



Quaderno

“Il Commissario Giudiziale nella Fase Prenotativa della Procedura di Concordato Preventivo”

**A cura della Commissione
Concordato Preventivo
Prenotativo – Area
Procedure Concorsuali**

CONSIGLIERI DELEGATI

Felice Ruscetta

Maria Rachele Vigani

PRESIDENTE

Marco Costantini

COMPONENTI

Roberto Costantini

Valerio Garozzo

Fabio Gobbi

Luigi Iandolo

Ilaria Imperatore

Elisa Maria Lucia Ingala

Gianni Leva

Giuseppe Marongiu

Alessio Marziano

Umberto Massei

Emanuele Mattei

Angelica Mola

Stefano Pugno

RICERCATORE

Cristina Bauco

Indice

Premessa	4
1. Requisiti e nomina del Commissario Giudiziale.....	6
1.1. Nomine plurime	7
1.2. Nomina di soggetti non persone fisiche.....	8
2. Primi Adempimenti	9
2.1. Accettazione.....	9
2.2. Adempimenti pubblicitari	9
3. Funzioni e poteri del Commissario giudiziale: breve premessa.....	11
4. Le funzioni specifiche del Commissario giudiziale nel “concordato con riserva”	12
4.1. La vigilanza del Commissario giudiziale nella fase “prenotativa” e l’art. 173 L.F.....	14
4.2. Informative di cui all’art. 161, comma 8, L.F.....	16
4.3. Sui pareri considerati tassativi.....	19
5. Rapporti con organi e soggetti della procedura: tribunale, giudice delegato, ricorrente e professionista attestatore	23
6. Revoca e sostituzione del Commissario giudiziale nel Concordato Preventivo.....	25
7. Casi di Cessazione dalla carica nel periodo “prenotativo” e relativi adempimenti	26
7.1. Inammissibilità della procedura	27
7.1.1. Rinuncia del Debitore alla presentazione del Piano	27
7.2. Revoca della procedura	28
7.3. Deposito di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. (cd. passerella)	29
8. Compenso del Commissario giudiziale	30

Premessa

Tra le procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare (Titolo terzo: artt. 160-186) un posto di rilievo, soprattutto a seguito dell'attuale stagione di riforme (ancora in corso), spetta al concordato preventivo. Com'è noto, si tratta di una procedura concorsuale giudiziale a carattere "volontario", potendo essere attivata esclusivamente dall'imprenditore in "stato di crisi" (e dunque non necessariamente anche insolvente)¹.

Per quanto riguarda la funzione, si tratta di un istituto che può "muoversi in molte direzioni", dalla liquidazione (aggregata o anche atomistica dei beni) alla conservazione della gestione dell'impresa in capo allo stesso debitore e al suo risanamento (con il connesso mantenimento dei livelli occupazionali): la sua funzione, tuttavia, resta sempre il soddisfacimento dei creditori.

Le riforme che si sono succedute sono caratterizzate dalla progressiva privatizzazione dell'istituto tanto che il concordato preventivo può oggi definirsi come "una forma di organizzazione e regolamentazione dell'accordo tra debitore e creditori"². Ciò non implica che l'intervento istituzionale degli organi della procedura, tra i quali va senz'altro ricompreso il Commissario giudiziale, sia irrilevante: anzi, proprio le ultime riforme del 2013 e, in misura anche maggiore, del 2015 hanno ampliato i controlli affidati agli organi della procedura, e soprattutto le incombenze del Commissario giudiziale.

In particolare, nell'intento di facilitare la rapida emersione della crisi e di agevolare, anche per fronteggiare la grave crisi economica, le soluzioni concordatarie, il D.L. n. 83/2012 ha previsto, all'art. 161, comma 6, L.F. la possibilità di anticipare gli effetti protettivi del patrimonio dell'imprenditore (si consideri, a titolo esemplificativo, il divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori) anteriormente all'ammissione alla procedura e anche in assenza della documentazione (in particolare della proposta e del piano) di cui all'art. 161, commi 2 e 3, L.F. che normalmente deve essere invece allegata al ricorso introduttivo: c.d. concordato "in bianco" o "con riserva" (o, ancora, "prenotativo").

L'art 161, comma 6, L.F. indica infatti quali unici documenti da allegare alla domanda di concordato preventivo prenotativo i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (o quelli relativi all'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una durata inferiore) e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti. Si ritiene tuttavia che l'imprenditore debba provare l'esistenza dei presupposti, soggettivo ed oggettivo, del concordato preventivo, come pure che debba indicare fin dal ricorso ex art. 161, comma 6, L.F. il tribunale competente³.

¹ Ciò può dirsi anche a seguito della novella del 2015. Il D.L. n. 83/2015 ha introdotto la possibilità per i creditori di presentare "proposte concorrenti" (cfr. l'art. 163 L.F.), ma non ha previsto appunto una «legittimazione del terzo a presentare *ab origine* la domanda di concordato»: una novità presente invece nello schema di disegno di legge delega elaborato dalla "Commissione Rordorf" (v. S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 30 novembre 2015).

² A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2014, p. 348.

³ Cfr, ex multis, A. Nigro-D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese cit.*, p. 358.

Ulteriore atto da allegare obbligatoriamente al ricorso è la deliberazione ex art. 152 L.F. (o il verbale di approvazione dei soci per le società di persone) , che deve essere stata assunta dal debitore-società precedentemente al deposito della domanda, come risulta ampiamente dalle molte decisioni di merito sul punto⁴.

Oltre a tali documenti è dunque opportuno (se non necessario) che il ricorrente depositi anche il certificato attestante l'iscrizione nel registro delle imprese, la certificazione dell'avvenuto deposito al registro delle imprese della deliberazione di cui all'art. 152 L.F. ed ogni altro documento utile a comprendere le ragioni del debitore⁵.

Inoltre, se alla data del deposito della domanda non risulti approvato il bilancio relativo all'esercizio precedente, si rende comunque opportuno allegare una situazione economico-patrimoniale e finanziaria aggiornata al 31 dicembre.

Nell'eventualità che il debitore si avvalga di questa disciplina di favore, la fase che precede l'ammissione alla procedura si scandisce in due sottofasi: la prima, c.d. "prenotativa", volta a consentire al debitore, che intanto conserva la gestione dell'impresa e si trova posto "al riparo" dalle azioni dei suoi creditori, di elaborare la proposta ed il piano di concordato; la seconda, nella quale il debitore dovrà, entro il termine assegnato dal tribunale, integrare la domanda iniziale (non necessariamente in funzione di un concordato preventivo, potendo anche presentare, con salvezza degli effetti prodotti dal ricorso ex art. 161, comma 6, L.F., una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti).

