 2006, 817 ss.
- RUGGIERO, sub *Articolo 111-ter. Conti speciali*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. II, *Artt. 104 – 266*, Bologna-Roma, 2007, 1849 ss.
- RUSSOLILLO, *Liquidazione giudiziale nei gruppi di imprese*, in *Evoluzione degli organi della crisi d’impresa*, a cura di Monteleone, Milano, 2021, 816 ss.
- SABBATELLI I., *Il gruppo bancario cooperativo: profili di governance*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 27 ss.
- SABBIONI, *Il concordato di gruppo tra separazione delle masse, responsabilità patrimoniale e miglior soddisfacimento dei creditori*, tesi di dottorato del XXXI ciclo, discussa nel 2019 all’Università Bocconi di Milano
- SACCHI, *La gestione commissariale nell’amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, II, 50 ss.
- SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell’amministrazione controllata*, Milano, 1984

- SACCHI, *Conclusioni in Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 634 ss.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661 ss.
- SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, 30 ss.
- SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1063 ss.
- SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari in s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 141 ss. e in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011, 553 ss.
- SACCHI, *Il conflitto di interessi dei creditori nel concordato*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 3131 ss.
- SACCHI, *Intervento nella tavola rotonda virtuale dal titolo Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 676 ss.
- SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *RDS*, 2016, I, 776 ss.
- SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1280 ss.
- SACCHI, *Due ipotesi di asimmetria informativa consentita nelle s.p.a. non quotate*, in *Il caleidoscopio dell'informazione nel diritto societario e dei mercati. In ricordo di Guido Rossi*, a cura di Marchetti-Ghezzi-Sacchi, Milano, 2020, 47 ss.
- SACCHI, *Sull'amministrazione nella s.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, 2020, 685 ss.
- SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato di gruppo nel c.c.i.i.*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Jorio-Rosapepe, Milano, 2021, 281 ss. e in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 311 ss.
- SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976
- SANDULLI, *La rilevanza della qualità di imprenditore commerciale nella revocatoria fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, II, 228 ss.
- SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 196 ss.
- SANDULLI, sub *Articolo 104. Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, tomo II, *Artt. 104-215. Disposizioni penali e disciplina transitoria*, Torino, 2006, 603 ss.
- SANDULLI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, tomo II, *Artt. 104-215. Disposizioni penali e disciplina transitoria*, Torino, 2006, 626 ss.
- SANDULLI, *Il tempo è danaro (anche nelle procedure concorsuali)*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2761 ss.
- SANDULLI, *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. III, *Gli effetti del fallimento*, Torino, 2014, 509 ss.

- SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001
- SANTAGATA, I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica, in *Riv. soc.*, 2003, 259 ss.
- SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell’art. 2545-septies c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 524 ss.
- SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa, Portale, vol. III, Torino, 2006, 799 ss.
- SANTAGATA, *Oggetto sociale ed articolazioni dell’attività imprenditoriale*, in *Riv. soc.*, 2007, 1255 ss.
- SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, Torino, 2008
- SANTAGATA, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447-bis-2447-decies*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014
- SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, II, 639 ss.
- SANTAGATA, *Concordato preventivo “di gruppo” e «teoria dei vantaggi compensativi»*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 258 ss.
- SANTAGATA, *Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma “Rordorf”: prime impressioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 695 ss. e in *Innovazione e diritto*, 2017, 141 ss.
- SANTAGATA, *“Coesione” ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 431 ss.
- SANTAGATA C.- SANTAGATA R., *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 7, tomo II, 1, *Fusione – Scissione*, Torino, 2004, 3 ss.
- SANTANGELI, *Il curatore*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento: Presupposti – Processo – Organi*, Milano, 2014, 821 ss.
- SANTANGELI, *Le complesse azioni ed interazioni tra gli organi della procedura fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. I, *Introduzione generale. Il fallimento: Presupposti – Processo – Organi*, Milano, 2014, 921 ss.
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. (ristampa), Napoli, 2012
- SANTOSUOSSO, sub *Articolo 2499. Limiti alla trasformazione*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d’Alcontres, vol. III, *Artt. 2449-2510*, Napoli, 2004, 1905 ss.
- SANTOSUOSSO, *Abuso di eterodirezione e poteri del curatore*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 161 ss.
- SARALE, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009. Commentario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna-Roma, 2009, 1183 ss.
- SARALE, *Le trasformazioni*, in AIELLO-CAVALIERE-CAVANNA-CERRATO-SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. V, tomo II, Padova, 2011, 237 ss.
- SASSANI, *Improprio le azioni revocatorie contro il fallimento. Riflessioni a caldo su una discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 294 ss.

- SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, 591 ss.
- SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contr. e impr.*, 2009, 807 ss.
- SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. e impr.*, 2011, 369 ss.
- SCANO A. D., *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, Milano, 2018
- SCANO D., *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi e coordinato da Capo-De Santis-Meoli, vol. II, *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, Padova, 2010, 117 ss.
- SCARLINO, *Crisi della s.p.a. e doveri degli amministratori*, Torino, 2020
- SCHMIDT K., *Gleichordnung im Konzern: terra incognita? Vorstudien und Thesen zu einem Recht der Konzernschwester*, in *ZGR*, 1991, 417 ss.
- SCHMIDT J., *Das Prinzip "eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz" und seine Durchbrechungen vor dem Hintergrund der aktuellen Reformen im europäischen und deutschen Recht*, in *KTS*, 2015, 19 ss.
- SCHNEIDER, *La disciplina del finanziamento nel «Konzern»*, in *Riv. soc.*, 1985, 995 ss.
- SCHNEIDER, *Der Konzern als Rechtsform für Unternehmen: Zum Regelungsgegenstand eines Konzernverfassungsrecht*, in *Das Gesellschaftsrecht der Konzern im internationalen Vergleich*, Mestmäcker-Behrens (hrsg.), Baden-Baden, 1991, 563 ss.
- SCHUPP, *Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power*, 96 *Com. L.J.*, 1991, 418 ss.
- SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 556 ss.
- SCIUTO, *Il fallimento*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Cian, II ed., Torino, 2019, 53 ss.
- SCIUTO, *Le ragioni della liquidazione giudiziale di gruppo*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di Vattermoli, Pisa, 2020, 53 ss.
- SCIUTO-SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 1, tomo I, *Tipo – Costituzione – Nullità*, Torino, 2004, 3 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996
- SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 187 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 7, tomo II, 2, *Fusione – Scissione*, Torino, 2004, 3 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa-Portale, vol. III, Torino, 2006, 947 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 757 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del Convegno. Milano, 9 ottobre 2009*, Milano, 2010, 115 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *"Clauseole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 517 ss.

- SCOGNAMIGLIO, *Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, a cura di Sacchi, Milano, 2015, 297 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *La questione della revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario e il metodo del diritto commerciale*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, vol. III, *Crisi d'impresa – Scritti vari*, Milano, 2015, 1515
- SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di Arato-Domenichini, Milano, 2017, 21 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, 413 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 669 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *I profili innovativi del Codice della crisi e dell'insolvenza in materia di gruppi*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Jorio-Rosapepe, Milano, 2021, 297 ss.
- SCOTTI CAMUZZI, *Unico azionista, gruppi, "lettres de patronage"*, Milano, 1979
- SCOTTI CAMUZZI, *I gruppi fra diritto delle società e diritto dell'impresa*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 2139 ss.
- SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *RDS*, 2013, II, 206 ss.
- SEMEGHINI, voce *Business judgment rule (diritto statunitense)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm.*, VII agg., Torino, 2015, 31 ss.
- SEMEGHINI, *Valutazioni preventive e retrospettive sulle operazioni con parti correlate. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza del Delaware*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 146 ss.
- SERRA-SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991 n. 22)*, Torino, 1994
- SFAMENI, *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Milano, 2008
- SICCHIERO, *Le obbligazioni. 2. La responsabilità patrimoniale*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2011
- SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 91 ss.
- SILVESTRINI, sub *Articolo 111-ter. Conti speciali*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, tomo II, *Artt. 84-159*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 1573 ss.
- SMIDT-RATTUNDE, *Der Insolvenzplan*, Stuttgart, 2005
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974
- SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Il gruppo d'impresa nella realtà giuridica italiana. Atti del Convegno di Verona. 6-7 novembre 1987*, Padova, 1990, 32 ss.
- SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 221 ss.
- SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. VII, Torino, 1992, 32 ss.

- SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. III, Milano, 1996, 2175 ss.
- SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 837 ss.
- SPADA, *Provvista di capitale e strumenti finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 621 ss.
- SPADA, *La provvista finanziaria tra destinazione ed attribuzione*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, a cura di Benazzo-Cera-Patriarca, Torino, 2011, 5 ss.
- SPADA, *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, in *AGE*, 2014, 25 ss.
- SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012
- SPIOTTA, *Il nuovo programma di liquidazione e la sua attuazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, vol. III, *Il fallimento. Inventario – Gestione dell'impresa – Liquidazione e distribuzione dell'attivo – Chiusura – Esdebitazione – Disciplina del sovraindebitamento – Procedure concorsuali transfrontaliere*, Milano, 2016, 319 ss.
- SPIOTTA, *Il curatore*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico* diretto da Jorio-Fabiani, Bologna-Roma, 2010, 145 ss.
- SPIOTTA, *Chiusura (anche "finta" e per concordato) della liquidazione giudiziale*, in *Giur. it.*, 2019, 2004 ss.
- SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, in *Giur. it.*, 2019, 2014 ss.
- SPOLAORE, *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018
- SPOLIDORO, *Note critiche sulla « gestione dell'impresa » nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.
- SRAFFA-BONFANTE, *Società anonime in fraudem legis?*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649 ss.
- STAGNO D'ALCONTRES, sub *Articolo 2350. Diritto agli utili e alla quota di liquidazione*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. I, *Artt. 2325 – 2379 ter*, Napoli, 2004, 293 ss.
- STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 377 ss.
- STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007
- STANGHELLINI, sub *Articolo 124. Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. II, *Artt. 104 – 266*, Bologna-Roma, 2007, 1946 ss.
- STANGHELLINI, *Il curatore: una figura in transizione*, in *Fall.*, 2007, 997 ss.
- STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 69 ss.
- STASI-ZANICHELLI, *Le revocatorie infragruppo*, in *Grandi procedure non solo per le grandi imprese. Le procedure concorsuali amministrative: profili giuridici e soluzioni pratiche*, Milano, 2010, 309 ss.
- STELLA RICHTER jr., *Oggetto della società per azioni e oggetto dei suoi patrimoni destinati: rapporti tra attività economiche e specifici affari*, in *Prospettive e limiti*

- dell'autonomia privata. *Studi in onore di Giorgio De Nova*, volume IV, Milano, 2015, 2893 ss.
- STRAMPELLI, *Profili contabili dei patrimoni destinati*, in *Riv. soc.*, 2011, 585 ss.
- SUDIERO, *La responsabilità cangiante del gestore della crisi: una prima panoramica*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1027 ss.
- TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 727 ss.
- TERENGI, "Finanza esterna", *ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità*, in *Fall.*, 2019, 380 ss.
- TERRANOVA, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982
- TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. I) Parte generale*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di Bricola-Galgano, Bologna-Roma, 1993
- TERRANOVA, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 1661 ss.
- TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 243 ss.
- TERRANOVA, *I profili generali dell'istituto. Il danno come fondamento dell'azione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia-Piccinini-Severini, vol. II, *Le azioni revocatorie. I rapporti preesistenti*, Milano, 2010, 1 ss.
- TERRANOVA, *Salvaguardia dei valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, 2771 ss.
- TEUBNER, *Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen*, in *ZGR*, 1991, 189 ss.
- TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008
- TOMBARI, *Il gruppo di società*, Milano, 1998
- TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 61 ss.
- TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2006, 185 ss.
- TOMBARI, *Il gruppo cooperativo paritetico: profili giuridici*, in *Il gruppo cooperativo paritetico*, a cura dell'Osservatorio Regionale Toscano sulla Cooperazione, Firenze, 2008, 119 ss.
- TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 739 ss.
- TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.
- TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010
- TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno di Palermo, 18-19 giugno 2010*, a cura di Fortunato-Giannelli-Guerrera-Perrino, Milano, 2011, 67 ss.
- TOMBARI, sub *Articolo 2350. Diritto agli utili e alla quota di liquidazione*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo I, Milano, 2016, 545 ss.

