

## Gruppi di imprese

**Cassazione Civile 17 ottobre 2018, n. 26005 - Pres. G. Iofrida - Est. G. De Marzo - Ifitel S.r.l. in liquidazione e altr. c. Fallimento Logistica Holding S.r.l. in liquidazione e altr.**

*Concordato preventivo - Cessione parziale dei beni - Inammissibilit  - Deroga ex art. 186 bis - Legittimit *

*(Cod. civ. art. 2740; legge fallimentare, art. 160)*

**Il concordato con cessione solo parziale dei beni realizza una violazione dell'art. 2740 c.c., in quanto l'effetto esdebitatorio presuppone la messa a disposizione dei creditori di tutte le attivit  del debitore, fatta salva il caso in cui, ai sensi dell'art. 186 bis, la cessione parziale dei beni sia espressamente prevista per realizzare la prosecuzione dell'attivit  imprenditoriale (massima non ufficiale).**

*Concordato preventivo - Cessione dei beni - Destinazione parziale del patrimonio - Inammissibilit *

*(Cod. civ. art. 2740; legge fallimentare, art. 160)*

**È inammissibile la proposta unitaria di concordato preventivo da parte di societ  fra loro collegate da vincolo di direzione e controllo del gruppo che preveda l'attribuzione ai creditori di ciascuna societ  solo di parte del proprio patrimonio, in quanto la suddetta procedura pu  essere proposta unicamente da ciascuna societ  appartenente al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente, senza possibilit  che siano confuse le masse attive e passive e sia, quindi, approvato con le maggioranze calcolate sulla base dei debiti di ogni singola societ  (massima non ufficiale).**

### La Corte (omissis).

1. Con il primo motivo del ricorso si lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 6, 7 e 162 l.fall. nonch  dell'art. 101 c.p.c., rilevando: a) che le ricorrenti, nel proporre reclamo, non avevano inteso dolersi del mero fatto che la richiesta di fallimento fosse stata proposta verbalmente dal P.M., ma dell'assenza di qualsiasi rilievo in merito allo stato di insolvenza; b) che tale vizio aveva reso la richiesta inidonea al raggiungimento del fine e quindi si era tradotta in un illegittimo esercizio del potere di azione, che aveva anche menomato il concreto esercizio del diritto al contraddittorio c) che, in senso contrario, non potevano essere valorizzati elementi fattuali acquisiti in epoca successiva; d) che, del resto, l'atto depositato dal P.M. presso la Procura Generale, a seguito della proposizione del reclamo, aveva ritenuto "pienamente esauritive le ragioni di non convenienza economica per i creditori del proposto concordato", aggiungendo che la motivazione della richiesta di fallimento doveva appunto essere colta "nel giudizio di non fattibilit  e non convenienza del concordato"; e) che, alla stregua di tale precisazione, appariva evidente che l'accertamento dello stato di insolvenza e la dichiarazione di fallimento dovevano essere ricondotte ad un accertamento officioso da parte del Tribunale.

La doglianza   infondata, in quanto, come gi  rilevato da questa Corte (Cass. 13 aprile 2017, n. 9574) alla richiesta di fallimento formulata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 162, comma 2, quale conseguenza della inammissibilit  della proposta di concordato preventivo, non si applica il disposto dell'art. 7 della medesima legge. In realt , accanto al *petitum*, chiaramente evincibile dalle conclusioni formulate a

verbale,   esattamente individuabile anche il requisito della *causa petendi*, giacch  lo stato di insolvenza   quello desumibile dalla complessiva situazione fattuale e procedimentale, alla luce della stessa proposta concordataria. La cit. Cass. 9574 del 2017, al pari della successiva Cass. 16 marzo 2018, n. 6649 chiarisce, infatti, che il P.M., informato della proposta di concordato preventivo (art. 161, comma 5, l.fall.), partecipa ordinariamente al procedimento, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa delle altre parti, mediante la presenza in udienza, ivi compresa quella fissata dal tribunale ai fini della declaratoria di inammissibilit  della domanda, rassegnando le proprie conclusioni orali, che comprendono, oltre alla valutazione negativa sulla proposta concordataria, anche l'eventuale richiesta di fallimento in ragione della ritenuta insolvenza dell'imprenditore, di cui   venuto a conoscenza a seguito della partecipazione alla procedura, senza che vi sia la necessit  che tali conclusioni si traducano in un formale ricorso da notificare al debitore in vista di un'udienza ex art. 15 l.fall., affatto necessaria:

I cenni del provvedimento impugnato alla incontestata insolvenza della societ  non mirano a ricostruire, sulla base di una situazione fattuale emersa successivamente, il contenuto della richiesta, ma solo a sottolineare che proprio tale realt , palesata dalla proposta, aveva rappresentato il fondamento dell'iniziativa processuale del pubblico ministero.

È appena il caso di osservare che, in tale contesto, le valutazioni espresse dalla Procura generale, a seguito della proposizione del reclamo, non hanno alcun rilievo, al fine di risolvere la questione processuale sollevata che richiede l'applicazione delle norme pertinenti, senza essere condizionata dalle deduzioni e dai convincimenti delle parti.

In tale prospettiva, neppure è dato cogliere quale pregiudizio abbiano sofferto le possibilità difensive delle ricorrenti, una volta che le stesse erano, secondo il ragionevole apprezzamento espresso dalla Corte territoriale, ben consapevoli della situazione di insolvenza nella quale versavano e delle prevedibili conseguenze che sarebbero scaturite da una valutazione di inammissibilità del concordato.