Al fine di ridurre i rischi di un abuso del concordato "con riserva", impiegato talvolta con finalità meramente dilatorie o addirittura fraudolente⁶, il D.L. n. 69/2013 ha ampliato i poteri di controllo sull'attività svolta dal debitore nel periodo interinale che precede la eventuale ammissione alla procedura: ciò soprattutto (ma non solo⁷) attraverso l'anticipazione della nomina del Commissario giudiziale, cioè di una figura tecnica di garanzia per i creditori.

Il vigente art. 161, comma 6, L.F. dispone infatti che, con il decreto di fissazione del termine entro il quale completare la domanda prenotativa, "*il tribunale può nominare il Commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3*". Nonostante il tema del presente lavoro sia circoscritto ai poteri e doveri del

⁴ Cfr ex multis, Trib. Pisa 21 febbraio 2013, in www.ilcaso.it, Trib Modena, 30 novembre 2012, in www.ilcaso.it, Trib Bolzano, 25 settembre 2012, www.ilcaso.it

⁵ E v., oltre a A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese* cit., p. 358, M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 25 settembre 2012, pp. 3-4.

⁶ La prassi dei tribunali, in effetti, permette di riscontrare un'elevata percentuale di domande di pre-concordato non ammesse oppure sfociate in fallimenti: ciò soprattutto anteriormente al decreto "correttivo" n. 69/2013.

⁷ Si consideri altresì la previsione dell'obbligo del deposito in sede di ricorso incompleto del già citato elenco nominativo dei creditori e la fissazione di obblighi informativi mensili (o, comunque, periodici) circa la conduzione aziendale: incumbenti che, per quanto non previsti esclusivamente o direttamente in funzione della nomina e del ruolo del commissario giudiziale, acquistano particolare valore solo se esaminati proprio in relazione ai compiti di quest'ultimo.

Commissario giudiziale nella fase prenotativa⁸, sono necessari (breve, ma continui) cenni alla disciplina del Commissario giudiziale: quella del “pre-commissario” giudiziale non costituisce infatti una nuova “figura” di Commissario, con norme diverse in tema di requisiti o responsabilità, ma si tratta, più semplicemente, di funzioni specifiche in una determinata fase della procedura di concordato⁹.

D'altra parte, la figura del Commissario giudiziale (non soltanto nella fase “prenotativa”) a sua volta viene in gran parte disciplinata per mero richiamo alle norme relative al curatore (l'art. 163, comma 2, n. 3 L.F. rinvia agli artt. 28 e 29, mentre l'art. 165, comma 2, L.F. dispone che “*si applicano al Commissario giudiziale gli artt. 36, 37, 38 e 39*”): così in tema di nomina, accettazione e cessazione, così ancora in materia di compenso e responsabilità.

Il sistema di rinvii rende dunque imprescindibile l'esame della disciplina dettata per il curatore, ma non può annullare le innegabili differenze tra le funzioni dei due organi.

1. Requisiti e nomina del Commissario Giudiziale

Procedendo con ordine, è necessario considerare in primo luogo i profili attinenti la nomina.

Come anticipato, l'art. 161, comma 6, L.F. stabilisce che “*con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il Commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3*”, mentre l'art. 163, comma 2, n. 3, L.F. precisa che “*con il provvedimento di cui al primo comma, il tribunale [...] nomina il Commissario giudiziale osservere le disposizioni degli articoli 28 e 29*”.

I criteri di scelta per la nomina del Commissario giudiziale coincidono con quelli fissati per il curatore e, quindi, sono richiesti specifici requisiti *positivi* e *negativi*: da un lato, si richiede il possesso di *condizioni di professionalità* e, dall'altro, l'insussistenza di *cause di incompatibilità*.

In particolare, il primo comma dell'art. 28 L.F. prevede le diverse qualifiche professionali che deve rivestire il curatore (e quindi il Commissario giudiziale), prescrivendo la sua iscrizione negli albi professionali dei commercialisti e degli avvocati ovvero il conseguimento di adeguate capacità imprenditoriali attraverso lo svolgimento di funzioni di amministrazione o di direzione e controllo in società per azioni.

Il secondo comma del medesimo articolo, invece, elenca una serie di situazioni soggettive incompatibili con l'ufficio di (curatore fallimentare e quindi di) Commissario giudiziale; l'elenco deve comunque ritenersi tassativo e non suscettibile di interpretazione estensiva.

⁸ Talvolta indicato più brevemente come “pre-commissario” giudiziale.

⁹ Aspetto messo già messo in luce dal CNDCEC, Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance, Circolare n. 38/IR del 3 marzo 2014, p.11 e ss.

Come vedremo, la sussistenza *ab origine* di una di tali incapacità o il difetto originario del requisito professionale positivo determina la *nullità* della nomina; la sua sopravvenienza ovvero il venir meno del requisito professionale comporta invece la *decadenza*.

Per quanto in particolare riguarda la nomina del Commissario giudiziale nella fase “prenotativa”, essa è *facoltativa*, essendo rimessa alla discrezionalità dell’autorità giudiziaria.

Tuttavia, al fine di controllare “più da vicino” l’attività svolta dal debitore prima della presentazione del piano e della proposta, anche nell’intento di contrastare più efficacemente gli eventuali abusi dell’istituto del concordato con riserva¹⁰, pur non potendosi ancora ritenere sussistente un orientamento giurisprudenziale unitario, si ritiene, sempre più frequentemente, imprescindibile la presenza del Commissario giudiziale nominato fin dalla fase “prenotativa” di concordato, la cui nomina, nella prassi di molti tribunali, sta diventando ordinaria, se non addirittura fisiologica¹¹.

1.1. Nomine plurime

Le prassi in uso in alcuni tribunali informano di nomine ricadenti su differenti professionisti. Si tratta, in altri termini, dei collegi di commissari, ovvero di nomine plurime che trovano la loro giustificazione nell’opportunità (se non proprio necessità) di avvalersi di professionalità distinte in ragione della “*particolare importanza, rilevanza o complessità dell’impresa o della procedura*”¹².