- TOMBARI, *L'organo amministrativo di s.p.a. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi"*, in *Riv. soc.*, 2018, 20 ss.
- TOMBARI, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019
- TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e "supervisione" degli azionisti*, Milano, 2003
- TUCCI, *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, in *RDS*, 2017, I, 569 ss.
- TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012
- USAI, *Le operazioni sul capitale della società nel Codice della crisi*, in *www.ilcaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 15 aprile 2019
- VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa, Portale, vol. III, Torino, 2006, 833 ss.
- VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011
- VALZER, sub *Articolo 2497 c.c. Responsabilità*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo II, Milano, 2016, 3008 ss.
- VASSALLI, *L'amministrazione fallimentare dell'impresa*, in *Fall.*, 1999, 747 ss.
- VASSALLI, *Diritto fallimentare*, II, 2, Torino, 2002
- VASSALLI, *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, vol. II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 201 ss.
- VASSALLI, *Spunti di riflessione sulla composizione del comitato dei creditori durante il fallimento*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, vol. III, *Crisi d'impresa – Scritti vari*, Milano, 2015, 1609 ss.
- VATTERMOLI, sub *Articolo 105. Vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*, in *La legge fallimentare dopo la riforma. Fallimento*, tomo II, *Artt. 84-159*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 1452 ss.
- VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (substantive consolidation)*, in *RDS*, 2010, 586 ss.
- VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012
- VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 378 ss.
- VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 585 ss.
- VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 331 ss.
- VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, in *Riv. soc.*, 2018, 858 ss.
- VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 363 ss.
- VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 297 ss.
- VETTER, § 18, in *Aktiengesetz. Kommentar*, Schmidt-Lutter (hrsg.), Band I, Köln, 2008, 287 ss.
- VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128 ss.

- VICARI, sub *Art. 2501 c.c. Forme di fusione*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da Abbadessa-Portale, a cura di M. Campobasso-Cariello-Tombari, tomo II, Milano, 2016, 3284 ss.
- VIGO, *Poteri e rappresentatività nel « nuovo » comitato dei creditori*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 113 ss.
- VIGO, *Uno studio su “Le pretese del terzo revocato nel fallimento”*, in *Impresa e mercato. Scritti dedicati a Mario Libertini*, a cura di Di Cataldo-Meli-Pennisi, vol. III, *Crisi d’impresa – Scritti vari*, Milano, 2015, 1635 ss.
- VISENTINI, *Un provvedimento tecnicamente inconsistente e politicamente repellente*, in *Riv. soc.*, 1978, 1273 ss.
- VITALI, *Profili di diritto societario delle « proposte concorrenti » nella “nuova” disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, 870 ss.
- WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974
- WIDEN, *Report to the American Bankruptcy Institute: Prevalence of Substantive Consolidation in Large Public Company Bankruptcies From 2000 to 2005*, 16 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (2008), 1 ss.
- ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, tomo Primo, *Artt. 2462-2474*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010
- ZANICHELLI, *L’amministrazione straordinaria. La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (d.l. 23.12.2003, n. 347, convertito in l. 18.2.2004, n. 39 e succ. modif. – «Decreto Marzano»)*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, tomo III, *Concordato preventivo – Accordi di ristrutturazione – Transazione fiscale – Liquidazione coatta amministrativa – Amministrazione straordinaria – Profili internazionali – Disciplina penale, fiscale e transitoria*, Torino, 2009, 2074 ss.
- ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 565 ss.
- ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, 2005, 760 ss.