2. Con il secondo motivo si lamenta violazione o falsa applicazione dell'art. 2740 cod. civ., nonché degli artt. 160 e 182 l.fall., rilevando: a) che l'art. 2740 cit. protegge l'interesse disponibile del creditore a non subire comportamenti del debitore che limitino la consistenza del patrimonio di quest'ultimo a danno del primo; b) che tale principio trova piena attuazione proprio nel concordato preventivo con cessione dei beni, che, per sua natura, si accompagna al rischio che i creditori chirografari non ricevano integralmente la percentuale del pagamento offerta nella proposta di concordato, che pure essi accettano, rinunciando alla illimitata responsabilità patrimoniale del debitore, in cambio della rassicurazione che parte del loro credito verrà soddisfatta; c) che tali indicazioni si inquadrano nella privatizzazione della procedura di concordato, nella soppressione dell'inciso dell'art. 160 l.fall., che faceva riferimento alla "cessione di tutti i beni" e, infine, nella modifica della rubrica dell'art. 182 l.fall., oggi formulata come "cessione di beni" e non più come "cessione dei beni"; d) che, pertanto, l'art. 186-bis l.fall., lungi dal costituire eccezione alla regola, appare espressione dei ricordati principi; e) che, in definitiva, la Corte territoriale aveva ritenuto inammissibile la proposta per ragioni attinenti alla convenienza della stessa, rimessa alla esclusiva valutazione dei creditori; f) che la posizione dei creditori dissenzienti era destinata ad essere tutelata con il rimedio della opposizione all'omologa del concordato e con gli altri istituti destinati a trovare applicazione in relazione agli sviluppi della procedura (come la procedura finalizzata alla revoca dell'ammissione al concordato preventivo); g) che, peraltro, nel caso di specie, la cessione dei beni in favore dei creditori di (*Omissis*) e di (*Omissis*) era riconducibile ad una sorta di *cessio pro solvendo*.

Le doglianze sono infondate.

La tesi delle ricorrenti valorizza la natura negoziale del concordato e la disponibilità degli interessi in gioco, nel senso che spetta al debitore la facoltà di fissarne il contenuto e attribuisce ai creditori il diritto di valutarne la convenienza economica. E qualora vengano in rilievo, come nella specie, gruppi di società, dovrebbe appunto essere rimessa a siffatta valutazione l'approvazione della proposta di destinare parte dell'attivo di una delle società in concordato ai creditori di altra società del gruppo, ancorché non sia prevista l'integrale soddisfazione dei creditori della prima.

Ritiene il Collegio che il concordato con cessione solo parziale dei beni realizzi una violazione dell'art. 2740 cod. civ., in quanto l'effetto esdebitatorio presuppone la messa a disposizione dei creditori di tutte le attività del debitore. Proprio la presenza di tale effetto spiega l'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 1977 cod. civ., che consente

al debitore di cedere "tutte o alcune sue attività"; in realtà, la cessione dei beni di fonte contrattuale non ha un effetto esdebitatorio, a differenza di quanto avviene nel concordato, e consente ai creditori cessionari di agire esecutivamente anche sulle attività non cedute. Così come diversa è la situazione che si presenta nel concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186 bis l.fall., in cui la cessione parziale dei beni è espressamente prevista proprio in relazione alla finalità perseguita dall'istituto di consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

In senso contrario, non è convincente l'argomento tratto dal testo del novellato art. 160 l.fall. - che non opera più un esclusivo e puntuale riferimento alla cessione di "tutti" i beni -, giacché la formulazione del dato normativo in termini generali si spiega in quanto la cessione è divenuta una delle forme attraverso le quali si possono attuare la prevista ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti.

Posto allora che la cessione deve continuare ad investire nel concordato liquidatorio la totalità dei beni del debitore, deve poi osservarsi che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, 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 (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559; Cass. 13 luglio 2018, n. 18761). Il concordato preventivo può, pertanto, 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, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola impresa.

La necessaria separazione delle masse attive e passive rappresenta, pertanto, anche in ragione del meccanismo di formazione delle maggioranze necessarie, un dato imprescindibile della normativa. Del resto, essa caratterizza anche la sola ipotesi di concordato di gruppo, espressamente regolata dal D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4 bis, comma 2, conv. con L. 18 febbraio 2004, n. 39. Siffatta scelta normativa è stata, peraltro, confermata anche dalla L. 19 ottobre 2017, n. 155, recante la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. La L. n. 155 del 2017, art. 3, comma 1, lett. d), infatti, nell'indicare al Governo i principi e i criteri direttivi per la riforma in tema di gruppi di impresa, ha previsto la facoltà di proporre con unico ricorso domanda di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale, lasciando ferma "in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive".

In questa prospettiva si apprezza la coerenza con il quadro normativo della soluzione assunta dalla Corte distrettuale, che ha colto nella violazione della regola dettata dall'art. 2740 cod. civ. il fondamento del giudizio di non fattibilità giuridica della proposta concordataria.

3. Con il terzo motivo si lamenta violazione o falsa applicazione degli artt. 161, 162 e 163 l.fall., con riferimento alle considerazioni dedicate dalla sentenza impugnata alla questione della inammissibilità per mancanza di una valida attestazione di fattibilità del piano (questione

pure ritenuta, in linea di principio, assorbita dal rigetto dei motivi di reclamo precedenti).

Rilevano le ricorrenti: a) che, secondo quanto chiarito da Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, il controllo del giudice è limitato alla fattibilità giuridica del piano e non si estende ai profili della verosimiglianza dell'esito e della convenienza della proposta, invece rimessi alla valutazione dei creditori; b) che l'attestatore, nel caso di specie, aveva esaminato le perizie immobiliari e confermato la congruità dei valori espressi, infine pervenendo alla attestazione di fattibilità del piano, pur doverosamente

segnalando, nel quadro degli eventi futuri, alcune criticità finalizzate a fornire ai creditori i necessari elementi valutativi.

Il rigetto del secondo motivo comporta l'evidente assorbimento delle censure appena indicate.

4. In conclusione, il ricorso, complessivamente infondato, deve essere respinto e le ricorrenti condannate al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo, oltre che dichiarate tenute al raddoppio del contributo unificato.

(*omissis*).

## Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi fra passato e futuro

di Lorenzo Benedetti (\*)

L'Autore commenta la prima pronuncia della Corte di Cassazione in merito all'ammissibilità di un concordato preventivo liquidatorio con cessione parziale dei beni, in relazione ad una soluzione negoziata della crisi del gruppo di società, allineandosi alla consolidata giurisprudenza di merito, confermando la contrapposizione con la dottrina prevalente, secondo cui nella specie non è ravvisabile la violazione dell'art. 2740 c.c.