Nonostante la formulazione letterale dell’art. 163, secondo comma, L.F. prenda in considerazione l’incarico conferito ad una sola persona fisica, si è ritenuto che non strida con il dettato normativo la possibilità della nomina di più professionisti ovvero la possibilità dell’insediamento di un organo collegiale, trovando applicazione, in tal caso, il criterio fondato sull’interpretazione sistematica delle norme che in via generale prevedono la possibilità per il giudice di avvalersi del contributo e dell’attività di organi tecnici collegiali. In tema di liquidazione coatta amministrativa, ad esempio, il vigente art. 198, comma 2, L.F. prevede, qualora l’importanza dell’impresa lo consigli, la nomina di “*tre commissari liquidatori*”.

La possibilità che il tribunale possa procedere alla nomina di un organo pluripersonale per lo svolgimento delle funzioni di Commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo (e quindi anche in quello “prenotativo”) pone, probabilmente, più questioni operative di quante non ne risolva: e ciò in ragione della necessaria unicità di tutte le attività che l’organo deve svolgere sebbene sia in composizione plurima.

¹⁰ Si consideri che la Suprema Corte ha già avuto modo di precisare che «la domanda di concordato, anche soltanto “in bianco”, che viene presentata dal debitore non per regolare la crisi d’impresa attraverso un accordo con i propri creditori, bensì con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile, in quanto integra gli estremi di un abuso di diritto» (Cass. civ., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2323).

¹¹ Cfr., ad esempio, il Tribunale di Ancona che nomina il commissario giudiziale ogni qual volta concede il termine per la presentazione del piano e della proposta di concordato.

¹² V. Tribunale di Benevento, 29 agosto 2013, in *Fall.*, 2013, p. 1405.

Com'è noto, il Commissario giudiziale deve adempiere vari obblighi (ed assume le connesse responsabilità) che potrebbero mal rapportarsi con la presenza di più professionalità che vanno pertanto raccordate anche al fine di evitare la paralisi gestionale della procedura.

Si pensi ai criteri, modalità e tempistica da definire per dare poi corso alle attività da espletare, a solo titolo esemplificativo, ai fini dell'art. 172 L.F.

La soluzione delle probabili problematiche di gestione del rapporto tra le varie professionalità investite dell'incarico rappresenta pertanto una questione non trascurabile.

Considerato quanto osservato con riferimento ai criteri indicati nell'art. 163, secondo comma, L.F., rispetto alla nomina del commissario, sembrerebbe preferibile, pertanto, accedere alla tesi che, anche in presenza di nomine ricadenti su più professionisti, non ravvisa la formazione di un organo collegiale ma la semplice organizzazione di un ufficio pluripersonale, con il corollario che a ciascun professionista risulteranno imputabili attività e relative responsabilità.

1.2. Nomina di soggetti non persone fisiche

A questo proposito, è doveroso aprire una parentesi con riguardo ad un'ipotesi specifica: quella della possibilità della nomina a curatore e, in forza del rinvio all'art. 28, comma 1, lett. b) L.F., a Commissario giudiziale (e quindi in astratto anche nella fase prenotativa) di *studi professionali associati* o *società tra professionisti* (in tal caso, si noti, tutti i soci devono essere iscritti negli albi professionali degli avvocati, e nella sezione A dell'albo dei Commercialisti).

In tal caso, l'associazione professionale o la società tra professionisti deve provvedere alla designazione del *soggetto responsabile della procedura*. Va opportunamente tenuto distinto il caso dell'associazione professionale e della società tra professionisti e più precisamente della società tra professionisti costituita ai sensi dell'art. 10 della legge n. 183/2011.

Mentre infatti, trattandosi di associazioni professionali, in assenza di una soggettività giuridica dell'ente distinta da quella dei singoli associati, la nomina dovrebbe intendersi come effettuata nei confronti di ogni singolo associato e la designazione del responsabile della procedura risolverebbe solo un'esigenza di praticità operativa, qualora l'incarico ricadesse su di una STP costituita ai sensi della legge n. 183/2011 l'indicazione del professionista ai sensi per gli effetti dell'art. 10 della stessa legge n. 83/2011 e dagli artt. 3, 4 e 5 del decreto n. 34/2013¹³, è effettuata solo al fine di rendere effettivo lo svolgimento della funzione, restando la STP il professionista che giuridicamente accetta l'incarico e ne assume le relative responsabilità.

¹³ Si tratta del decreto del Ministero della Giustizia dell'8 febbraio 2013, n. 34 recante "Regolamento in materia di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico, ai sensi dell'art. 10, comma 10, della legge 12 novembre 2011, n. 183".

2. Primi Adempimenti

2.1. Accettazione

Premesso dunque che la *ratio legis* sembra indurre a superare il tenore letterale dell'art. 161 L.F. e, in particolare, a ritenere la nomina del Commissario giudiziale nella fase "prenotativa" non meramente facoltativa, l'art. 163, secondo comma, n. 3, L.F. richiama (come anticipato) l'art. 29 L.F., ai sensi del quale (il curatore e dunque) il Commissario giudiziale (anche nel concordato con riserva) "*deve, entro i due giorni successivi alla partecipazione della sua nomina, far pervenire al giudice delegato la propria accettazione*".

Si tratta di un onere il cui mancato assolvimento determina la necessità per il tribunale di provvedere d'urgenza alla nomina di un altro Commissario giudiziale.

D'altra parte, l'esigenza di rapidità dell'entrata in funzione dell'organo, tutelata in generale dalla norma, si rivela ancor più pressante ove riferita al concordato preventivo "con riserva", nell'ambito del quale il tribunale ha ravvisato l'opportunità di una nomina "anticipata" (rispetto all'ammissione alla procedura) dell'organo commissariale proprio per la tutela del patrimonio e gli interessi dei creditori: si tratta, infatti, di una fase della procedura molto delicata poiché, di là dal rischio solo eventuale di abusi, il debitore conserva in ogni caso la gestione dell'impresa e nel frangente possono, tra l'altro, sorgere crediti di natura prededucibile nel successivo eventuale fallimento.

Va detto altresì che, anche in considerazione della dizione atecnica ("partecipazione alla sua nomina") impiegata dalla norma che potrebbe interpretarsi nel senso di "*in ogni modo portata a conoscenza del nominato*", può ritenersi a ciò valida non soltanto la comunicazione della cancelleria via Pec, ma anche la presa visione del decreto di nomina apposta direttamente in cancelleria.

L'accettazione della nomina del Commissario giudiziale andrà comunicata mediante PCT e rivolta al tribunale se non è stato nominato il giudice delegato; si ritiene peraltro che l'accettazione possa essere anche tacita.