### La fattispecie concreta e le questioni giuridiche rilevanti

Nel caso oggetto della sentenza in commento, varie società presentavano una proposta di concordato liquidatorio nella quale si prevedeva che il ricavato della cessione dei beni compresi nel patrimonio di due delle proponenti, una volta soddisfatti i rispettivi creditori privilegiati e i chirografari nella percentuale offerta, fosse destinato al soddisfacimento dei creditori di altre società facenti parte del medesimo gruppo.

La proposta di concordato è stata giudicata inammissibile dalla Suprema Corte, la quale - confermando la sentenza di primo grado e d'appello - ha affermato che la proposta violava il principio inderogabile della

responsabilità patrimoniale universale del debitore ex art. 2740 c.c., in quanto prevedeva l'attribuzione ai creditori di alcune società solo di parte del patrimonio delle stesse.

La sentenza in commento si è uniformata al costante orientamento della giurisprudenza (di merito) (1) che nega la fattibilità giuridica della proposta di concordato liquidatorio con cessione parziale dei beni del debitore con la medesima motivazione ricorrente nelle pronunce in esame: la responsabilità patrimoniale universale viene riferita dalle corti alla singola società (2), per cui il ricavato della liquidazione riferibile a ognuna di esse non può essere destinato, nemmeno in parte, al soddisfacimento dei creditori delle altre (3), costituendo eventuali

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) A quanto consta, la sentenza che si commenta rappresenta la prima pronuncia della Cassazione in merito alla questione esposta nel testo. La stessa ha acquisito rilevanza solo a seguito della prima riforma della legge fallimentare risalente al 2005/2006, prevedendo il previgente art. 160, comma 2, l.fall. la cessione di tutti i beni del debitore come unica alternativa all'offerta di garanzie del pagamento di almeno il quaranta per cento ai creditori chirografari: A. Zanardo, *Il concordato con cessione (parziale) dei beni: ammissibilità e disciplina*, in *Dir. fall.*, 2017, II, 1357 ss., la quale, a nt. 6, sottolinea la mancanza, prima della sentenza in esame, di pronunce di legittimità sulla questione. Per ampi riferimenti alla giurisprudenza di merito e alla dottrina minoritaria che ha negato l'ammissibilità di una proposta di concordato con cessione parziale dei beni v. A. Zanardo, *Le azioni di responsabilità*

*nel concordato preventivo*, Torino, 2017, 68 ss. nt. 39 e Ead., *op. cit.*, 1357 ss. Da ultimo, si esprime in senso contrario all'ammissibilità della cessione parziale nel concordato, E. Barcellona, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare?*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 157 ss. V. per ampi riferimenti anche B. Massella Ducci Teri, *Noterelle su concordato preventivo poteri della maggioranza e responsabilità*, 553 ss.

(2) Come fa anche App. Roma 5 marzo 2013, in *Giur. merito*, 2013, 1817 ss., dove si esclude che la responsabilità patrimoniale possa essere riferita al gruppo nel suo complesso.

(3) S. Poli, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Partell)*, in *Contr. e impr.*, 2015, 115.

trasferimenti di attivo infragruppo violazioni del principio per cui il singolo debitore risponde con tutti i suoi beni verso i propri creditori (4).

A tale posizione si contrappone quella più permissiva espressa dalla dottrina prevalente (5) (sebbene non unanime), che sostiene, invece, la legittimità di una proposta concordataria liquidatoria con cessione parziale dei beni compresi nel patrimonio del debitore e che - con riguardo all'ipotesi del gruppo, in cui una proposta del genere ricorre più frequentemente - ritiene irrinunciabile la rivisitazione del principio della responsabilità patrimoniale universale del debitore alla "luce dei confini - tratteggiati dallo stesso codice civile - del fisiologico esercizio dell'attività di direzione e coordinamento", valorizzando la "logica molecolare" che pervade la gestione del gruppo. Di modo che "l'accertamento di adeguati vantaggi compensativi nel quadro di una pianificata soluzione concordataria della crisi del gruppo..., fornendo giustificazione a spostamenti altrimenti pregiudizievoli, consente di scongiurare la paventata violazione di norme imperative" (6).

La sentenza qui commentata si incentra, dunque, sulla seguente questione: l'ammissibilità (sindacabile nell'ambito del giudizio di fattibilità giuridica) di una proposta di concordato preventivo liquidatorio (7) che offra una cessione solo parziale dei beni del debitore, destinando il residuo al soddisfacimento dei creditori di società diverse, nell'ambito di un tentativo di soluzione della crisi predisposto per l'intero gruppo.

(4) L'attivo di ciascuna società va "destinato, in via esclusiva ed integrale, al soddisfacimento dei creditori delle singole entità": così la sentenza in commento. Nel pervenire a tale conclusione la Suprema Corte ha riproposto la motivazione ricorrente in alcune pronunce della giurisprudenza capitolina, che avevano precedentemente escluso, a loro volta, l'ammissibilità di una proposta concordataria avente il medesimo contenuto di quella giudicata nel caso in esame: Trib. Roma 25 luglio 2012, in questa Rivista, 2013, 748 ss.; App. Roma 5 marzo 2013, cit.; Trib. Roma 1° aprile 2014, in *giustiziacivile.com*, 1° maggio 2014. A commento di tale giurisprudenza v. R. Santagata, *Concordato preventivo "di gruppo" e "teoria dei vantaggi compensativi"*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 213 ss.

(5) In merito all'orientamento della dottrina prevalente, v. G. D'Attorre, *Concordato preventivo e responsabilità del patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 359 ss.; A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1357 ss. ove a nt. 37 ampie ulteriori citazioni. Si pronuncia a favore della legittimità di una proposta concordataria strutturata nei termini descritti nel testo funzionale, come nel caso in esame, alla realizzazione di un concordato di gruppo R. Santagata, *op. cit.*, 213 ss.; Id., *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, II, 646 ss.

(6) R. Santagata, *Sulla ristrutturazione*, cit., 647 ss. e gli altri riferimenti *infra* in nota. Ma nel medesimo ordine di idee è anche la letteratura straniera: v. I. Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford, 2009, 245 ss., il quale afferma che "fair system for MEGs'insolvency should allow consideration of profitable solutions for the group as a whole where it is "business

## Il concordato liquidatorio con cessione parziale dei beni e gli argomenti ricorrenti in dottrina a sostegno della sua legittimità

Come emerge dalle precedenti note preliminari, la questione esaminata dalla pronuncia in commento è stata ripetutamente approfondita. Nel riesaminarla, pertanto, ci si limiterà a sintetizzare gli argomenti già sviluppati, dando maggiore risalto soltanto a quelli non ancora introdotti - a quanto consta - nella discussione, in modo da contribuire alla sua ulteriore evoluzione.

A fronte del tratteggio richiamato della violazione dell'art. 2740 c.c. quale norma imperativa, ricorrente nei precedenti editi, maggiormente persuasivi appaiono gli argomenti adottati a sostegno della tesi prevalente in dottrina.

Condivisibile, anche se totalmente trascurata in giurisprudenza, è l'opinione secondo la quale il concordato con cessione parziale dei beni costituisce una limitazione del debito, non della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore sottoposto alla procedura concorsuale (8). La cessione parziale, quale strumento di attuazione della proposta, è diretta conseguenza, quindi, della riduzione concordataria dell'originaria pretesa creditoria conseguente all'omologa (9). Se si condivide tale percorso argomentativo, emerge l'insussistenza della violazione (invocata dalla giurisprudenza e dalla sentenza in esame) del principio sancito dall'art. 2740 c.c. che, come insegna la dottrina

integrated" group and where it will not significantly harm particular entities".

(7) Per la necessità di distinguere l'esame della legittimità di una cessione parziale dei beni del debitore nel concordato liquidatorio e in quello in continuità aziendale v. M. Fabiani, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la deconcorsualizzazione del concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 9 dicembre 2016 e Id., *Appunti sulla responsabilità patrimoniale "dinamica" e sulla deconcorsualizzazione del concordato preventivo*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, diretto da Ambrosini, 2017, Bologna, 41 ss.; G. D'Attorre, *op. cit.*, 362 ss.; A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1358.

(8) A. Bassi, *Il concordato preventivo tra cessio bonorum e datio in solutum. Il caso "S. Raffaele"*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 842. G. D'Attorre, *op. cit.*, 377; A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1363 ss.; P.F. Censoni, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 26; B. Massella Ducci Teri, *op. cit.*, 562. In senso contrario D. Vattermoli, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 340. Nella dottrina civilistica, afferma che l'art. 2740 c.c. si applica solo nel momento patologico dell'inadempimento del rapporto obbligatorio G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, 5 e gli ulteriori autori cit. *ivi* a nt. 7.

(9) Così efficacemente A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1364 che richiama M. Giorgianni, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, Catania, 1945, 185; e già G. D'Attorre, *op. cit.*, 377 ss.

civilistica, comprende nel proprio ambito di applicazione solo le limitazioni alla responsabilità patrimoniale, non quelle all'obbligazione (10).

In modo ancora più radicale, in questa stessa prospettiva, si afferma che "la regola in questione non si presta ad essere invocata nemmeno in relazione alla "conservazione" del valore da parte del debitore, né allora, ed a maggior ragione, da parte dei suoi soci, per la ragione, decisiva, che essa 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*" (11).

Altro argomento a favore della legittimità della proposta di concordato con cessione parziale dei beni viene desunto dalla constatazione per cui effetto necessario di qualunque concordato preventivo con cessione dei beni - anche di tutti i beni - è la formazione di due patrimoni separati: uno vincolato al soddisfacimento dei crediti anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso, nonché di quelli sorti legalmente durante la procedura; un altro destinato ai creditori successivi e aventi pretese non opponibili al concordato (12). In base a tale ricostruzione, è possibile sostenere che il concordato rappresenta uno dei casi nei quali viene prevista *ex lege* una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, a cui fa riferimento il comma 2 dell'art. 2470 c.c. Per cui il comma 1 dell'art. 2740 c.c. non può essere invocato quale limite inderogabile alla

libertà del debitore nel determinare una diversa "perimetrazione" dei due patrimoni separati che il ricorso a quello strumento di soluzione della crisi inevitabilmente crea (13). Anzi - rendendo ancora più estremo il ragionamento rispetto a chi per primo lo ha elaborato - si potrebbe considerare l'art. 160, comma 1, lett. a), l.fall. come norma sufficiente a derogare, quantomeno implicitamente, il comma 1 dell'art. 2740 c.c., secondo quanto previsto dal comma successivo di quest'ultima disposizione (14). Tale considerazione trova conferma nella riflessione di autorevole dottrina civilistica, ad avviso della quale il principio generale dell'universalità della responsabilità patrimoniale non opera nell'area delle obbligazioni facenti capo alle società di capitali come conseguenza della deroga "costituita dalla legge, dalla disciplina legale delle società" (15). Da questo spunto si ricava come la deroga legale prevista dall'art. 2740, comma 2, c.c. non debba assumere necessariamente la forma di una prescrizione *espressa* che disattiva il carattere universale della responsabilità del debitore, essendo a tal fine sufficiente anche la complessiva disciplina legislativa di un istituto, dalla quale un simile effetto sia ricavabile in via induttiva. Esattamente come può dirsi - per quanto rilevato - in relazione alla disciplina legale del concordato.