2.2. Adempimenti pubblicitari

Tra i primi adempimenti, connessi alla nomina, riveste particolare rilevanza quello previsto dalla legge n. 228/2012, che ha aggiunto all'art. 17 D.L. n. 179/2012 il comma 2-bis, che testualmente recita: "*Il Curatore, il Commissario giudiziale nominato a norma dell'art. 163 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, il Commissario liquidatore e il Commissario giudiziale nominato a norma dell'art. 8 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, entro dieci giorni dalla nomina, comunicano al registro delle imprese, ai fini dell'iscrizione, il proprio indirizzo di posta elettronica certificata*".

Stando al tenore letterale dell'art. 17, comma 2-bis sembrerebbe che il professionista nominato (nel caso di specie) Commissario giudiziale debba comunicare il proprio *personale* indirizzo di Pec, destinato allora a rimanere identico per tutte le procedure della cui gestione si trovi ad essere investito; in realtà, è pacifico che il

professionista nominato debba comunicare al registro delle imprese, piuttosto che un unico indirizzo di posta certificata, un indirizzo per ciascuna procedura, in modo da agevolare, da un lato, creditori e interessati che potranno rivolgersi direttamente all'indirizzo specifico della procedura in cui sono coinvolti e, dall'altro (e principalmente), l'organo della procedura, che disporrà fin dall'inizio di una via di accesso e di risposta per ciascuna procedura, senza tema di dispersioni o errori, nell'interesse di tutti e del regolare funzionamento della procedura stessa¹⁴ (essendo il professionista, tra l'altro, tenuto alla conservazione dei messaggi ricevuti ed inviati, ai sensi dell'art. 17, comma 1, del D.L. n. 179/2012).

Va precisato che, per quanto si tratti di una soluzione criticata in dottrina¹⁵, il termine di dieci giorni decorre dalla *data della nomina*, e non dall'accettazione, per cui occorre prestare molta attenzione ai tempi (può infatti verificarsi il caso che la comunicazione della nomina al Commissario giudiziale non sia contestuale al deposito del decreto in Cancelleria) ed una volta accettata la nomina è opportuno procedere subito alla trasmissione telematica al Registro delle Imprese mediante la c.d. "comunicazione unica".

La nomina del Commissario giudiziale, stante il rinvio all'art. 163 L.F., va comunicata a cura della Cancelleria al Registro delle Imprese ed il Commissario giudiziale, nel termine di 10 giorni dalla nomina, sarà tenuto a comunicare l'indirizzo Pec della procedura.

Se a ciò si aggiunge che ai sensi dell'art. 161, comma 5, L.F., la Cancelleria è tenuta a pubblicare nel Registro delle Imprese la domanda di concordato, si completa, anche nel suo perché, il quadro della pubblicità nella fase del concordato preventivo "prenotativo".

Nella pubblicità della nomina del Commissario giudiziale e della comunicazione della Pec specifica della procedura al Registro delle Imprese si manifesta la *ratio* insita nella funzione assegnata, già in questa fase, al Commissario giudiziale di riferire al tribunale sulle condotte poste in essere dal debitore come previste dall'art. 173 L.F., condotte che ben possono essere conosciute e segnalate al Commissario giudiziale anche da creditori e/o interessati mediante un canale ufficiale e certificato, appunto la Pec, e non altre modalità e vie prive di tali garanzie.

L'archivio della Pec della procedura, anche in questa fase "prenotativa", assolve ad una funzione propria di Cancelleria, sebbene delegata al Commissario giudiziale, di cui la legge prevede la conservazione dei messaggi e che rappresenta garanzia di trasparenza e certezza di provenienza delle informazioni, nonché uno strumento che la legge pone a disposizione del Commissario giudiziale per l'esercizio delle funzioni attribuite dall'art. 161, comma 6, L.F..

¹⁴ Sul punto, *ex multis*, G. BOZZA, *Le novità telematiche del decreto sviluppo*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 28 gennaio 2013, p.2.

¹⁵ V. ancora G. BOZZA, *Le novità* cit., pp. 5-6, il quale, premesso che "sarebbe stato più corretto far decorrere detto termine dalla accettazione, posto che, in mancanza di questa, viene meno la necessità di fare comunicazioni al registro delle imprese", precisa che detto termine non possa comunque decorrere dalla "nomina", ma che "debba essere preso come *dies a quo* almeno quello della "partecipazione" della nomina, non potendosi pretendere dall'organo nominato un comportamento attivo in assenza della conoscenza della nomina".

3. Funzioni e poteri del Commissario giudiziale: breve premessa

Prima di considerare più attentamente il ruolo del Commissario giudiziale nella fase precedente il deposito della proposta definitiva, è opportuno descrivere, sia pure sommariamente, i caratteri fondamentali delle funzioni “generalì”, cioè non legate alla specifica fase in esame, attribuite al Commissario giudiziale.

Si è già sottolineato che la legge fallimentare tende ad assimilare quest'organo al curatore fallimentare, tuttavia, se è vero che il Commissario giudiziale riveste la qualifica di pubblico ufficiale ed è un soggetto indipendente, è anche vero che la diversità delle funzioni tra i due organi è profonda.

Anteriormente al 2015, la distinzione appariva ancor più netta dal momento che poteva senz'altro concludersi che il Commissario giudiziale, a differenza del curatore, non avesse poteri di amministrazione e disposizione del patrimonio del debitore. A questo proposito, deve segnalarsi che con le modifiche apportate dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 (di conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83) all'art. 185 L.F., in tema di esecuzione del concordato, ai poteri/doveri del Commissario inerenti alla vigilanza, all'informazione ed all'impulso nell'esecuzione del concordato si aggiungono ulteriori *facoltà di amministrazione attiva*, attribuendosi al Commissario giudiziale un ruolo assimilabile a quello del Commissario *ad acta*¹⁶.

In ogni caso, il Commissario giudiziale svolge innanzitutto un'*attività di vigilanza*, in quanto – a differenza del fallimento con il quale interviene lo spossessamento ovvero il subentro del curatore nella gestione del patrimonio del debitore – nel concordato preventivo l'imprenditore in crisi conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la sorveglianza del Commissario giudiziale (art. 167, comma 1, L.F.), con l'eccezione riguardante il compimento degli atti *urgenti* di straordinaria amministrazione e comunque gli atti *eccedenti l'ordinaria amministrazione* disciplinati rispettivamente dagli artt. 161, comma 7, e 167, comma 2, L.F.

Anzi, può precisarsi che proprio il fatto che *facoltà di amministrazione attiva* siano attribuite (in caso di “inadempimento” del debitore) al Commissario giudiziale esclusivamente ai fini dell'*esecuzione* del concordato, e cioè in una fase *successiva* alla conclusione della procedura di concordato preventivo, conferma *a contrario* che *durante la procedura*, e in modo particolare nella fase “prenotativa”, il ruolo di Commissario giudiziale è privo di qualunque *attività gestoria* o di *direzione* nei confronti del debitore concordatario.

La conclusione che precede si presta ad essere confermata dalla considerazione che, in occasione della riforma “in tre tempi” della legge fallimentare, dall'art. 167 L.F. è stata espunto il riferimento alla “*direzione del*

¹⁶ L'art. 185, comma 4, L.F. prevede infatti che “nel caso in cui il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla suddetta proposta o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale. Il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti”.

giudice delegato”: nessun organo della procedura è dunque deputato a imporre o anche solo a suggerire indirizzi o determinazioni al debitore.

Una tale considerazione viene ulteriormente rafforzata dalla circostanza che nella procedura di concordato preventivo, in ogni sua fase sino all’omologazione, manca un organo quale il comitato dei creditori, deputato ad approvare le scelte e le richieste del Commissario giudiziale¹⁷.

Spetta al Commissario unicamente un potere di gestione inerente il deposito delle spese di procedura, sul quale è tenuto a rendere conto al tribunale ed ai creditori.

4. Le funzioni specifiche del Commissario giudiziale nel “concordato con riserva”

Da quanto osservato finora possono ricavarsi talune indicazioni di principio che debbono orientare la condotta del Commissario nell’assolvimento del proprio incarico, principi generali valevoli quindi anche nella fase c.d. “prenotativa”. In particolare, il Commissario giudiziale, anche in coerenza con le linee tracciate dalla Suprema Corte¹⁸:

- a) non può intervenire nel merito delle scelte gestionali dell’impresa in crisi;
- b) non può entrare nel merito della convenienza economica delle scelte operate dal proponente nella redazione del piano, sia esso liquidatorio o in continuità;
- c) non può fornire diretta consulenza all’imprenditore in crisi per l’elaborazione del piano concordatario.

Inoltre, con specifico riguardo alla particolare fase della procedura che stiamo esaminando, possono trarsi ulteriori indicazioni generali alle quali ispirarsi nello svolgimento dell’incarico, nel senso che la finalità (di limitare gli abusi a danno dei creditori e monitorare più attentamente l’attività del debitore) della novella n. 69/2013 induce alla conclusione che le generali prerogative di vigilanza e di verifica del comportamento dell’imprenditore in crisi attribuite al Commissario giudiziale debbano essere primariamente orientate a controllare che l’imprenditore si dedichi effettivamente alla redazione del piano e, comunque, non ponga in essere atti o attività che modifichino *in peius* la situazione di crisi.

È ovvio, infatti, che alcune funzioni tipicamente riservate al Commissario giudiziale nella fase successiva all’ammissione alla procedura siano incompatibili con la fase “prenotativa”, come quelle – a titolo meramente esemplificativo – relative:

¹⁷ Al riguardo può sottolinearsi *de iure condendo* la necessità di assicurare la formazione e il funzionamento del comitato dei creditori anche nell’ambito del concordato preventivo e non solo nel concordato preventivo con cessione dei beni, attribuendo ad esso (in luogo del commissario giudiziale) funzioni di vigilanza in particolare nella fase esecutiva del concordato preventivo.

¹⁸ Sull’aspetto SS.UU. n. 1521 del 23 gennaio 2013 che, com’è noto, ha distinto tra fattibilità *economica* e fattibilità *giuridica*: la prima rimessa ai creditori, la seconda al tribunale

-
- a) alla verifica dell'elenco dei creditori (art. 171 L.F.): si tratta infatti di una verifica propedeutica all'adunanza per l'approvazione del concordato;
 - b) alla redazione dell'inventario del patrimonio del debitore e della relazione sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore e sulle proposte di concordato e le garanzie offerte ai creditori (art. 172 L.F.);
 - c) alle comunicazioni del Commissario ai creditori in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano concordatario (art. 179, comma 2, L.F.);
 - d) all'obbligo del Commissario giudiziale di depositare il proprio parere in sede di giudizio di omologazione (art. 180, comma 2, L.F.).

Prima di considerare singolarmente i vari incumbenti del Commissario giudiziale nella fase anteriore al deposito della "domanda completa" e all'ammissione alla procedura, è utile riassumere attraverso una rapida elencazione il quadro normativo:

- 1) vigilanza circa il compimento da parte del debitore di una delle condotte previste dall'art. 173 L.F. con obbligo di relazione al tribunale;
- 2) vigilanza circa il rispetto da parte del debitore degli obblighi informativi periodici e sull'attività del debitore finalizzata alla predisposizione della proposta e del piano;
- 3) vigilanza sull'amministrazione dei beni e sull'esercizio dell'impresa da parte del debitore ai sensi dell'art. 167, comma 1, L.F. (incluso l'obbligo inerente le scritture contabili ai sensi dell'art. 170 L.F.);
- 4) formulazione di pareri nei casi tassativamente previsti dalla legge:
 - eventuali autorizzazioni richieste dal debitore al tribunale per il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione (art. 161, comma 7, L.F.);
 - eventuale manifesta inidoneità dell'attività compiuta dal debitore alla predisposizione della proposta e del piano (art. 161 comma 8, L.F.);
 - eventuale richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 182-*quinquies* L.F.;
 - eventuale richiesta di autorizzazione a partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici ex art. 186-*bis* L.F.

Premesso tutto ciò, è ora possibile considerare in maniera più completa le specifiche attribuzioni del Commissario giudiziale nella fase antecedente all'ammissione alla procedura, e, a fini di mera chiarezza espositiva, sembra corretto distinguere tra *attività di vigilanza generale* e *attività informativa-valutativa* finalizzata al rilascio di specifici pareri. Tale distinzione appare agevole un'analisi delle funzioni commissariali le quali, in tema di vigilanza generale assolvono ad una finalità di informazione del tribunale e dei creditori con un ampio potere di impulso (traducentesi in un obbligo di relazione al giudice delegato o al

tribunale ogniqualvolta le condizioni della procedura lo impongano), mentre in tema di pareri appaiono vincolate allo specifico atto sul quale la legge prevede una tipica valutazione preventiva del Commissario.