### (Segue) qualche considerazione aggiuntiva

Le corti, compresa la Cassazione nella pronuncia in commento, assumono che una proposta strutturata nei termini qui ipotizzati debba essere dichiarata inammissibile - in quanto non giuridicamente fattibile -, perché contraria a una norma imperativa di

(10) E. Roppo, voce *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*. Artt. 2740-2744, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 75 ss.; nella letteratura giuscommerciale M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, Art. 2221, II, *Il concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 181; G. D'Attorre, *op. cit.*, 378 ss.; A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1364; A. Rossi, *Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 343 ss., lì dove si afferma che l'art. 2740 c. c. fatica a trovare un suo ambito di applicazione nel sistema del concordato preventivo.

(11) Così G. Ferri jr, *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 376 e 381 ss., dove si parla, a proposito del concordato, di strumento per determinare le modalità di una soddisfazione pur sempre spontanea. In senso analogo si pronunciano anche F. d'Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 329, 334; M. Fabiani, *Fallimento*, cit., 78; M. Maugeri, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 829 s.; e sia consentito rinviare a L. Benedetti, *I finanziamenti soci e infragruppo alla società in crisi*, Milano, 2017, 280; Trib. Mantova 9 ottobre 2014, su *ilcaso.it*. In senso contrario,

considerando cioè l'attuazione della responsabilità un tratto essenziale di tutte le procedure concorsuali, e dunque a esse comune, v. A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XXV, Torino, 2012, 147 ss., e D. Vattermoli, *op. cit.*, 344 ss. e 356 ss. Sulla stretta connessione fra esecuzione forzata e art. 2740 c.c. v. G. Marchetti, *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 525 ss. ove ult. ruff.

(12) G. D'Attorre, *Concordato*, cit., 372 ove a nt. 32 ampi riferimenti alla dottrina; L. Panzani, *Sorte delle partecipazioni dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Società*, 2014, 92; G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1996, 39; A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1362.

(13) G. D'Attorre, *Concordato*, cit., 372 ss.

(14) Lo spunto è già in G. D'Attorre, *Concordato*, cit., 372 ss. (15) E. Roppo, *op. cit.*, 1050, che richiama, in relazione alle società di capitali e al fenomeno delle persone giuridiche quali strumenti di deroga all'art. 2740, comma 1, c.c., F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, 3 ss.; P. Rescigno, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 2006, XIX, xvi.

ordine pubblico, inderogabile, come tale, dalla libertà negoziale che si estrinseca nell'accordo (fra debitore e creditori) posto a base della soluzione concordataria della crisi (16).

Tale ragionamento, tuttavia, non sembra essere più coerente con la realtà effettuale del nostro attuale ordinamento, nel quale le ipotesi legali di disattivazione della (originaria) regola dell'universalità della responsabilità patrimoniale si sono moltiplicate a tal punto da far dubitare della possibilità di continuare a qualificare quest'ultima come principio generale e le prime come sue eccezioni (17). Se per ordine pubblico si deve intendere "il complesso dei principi...che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale...nonché quelle regole inderogabili, le quali abbiano carattere di fondamentale..." (18), sembra difficile annoverare fra gli stessi la disposizione sull'universalità della responsabilità patrimoniale a fronte dei ripetuti interventi del legislatore volti a derogare ad essa (19). Tale obiezione assume rilievo, poiché è stato autorevolmente sostenuto che la natura imperativa di una norma - e la conseguente proibizione assoluta (imperativa, appunto) della programmazione negoziale a essa difforme - trova il proprio fondamento nella tutela di un interesse di ordine pubblico a fronte delle manifestazioni di autonomia privata (20). Di conseguenza, negando all'art. 2740, comma 1, c.c. la natura di principio di ordine pubblico, viene meno la natura imperativa dello stesso e, con essa, la sua inderogabilità da parte dell'autonomia negoziale.

Ma anche a voler riconoscere nella regola in esame un principio di ordine pubblico economico, volto a garantire la giuridicità dell'obbligazione mediante un meccanismo di attuazione della medesima (21), permane comunque la possibilità di sostenere la legittimità delle limitazioni pattizie allo stesso: in tal modo il creditore non rinuncia affatto alla possibilità di aggredire il patrimonio del debitore in caso di suo inadempimento, ma concorda con lui su quali beni indirizzare le sue pretese (22). Dunque, non viene meno la funzione che si ritiene sottesa alla prescrizione.

La più recente dottrina civilistica, del resto, sostiene, in senso critico rispetto all'orientamento tradizionale, che la portata precettiva del divieto di cui all'art. 2740, comma 2, c.c. è stata ricostruita in mancanza di una corretta determinazione dell'interesse protetto dalla norma.

La funzione della disposizione va individuata nella protezione del creditore da comportamenti *unilaterali* del debitore a suo danno, non nel vietare accordi che possano risultare utili per l'attuazione dell'obbligazione, di cui la norma in esame è lo strumento principale (23).

Collegando all'art. 2740, comma 2, c.c. tale *ratio* è possibile, quindi, procedere a una riduzione teleologica del medesimo, in modo da espungere dal suo ambito di applicazione le limitazioni *pattizie* della garanzia patrimoniale che apparentemente vi rientrano, arrestandosi al suo tenore letterale. Quel tipo di limitazioni, in quanto estranee all'ambito di applicazione della disposizione in esame, sono legittime, a

(16) In questi termini viene qualificata la regola di cui all'art. 2740, comma 1, c.c.: L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 6; G. D'Atorre, *Concordato*, cit., 372 e G. Marchetti, *op. cit.*, 518 nt. 24 ove ult. ruff. Ripropone l'argomento, da ultimo, E. Barcellona, *op. loc. cit.*, che accosta il principio imperativo giusprivatistico dell'art. 2740 c.c. a quello imperativo gius-societario secondo cui il sacrificio delle ragioni dei creditori (*debt*) postula l'azzeramento delle ragioni dei soci (*equity*). L'assunto descritto nel testo trova fondamento in quanto statuito da Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, su *ilcaso.it*, ove si afferma che i) al giudice spetta il controllo di fattibilità giuridica in tutte e tre le fasi nella quale la procedura concordataria è astrattamente scomponibile (ammisione, revoca, omologazione) e ii) nell'ambito del vaglio della fattibilità giuridica riservato al giudice rientra anche la verifica della conformità della proposta a norme inderogabili (oltre alle SS. UU. cit., sia consentito rinviare a L. Benedetti, *I finanziamenti*, cit., 271 e nt. 6 per ulteriori riferimenti).

(17) Si esprimono nel senso della necessità di una revisione della tradizionale concezione quale principio generale dell'universalità della responsabilità patrimoniale, da sostituire con quello della specializzazione della medesima L. Barbiera, *op. cit.*, 34 ss.; A. Morace Pinelli, 72 ss., ove a nt. 155 ult. ruff.; E. Roppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 484; G. Rojas Elgueta, *op. cit.*, 80 ss.

(18) Cass. 13 dicembre 1999, n. 13928, in *DeJure*.

(19) In dottrina vengono menzionate quali ipotesi in cui si prevede la disattivazione del principio di responsabilità patrimoniale universale le fattispecie del fondo patrimoniale ai sensi degli artt. 167 ss. c.c.; dei patrimoni dedicati a uno specifico affare ai sensi degli artt. 2447 *bis* ss. c.c.; dell'atto di destinazione ex art. 2645 *terc.* c.c.; dei fondi comuni di investimento disciplinati nel TUF; del c.d. *trust* interno regolato nella l. 16 ottobre 1989, n. 364. Sul punto v. G. Rojas Elgueta, *op. cit.*, 81 e l'ampia bibliografia cit. da G. Marchetti, *op. cit.*, 518 e 519 nt. 28.

(20) E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, in part. 586 ss.

(21) E. Roppo, *op. cit.*, 1050; R. Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, 11 ss.; A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 48 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile. Le garanzie reali e la prescrizione*, Milano, 2012, 6 ss.

(22) G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, Torino, 2011, 44.

(23) G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2012, 97; M. Porcelli, *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Interessi e rapporti giuridici*, a cura di D. Rubino - P. Perlingeri - S. Polidori, Napoli, 2009, I, 633 ss.; e già R. Nicolò, *op. cit.*, 11 ss. e D. Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, 10 ss.

prescindere da una previsione legislativa che le autorizzi.

Da quanto sinora rilevato, discende allora che la tratlizia affermazione della inammissibilità della proposta con cessione parziale per contrarietà a una norma imperativa viene ad essere fondata su premesse quantomeno discutibili.

### Cessione contrattuale e cessione concordataria

La tesi contraria all'ammissibilità di una proposta concordataria con cessione parziale dei beni sottolinea - in modo condivisibile - l'impossibilità di fondare l'opposta conclusione sulla disciplina della cessione dei beni c.d. contrattuale ex artt. 1977 ss. c.c. per la radicale diversità di effetti che essa determina nei confronti dei creditori dissenzienti rispetto a quelli derivanti dal concordato (24). Tale differenza fra cessione dei beni civilistica e cessione concordataria pare precludere un'estensione per "analogia" della disciplina della prima, dove la delimitazione ad alcuni soltanto dei beni nel patrimonio del debitore è espressamente ammessa, alla seconda.

Discutibili appaiono, ciò nonostante, le obiezioni sollevate, partendo da tale premessa, all'ammissibilità di un concordato con cessione dei beni. In primo luogo, si rileva che quest'ultimo realizzerebbe, sostanzialmente, un trasferimento di ricchezza dai creditori concorrenti al debitore, costituito da quel valore che, in virtù della perimetrazione del proprio patrimonio per ipotesi ammessa, quest'ultimo può mantenere rispetto all'ipotesi di cessione totale. Tale trasferimento di ricchezza avrebbe una causa, ai sensi dell'art. 1322 c.c., agevolmente individuabile nel caso di concordato in continuità, ma non in caso di concordato liquidatorio (25). A tale rilievo è tuttavia

possibile obiettare che, pur valorizzando la nozione di causa concreta del concordato sulla scorta dell'impostazione delle Sezioni Unite della Cassazione (26), non pare che una proposta strutturata nei termini qui esaminati infici la causa dell'accordo concordatario individuata nel superamento della crisi e nella soddisfazione dei creditori (27). Entrambi gli obiettivi non risultano incompatibili con un concordato con cessione solo parziale dei beni.

Si può, altresì, osservare che il requisito della meritevolezza delle limitazioni pattizie alla responsabilità patrimoniale viene ritenuto sussistere ogniqualvolta l'accordo risponda all'interesse del debitore a circoscrivere l'oggetto della garanzia patrimoniale e a quello del creditore di ottenere in cambio un beneficio per la realizzazione del proprio credito. L'esistenza di entrambe tali precondizioni pare ricorrere anche rispetto al concordato, nel quale i creditori possono valutare - sebbene a maggioranza - la convenienza economica della proposta e i dissenzienti possono attivare lo scrutinio sul merito da parte del tribunale in sede di omologazione.

A quest'ultima considerazione se ne collega una ulteriore: parte recente della dottrina dubita che la maggioranza dei creditori che deve votare a favore del concordato possa approvare una proposta comportante un sacrificio non totale del debitore in crisi (28). In realtà, anche quest'ultimo argomento non sembra insuperabile per una serie di considerazioni che - sebbene in relazione a una questione diversa - sono già state sviluppate da chi scrive in un precedente lavoro. In primo luogo, se la regola maggioritaria ha una sua *ratio* e una sua giustificazione nelle procedure di concordato preventivo, se ne deve ammettere l'applicazione rispetto a qualunque tipo di proposta - purché legittima, come si assume nel caso in esame -, indipendentemente dal

(24) La cessione parziale civilistica non ha - diversamente da quella concordataria, come ricordato anche dalla sentenza in esame - i) effetto esdebitatorio, essendo il debitore liberato nei confronti dei creditori nei limiti di quanto dagli stessi ricevuto (cfr. artt. 1980 e 1984 c.c.); e ii) nel contesto "concordatario", a differenza del contesto "civilistico", la valutazione di convenienza non è rimessa alla decisione *individuale* del creditore aderente al contratto, bensì alla valutazione *collettiva* del ceto creditorio (che, a maggioranza, approva o non approva il piano). Così Trib. Roma 29 luglio 2010, in *DeJure*; E. Barcellona, *op. cit.*, 157 ss.; G. D'Attorre, *op. cit.*, 361; A. Zanardo, *Il concordato*, cit., 1362.