4.1. La vigilanza del Commissario giudiziale nella fase “prenotativa” e l’art. 173 L.F.

Per quanto riguarda la funzione di vigilanza del Commissario giudiziale sull’amministrazione dei beni e sull’esercizio dell’impresa da parte del debitore, essa si concreta (come detto) in un *generalizzato* potere di *controllo* e di *verifica* sull’una e sull’altro ed è specificamente finalizzata a prevenire e, se del caso, denunciare il compimento di atti vietati¹⁹, e non a sostituirsi al debitore.

Da quanto sottolineato in precedenza discende che l’attività di vigilanza (che trova il proprio fondamento normativo nell’art. 167, comma 1, L.F.) del Commissario giudiziale sugli atti del debitore è funzionale: i) all’esercizio del potere di attivare il procedimento *ex art. 173 L.F.* per la “revoca dell’ammissione al concordato” (nella fase “prenotativa” di concordato preventivo, non essendo, in realtà, ancora intervenuta l’ammissione si tratta piuttosto dell’apertura di un procedimento volto a dichiarare, se del caso, l’*improcedibilità* della domanda); ii) al provvedimento giudiziale di abbreviazione del termine fissato con decreto di cui all’art. 161, VI comma, L.F.

Com’è ovvio, la base di partenza sui cui il Commissario giudiziale dovrà avviare la propria attività di verifica è rappresentata dai documenti che il debitore deve comunque depositare *ex art. 161, comma 6, L.F.* (i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l’elenco nominativo dei creditori). È tuttavia opportuno che il Commissario celermente esamini le scritture contabili che l’impresa è obbligata, già nella fase in esame, a tenere “a disposizione del giudice delegato e del Commissario giudiziale” ai sensi dell’art. 170, comma 2, L.F. (dichiarato immediatamente applicabile dall’art. 161, comma 6, L.F.).

Questa interpretazione, peraltro in linea di continuità con il nuovo art. 163, comma 2, n. 4-*bis*, L.F. (introdotto dalla l. n. 132/2015) che prevede l’*“obbligo di consegnare al Commissario giudiziale entro sette giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili fiscali obbligatorie”* dal provvedimento di ammissione alla procedura di concordato, è coerente (oltre che con la lettera, soprattutto) con la *ratio* dell’art. 161 L.F.: si tratta di una precisazione che si ricollega in particolare al ruolo che spetta al Commissario giudiziale (sempre che quest’ultimo sia stato nominato) anche nel “concordato con riserva” e che è funzionale al potenziale esercizio da parte del Commissario giudiziale del proprio potere di determinare l’avvio del procedimento *ex art. 173 L.F.*

¹⁹ V. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese cit.*, p. 369.

Il Commissario giudiziale ha quindi il dovere di verificare se l'imprenditore ha tenuto o tiene una delle condotte descritte dall'art. 173 L.F.²⁰ al fine di riferire al tribunale, che può, sulla base di tale informativa, aprire più consapevolmente il procedimento, da svolgersi secondo le forme dell'art. 15 L.F., per la dichiarazione di improcedibilità della domanda di concordato, ed eventualmente dichiarare il fallimento a seguito del deposito di un ricorso da parte di uno dei soggetti legittimati e dell'accertamento dei relativi presupposti oggettivi e soggettivi.

Al riguardo, non resta che rammentare che tale attività deve essere svolta considerando il peculiare contesto in esame e non operando una cieca comparazione con la stessa attività da svolgersi successivamente all'ammissione alla procedura: è chiaro infatti che il proponente, nella fase prenotativa, ha ancora in corso l'analisi delle attività e delle passività attuali e potenziali e, pertanto, talune informazioni relative alla gestione anteriore alla presentazione del ricorso non sono fornite necessariamente nelle relazioni periodiche ed è naturale che siano oggetto di informativa dettagliata in sede di redazione del piano definitivo. In ogni caso, si ritiene che qualsiasi omissione di informativa debba essere valutata in considerazione della sua significatività rispetto all'economia complessiva della soluzione della crisi aziendale, in sintesi, laddove non si appalesino condotte dolose occorrerà evitare atteggiamenti "inquisitori" sproporzionati e sempre ricordando che la valutazione economica della proposta è rimessa esclusivamente ai creditori.

Il Commissario giudiziale, inoltre, è chiamato a vigilare sul compimento di atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione preventiva del Tribunale e sul pagamento di debiti anteriori al deposito del ricorso (*rectius*: alla relativa pubblicazione nel registro delle imprese); al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 182-*quinquies*, comma 4, L.F., in ordine all'ulteriore controllo sull'adempimento da parte del debitore agli obblighi informativi di cui all'art. 161, comma 8, L.F., è dirimente rilevare che tale attività di controllo e vigilanza del Commissario giudiziale dovrà riguardare l'assolvimento degli obblighi informativi imposti al debitore da un punto di vista tanto "formale" quanto "sostanziale"²¹.

Sotto il primo profilo (vale a dire quello della vigilanza sull'adempimento "formale" agli obblighi informativi), l'art. 161, comma 8, L.F. stabilisce che l'adempimento degli obblighi informativi da parte del debitore deve essere effettuato, tra l'altro, "*sotto la vigilanza del Commissario giudiziale*".

²⁰ In sostanza, se l'impresa in crisi proponente, dopo la presentazione del ricorso prenotativo, ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insistenti, ovvero commesso altri atti di frode ai creditori fra cui, a titolo esemplificativo, l'omissione intenzionale di passività significative, le false comunicazioni sociali, la sottrazione fraudolenta di beni alla garanzia dei creditori mediante atti di cui non sia stata data notizia in adempimento degli obblighi informativi.

²¹ Occorre segnalare come recentemente la Suprema Corte di Cassazione, con riferimento alla individuazione degli atti in frode e all'esatta loro qualificazione ai fini della revoca dell'ammissione del concordato ex art. 173 L.F., abbia statuito il principio per cui tali atti debbano essere accertati dal commissario soprattutto sotto un profilo sostanziale, richiedendosi a tal fine sia l'esistenza di un dato di fatto occultato afferente il patrimonio del debitore tale da alterare la percezione dei creditori (a cui compete, in via esclusiva la valutazione afferente la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti), in modo che risulti una divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale, sia il carattere doloso della divergenza quale volontarietà del fatto.

Sotto il secondo profilo, (vale a dire quello della vigilanza del Commissario giudiziale sull'adempimento "sostanziale" agli obblighi informativi), va ricordato che l'art. 161, comma 8, L.F. stabilisce che nel caso in cui l'attività compiuta dal debitore sia "*manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il Tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il Commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto*" di cui all'art. 161, comma 6, L.F..

In caso di manifesta inidoneità dell'attività compiuta alla predisposizione della proposta e del piano, il Commissario ha dunque l'obbligo di informare il tribunale affinché questo proceda ad *abbreviare* il termine concesso per la presentazione del piano definitivo di concordato, essendo esclusa un'*immediata* sanzione di improcedibilità della domanda.

4.2. Informative di cui all'art. 161, comma 8, L.F.

Nella fase prenotativa della procedura di concordato, particolare rilevanza assume proprio la vigilanza riguardante gli obblighi informativi periodici disposti dal tribunale con il decreto che fissa il termine per integrare la domanda ai sensi dell'art. 161, comma 8, L.F., che dovranno essere assolti dal debitore "sotto la vigilanza del Commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato". Tali obblighi informativi riguardano:

- 1) da un lato, l'attività svolta dal debitore nel periodo ai fini della predisposizione della proposta e del piano;
- 2) dall'altro, la situazione finanziaria dell'impresa che, dovrà essere pubblicata entro il giorno seguente nel registro delle imprese a cura del Cancelliere.

La periodicità deve essere almeno mensile, sebbene un diverso termine, tendenzialmente più breve, potrà essere fissato dal tribunale, in considerazione delle dimensioni, della complessità dell'impresa e della stessa durata del termine fissato per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione prevista dai commi secondo e terzo dell'art. 161 L.F.

Il fondamento giuridico degli obblighi informativi risponde, come detto, alla necessità di consentire un costante monitoraggio della situazione economica e finanziaria del debitore, allo scopo di evitare un eventuale utilizzo fraudolento del concordato preventivo da parte dello stesso e di avere un continuo aggiornamento dell'evoluzione aziendale.

Il ruolo del Commissario giudiziale coinvolge diversi aspetti. Egli, infatti, deve sia controllare il rispetto dei termini di presentazione delle informative richieste e verificare la completezza delle relazioni e delle situazioni presentate in funzione delle prescrizioni fissate nel decreto dall'organo giurisdizionale, sia accertare l'attendibilità delle informative e può/deve richiedere approfondimenti anche mediante l'esame delle scritture contabili.

Si tratta di un'attività delicata, trattandosi comunque di contemperare i molteplici ed eterogenei interessi: da un lato, si pone il rispetto degli obblighi informativi e della completezza delle informazioni così da consentire la valutazione dell'attività compiuta dal ricorrente ai fini della predisposizione della proposta e del piano e l'analisi dello "stato di salute" dell'azienda, senza però intralciare eccessivamente l'attività del debitore; dall'altro lato esiste l'esigenza di rendere adeguata informativa al tribunale se l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, al fine di sollecitare un provvedimento di abbreviazione del termine fissato con decreto, di cui all'art. 161, comma 6, L.F. o riferire all'organo giurisdizionale con immediatezza nel caso in cui si accerti che il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, ex art. 173 L.F., e fare dichiarare improcedibile la domanda, con eventuale dichiarazione di fallimento (ovviamente previo accertamento dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 L.F.).

In assenza di una concreta identificazione degli obblighi informativi periodici e dei criteri di esposizione della gestione finanziaria, la disposizione normativa attribuisce al tribunale un ampio potere discrezionale per quanto attiene alla determinazione della tipologia e del contenuto di detti obblighi informativi. I doveri informativi potranno disporsi dunque, secondo una diversa varietà di forme, dalle relazioni ai *report* informativi. Al fine di individuare il "contenuto minimo" della relazione informativa e della situazione finanziaria occorre pertanto ricorrere alla prassi operativa.

La vigilanza riguardante l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, può avvenire sia mediante l'analisi della relazione presentata dal debitore in cui si illustri il piano e la proposta che intende formulare ai creditori, sia tramite la richiesta di una sorta di piano preliminare contenente l'esplicitazione e lo scadenario delle attività che saranno compiute. La relazione deve essere breve e deve contenere informazioni sulla gestione corrente, anche finanziaria; ad essa deve essere allegato l'elenco delle più rilevanti operazioni compiute, sia di carattere negoziale che gestionale, industriale, finanziario. La relazione, inoltre, deve indicare gli atti di straordinaria amministrazione di cui si richiede autorizzazione per il compimento, mettendo in evidenza le esigenze di opportunità ed urgenza. Ulteriori informazioni dovranno essere fornite nel caso in cui venga richiesta la concessione di un termine più lungo o la proroga per il deposito della proposta e del piano.

L'indice oggettivo di una corretta esecuzione da parte del debitore delle attività idonee alla predisposizione della documentazione di cui all'art. 161, L.F. può individuarsi nell'avvenuto conferimento di incarico all'esperto attestatore, se non anche in un documentato inizio delle attività da parte del professionista.

Per quanto riguarda il contenuto della situazione finanziaria, la relazione governativa di accompagnamento al decreto del fare del 2013 esclude che debba "*coinvolgere anche gli aspetti patrimoniali ed economici*", così da

“evitare un eccessivo aggravio degli adempimenti contabili, preservando la flessibilità dello strumento”. Pertanto, il documento potrà limitarsi a contenere i dati relativi ai saldi dei conti correnti bancari, della cassa all’inizio del periodo, le entrate e le uscite della gestione tipica e di quella non operativa, i saldi dei conti correnti bancari e della cassa alla fine del periodo. Occorre notare, al riguardo che alcuni tribunali si spingono fino a richiedere delle integrazioni documentali consistenti nella relazione economico-patrimoniale, in una situazione patrimoniale e/o in un conto economico.

Si ritiene che la sola situazione finanziaria possa non essere sufficiente a fornire al tribunale o al Commissario una completa informativa sulla situazione nel periodo antecedente all’ammissione alla procedura, poiché darebbe solo informazioni sugli incassi ed i pagamenti, prescindendo dai ricavi e dai costi di competenza maturati e non pagati nel periodo, quali acquisto di beni e servizi non pagati, ratei di costi dei dipendenti maturati per ferie e mensilità aggiuntive, per accantonamenti TFR in corso di maturazione, per imposte accertate e non pagate, ecc. La valutazione di questi elementi potrebbe infatti evidenziare un peggioramento della situazione economico-patrimoniale e della potenziale situazione finanziaria.