(25) E. Barcellona, *op. cit.*, 157 ss.

(26) Per la distinzione fra causa astratta e causa concreta v. C.M. Bianca, *op. cit.*, 452.

(27) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, su *ilcaso.it*; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324, in *ilcaso.it*; M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, art. 2221, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2014, II, 75; Id., *Causa*

*del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 591; L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni "a latere" della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 867 ss.

(28) La tesi discussa nel testo ritiene che la situazione soggettiva che discende dall'art. 2740 c.c. a favore dei creditori sul piano del diritto sostanziale - definita dalla dottrina come diritto potestativo (G. Rojas Elgueta, *op. cit.*, 181, ove alle nt. 26 e 27 ampi riferimenti) - costituisca l'oggetto di un interesse *individuale* di ciascuno degli stessi, come tale sottratto al potere dispositivo della maggioranza necessaria e sufficiente ad approvare la proposta concordataria. V., in tal senso, E. Barcellona, *op. cit.*, 157 ss. Sollevano la questione anche G. D'Attorre, *op. cit.*, 366 (anche con riferimento ai concordati in continuità) e Id., *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in questa *Rivista*, 2017, 319; B. Massella Ducci Teri, *op. cit.*, 554.

suo contenuto (29): la regola di diritto comune della rinuncia individuale al diritto potestativo ex art. 2740 c.c. (30) -prospettata dalla più recente dottrina civilistica (31) - può essere rimpiazzata da un consenso collettivo espresso a maggioranza. D'altro canto, si deve considerare che gli adempimenti procedurali che connotano il concordato valgono, a fronte dell'applicazione della regola maggioritaria, a surrogare quella garanzia degli interessi dei creditori dissenzienti costituita, ai sensi del diritto civile, dal principio di non eteronomia e dal suo corollario del consenso individuale rispetto alle alterazioni della sfera giuridica di ciascun soggetto (32).

A ciò si aggiunga che, la più recente evoluzione del diritto concorsuale ha accentuato il carattere contrattuale del concordato preventivo (33). Ebbene, per la formazione di tale accordo non è richiesto il consenso individuale di ciascun debitore, essendo sufficiente l'approvazione a maggioranza della proposta. Si può allora sostenere che, così come per la conclusione del contratto il diritto comune richiede il consenso individuale delle parti, mentre all'accordo concordatario si applica la regola maggioritaria; analogamente essa può trovare applicazione in relazione al patto derogatorio dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore che sia compreso nel concordato, sebbene la medesima deroga necessiterebbe, per il diritto civile, del consenso individuale di ciascun creditore, di cui essa modificata la sfera giuridica (34).

(29) L. Benedetti, *op. cit.*, 276, sulla base degli spunti di G. Presti, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in questa *Rivista*, 2009, 28 ss.; L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 221 ss.; G. D'Attorre, *Le utilità conseguite*, cit., 323 ss.; S. Poli, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, cit., 121, il quale afferma che il principio maggioritario è la modalità tramite la quale si manifesta il consenso sul patto concordatario, vale a dire sulle modalità di composizione della crisi, in tutte le articolazioni concrete ritenute meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, quale si ritiene quella in esame.

(30) Così definisce la situazione soggettiva per i creditori derivante dalla norma in esame G. Rojas Elgueta, *op. cit.*, 181, dove alle nt. 26 e 27 ampi riferimenti.

(31) Essa ammette le limitazioni pattizie alla responsabilità patrimoniale del debitore - ritenendole, come detto, estranee al divieto ex art. 2740, comma 2, c.c. -, ma fonda tale conclusione, coerentemente con la *ratio* attribuita a tale norma, sul fatto che i creditori *estranei* all'accordo mantengono inalterata la potestà di aggredire l'intero patrimonio del debitore: G. Marchetti, *op. cit.*, 534 ss.

(32) A fronte dell'applicazione della regola maggioritaria per l'approvazione di una proposta nella quale venga delimitata la responsabilità patrimoniale, in principio universale, del debitore,

## La cessione parziale di beni in funzione del concordato di gruppo nel nuovo art. 285 CCl: cenni

La peculiarità del caso oggetto della sentenza in commento consiste, come accennato, nel fatto che la proposta concordataria prevedeva l'utilizzo del ricavato dalla liquidazione dell'intero patrimonio di due società eccedente l'importo dei crediti privilegiati e di quello falcidiato dei chirografari per il soddisfacimento dei creditori di altre società facenti parte del medesimo gruppo.

Il contrasto, già rappresentato, esistente rispetto a tale fattispecie fra la giurisprudenza prevalente e la dottrina potrebbe sembrare, *prima facie*, in via di superamento grazie all'imminente entrata in vigore dell'art. 285, comma 1, del codice della crisi e dell'insolvenza (c.c.i.), il quale espressamente ammette che il piano o i piani correlati possano prevedere "trasferimenti di risorse infragruppo" (35). Al contrario, come emerge dai primi commenti alla disposizione, la questione della legittimità di una previsione del genere nell'ambito di una proposta di concordato liquidatorio pare destinata a rimanere dibattuta. Da un lato, infatti, è vero che l'art. 2740, comma 2, c.c. prevede la derogabilità del principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore tramite una disposizione di legge, che per i concordati di gruppo sembra ora introdotta dall'art. 285, comma 2, c.c.i. (36). Dall'altro, tuttavia, tale disposizione è ritenuta da alcuni autori viziata da un eccesso di

si può prospettare il problema della tutela dei creditori dissenzienti, vincolati dalla volontà dei più. Ma nella logica della negoziazione collettiva che informa il concordato, il problema è neutralizzato dalla possibilità per i dissenzienti di ricorrere a quella forma di eterotutela del medesimo interesse costituita dall'opposizione all'omologazione ex art. 180, comma 4, seconda parte, l. fall., che surroga, dunque, il consenso individuale: lo nota in modo chiaro A. Nigro, *La disciplina*, cit., 72, ove si afferma che il *quid proprium* del concordato consiste "in ciò che esso costituisce una forma di organizzazione del consenso dei creditori caratterizzata dalla vigilanza dell'autorità giudiziaria (il che poi consente l'adozione del principio di maggioranza) estranea come noto alla materia contrattuale"; in termini analoghi v. anche G. Ferri jr, *op. cit.*, 379; seguito da L. Benedetti, *op. cit.*, 284, ove una più approfondita spiegazione dell'argomentazione riportata sinteticamente nel testo.

(33) Per tutti L. Abete, *op. cit.*, 867 ss.

(34) Per la chiara esplicitazione della formazione dell'accordo nel concordato v. M. Fabiani, *Il fallimento*, cit., 73 ss.

(35) Così A. Nigro-D. Vattermoli, "Il diritto societario della crisi" nello schema di riforma delle procedure concorsuali: osservazioni critiche "ad adiuvandum", in *giustiziacivile.com*, 21 agosto 2018.

(36) La limitazione della responsabilità di una società del gruppo con tutti i suoi beni è necessaria conseguenza del trasferimento infragruppo di risorse ammesso dalla norma di legge menzionata, in ossequio, così, alla prescrizione ex art. 2740, comma 2, c.c.

delega, in quanto contrastante con il principio ex art. 2740, comma 1, c.c., la cui deroga non viene menzionata nell'art. 3, comma 2, lett. f), L. n. 155/2017, al quale l'art. 285 c.c.i. dovrebbe dare attuazione: il codice della crisi, come norma delegata, non potrebbe introdurre una deroga a un principio generale dell'ordinamento civilistico quale quello in esame, in mancanza di una previsione in tal senso nella legge delega (37).

Questa posizione critica riguardo alla nuova prescrizione appare controvertibile. Sebbene l'esame della questione ecceda i limiti di una nota di commento, occorre almeno rilevare, da un lato, che appare plausibile un'interpretazione della nuova disposizione tale da renderla esente da vizi di incostituzionalità, sotto il profilo in particolare della violazione del principio di separazione delle masse attive sancito dalla legge delega (oltre che dal

codice della crisi); e, dall'altro, che l'art. 285 c.c.i., lungi dal poter essere considerato contrastante con il sistema civilistico della responsabilità patrimoniale del debitore, appare costituirne piuttosto un'evoluzione, la quale, pur nel rispetto della *ratio* ad esso sottesa, risulta necessaria ad adeguarlo alle peculiari esigenze che caratterizzano il contesto del gruppo in crisi (38). Più specificamente, la nuova normativa concorsuale sembra prospettare una rivisitazione del principio ex art. 2740 c.c. alla luce dei confini del fisiologico esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (39), già sostenuta dalla dottrina: nel senso, cioè, che l'esistenza di adeguati vantaggi compensativi di spostamenti patrimoniali altrimenti pregiudizievoli nell'ambito di una soluzione concordataria di gruppo esclude la violazione della norma sulla responsabilità patrimoniale del debitore (40).

(37) A. Nigro - D. Vattermoli, *op. cit.* Critica sulla ammissibilità di operazioni infragruppo del tipo di quelle qui in esame, quale possibile contenuto del concordato, è G. 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 M. Arato - G. Domenichini, Milano, 2017, 32 ss. Maggiormente possibilista rispetto alla legittimità delle menzionate operazioni è M. Fabiani, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2016, 268 (sebbene con riferimento al d.d.l. Rordorf), il quale qualifica la divisione delle masse attive e passive come "un criterio forse invalicabile", che, tuttavia, "avrebbe potuto essere almeno in parte attenuato con il rinvio alla teoria dei vantaggi compensativi". Cosa che la versione definitiva dell'art. 285 sembra in realtà fare, come si dirà oltre; G. D'Attorre, *I concordati di gruppo nel codice della crisi e dell'insolvenza*, di prossima pubblicazione in questa *Rivista*, consultato per cortesia dell'Autore.

(38) Per uno spunto in tal senso (sebbene non riferito allo specifico problema dei trasferimenti di valore fra società del gruppo), G. D'Attorre, *Concordato*, cit., 367, ove si afferma che quando il concordato permette di attribuire ai creditori il trattamento migliore possibile anche in raffronto a quanto ottenibile con la liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, si ha non una

deroga, ma un più forte attuazione del principio ex art. 2740 c.c. E v., in un ordine di idee analogo a quanto si afferma nel testo, gli autori cit. sopra a nt. 47.

(39) Essa rimane tale non solo quando si osserva il divieto generale puro e semplice di non cagionare danni ad altri, ma anche quando si osserva la regola, più permissiva, "puoi danneggiare a condizione che il danno sia *aliunde* compensato": così ricostruisce il privilegio accordato alla *holding* nell'esercizio dell'attività di eterodirezione G. Scognamiglio, *"Clausole generali", principi generali e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 534 e nt. 26.

(40) Si vuol dire nel testo che le ricostruzioni dottrinarie anteriori alla riforma, che valorizzavano la previsione dell'art. 2497, c.c. in materia di vantaggi compensativi e il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo scelto dal codice dal legislatore della riforma - tipico e ricorrente nella legislazione concorsuale - vengono a sovrapporsi. Per la rilevanza dei vantaggi compensativi anche nell'ambito della crisi del gruppo R. Santagata, *op. loc. ultt. citt.*; *contra* G. Scognamiglio, *La disciplina*, cit., 34, la quale afferma (ma anteriormente al codice della crisi) che la rilevanza dei vantaggi compensativi è circoscritta solo ai casi nei quali permane l'integrità del patrimonio sociale, ma viene meno al sopraggiungere della crisi. Affermazione che appare, però, superata dall'art. 285, comma 4 e 290, comma 1, c.c.i.