In caso di violazione degli obblighi informativi, troverà espressa applicazione l’art. 162, commi 2 e 3, L.F., con conseguente necessaria declaratoria di inammissibilità della domanda ed eventuale attivazione del procedimento, in caso di istanza di parte e, come accennato, di verifica positiva della sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 L.F., per la dichiarazione di fallimento del debitore.

In definitiva, il Commissario giudiziale, grazie alla sua attività di vigilanza sull’osservanza degli obblighi informativi citati, riesce ad avere il monitoraggio continuo dell’attività svolta dal debitore durante questo delicato periodo e può tenere informato costantemente il tribunale sul comportamento diligente di quest’ultimo, sull’idoneità dell’attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, sugli equilibri finanziari dell’azienda e sul compimento di eventuali atti di gestione che possano modificare in maniera significativa il patrimonio aziendale. Tutto ciò al fine di consentire al debitore di trovare una soluzione concordataria della crisi di impresa scongiurandone intenti meramente dilatori ed il compimento di atti che, ove la procedura abbia esito negativo, potrebbero risultare pregiudizievoli per i creditori, aggravando così il dissesto dell’imprenditore o ritardandone il fallimento.

La circostanza che si tratta di domanda prenotativa, vale a dire di un ricorso presentato dal debitore in crisi (anche ai primi segnali di crisi) riservandosi di presentare successivamente un piano e la proposta ai creditori, oltre alla ulteriore documentazione a corredo, mette in luce come la nomina anticipata del Commissario possa essere di estrema utilità al fine di garantire il controllo, anche per tramite di un proficuo scambio informativo, sull’attività svolta dall’impresa nell’attuazione del “programma” che condurrà alla presentazione di un piano di

concordato o, in alternativa domanda per la ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 182 – *bis*, primo comma, L.F.²².

4.3. Sui pareri considerati tassativi

Per quanto riguarda infine la funzione di valutazione-informazione finalizzata al rilascio di pareri, è bene precisare che vanno considerati tali non solo quelli esplicitamente previsti dalle norme che solitamente individuano il parere da richiedere all'organo della procedura utilizzando l'espressione "sentito il Commissario", ma anche quando il parere viene, per prassi comune, richiesto nell'ambito della ordinaria attività di informazione.

Prima di esaminare le singole ipotesi, è opportuno sottolineare due aspetti.

Innanzitutto, tali pareri sono da considerare *obbligatorii* ma non *vincolanti* per il tribunale o (qualora già nominato) per il giudice delegato.

In secondo luogo, una domanda "prenotativa" assolutamente "in bianco" (purché ovviamente nel rispetto dei requisiti *minimi* di contenuto) è senz'altro legittima, tuttavia è compatibile soltanto con una situazione nella quale all'impresa non servono tutte quelle "potenzialità" offerte dalla legge: infatti se il debitore deve rivolgersi al giudice per ottenere una qualche autorizzazione deve fornire tutte le informative coerenti con il tipo di provvedimento che richiede al tribunale. In tale cornice, ogni qualvolta si tratterà di presentare un'istanza al tribunale, il debitore dovrà, quantomeno progressivamente, "scoprire le carte"²³.

A. Richiesta di autorizzazione per il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione

L'art. 161, comma 7, L.F. dispone che "dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del Commissario giudiziale, se nominato", mentre può compiere quelli di ordinaria amministrazione senza necessità di autorizzazione (norma che deriva dall'applicazione del principio dell'assenza di spopolamento in capo al debitore, in tema di concordato preventivo). La disposizione, pur risolvendo il preesistente vuoto di disciplina circa il periodo che va dalla pubblicazione della domanda al provvedimento di ammissione²⁴, si presenta a tratti ambigua.

Innanzitutto, occorre stabilire il relativo ambito di applicazione e distinguerla da quella dell'art. 167, comma 2, L.F.: mentre quest'ultimo trova applicazione successivamente all'ammissione alla procedura (e infatti l'organo competente a rilasciare la relativa autorizzazione è il giudice delegato), l'art. 161, comma 7, si applica nella

²² Anche il recente innesto contenuto all'ultimo periodo dell'art. 161 e riguardante il potere di "sentire in ogni momento" i creditori da parte del Tribunale, certamente da condividere nel senso di una sempre più marcata importanza del ceto creditorio quale soggetto centrale della procedura dal quale il giudice possa trarre ulteriori elementi a supporto della sua decisione, non appare mitigare il ruolo dell'organo commissariale, soggetto altamente competente e connotato da certi requisiti di professionalità e indipendenza.

²³ E v. M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo* cit., pp. 5-6

²⁴ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese* cit., p. 378.

fase “prenotativa” (da qui il riferimento al tribunale); inoltre, gli atti che possono essere compiuti anteriormente all’ammissione con l’autorizzazione dell’autorità giudiziaria sono connotati da un duplice requisito: non soltanto si deve trattare di atti di *straordinaria amministrazione* (come quelli cui fa riferimento l’art. 167 L.F.), ma anche (e, rispetto a quelli regolati nell’art. 167 L.F., *in più*) *urgenti*.

Si tratta allora di chiarire tali nozioni, dai confini ancora oggi incerti.

Per quanto riguarda il concetto di atto di straordinaria amministrazione (il cui compimento nel concordato preventivo è soggetto *in ogni caso* ad autorizzazione), premesso che l’art. 167, comma 2, L.F. contiene una elencazione meramente esemplificativa di detti atti come dimostra la formulazione impiegata (“i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e *in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione*”), piuttosto che cercare di ampliare l’elenco con altri atti in modo sempre parziale, si tratta di delinearne la nozione²⁵.

Premesso che, non sussistendo una definizione legislativa, i confini sono incerti, sembra da preferire l’orientamento che ritiene il concetto *relativo* a seconda del *tipo* di amministrazione e che per atto di straordinaria amministrazione debba intendersi un atto che presenti qualche connotato di *anormalità* ed *eccezionalità* rispetto al tipico modo di realizzazione dell’attività di gestione²⁶.

In ogni caso, la valutazione della natura straordinaria dell’atto deve essere operata considerando l’idoneità o meno dello stesso ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza, e a compromettere il soddisfacimento dei creditori anche nell’ambito dell’eventuale fallimento²⁷: in sostanza, è la *potenziale pericolosità* insita nell’atto a giustificare la necessità dell’autorizzazione.

Resta inteso che potranno essere accolte dal tribunale esclusivamente le istanze che prefigurino al giudice il percorso di ristrutturazione individuato fornendo altresì le dovute giustificazioni e motivazioni alla richiesta dovendosi attendere un rigetto laddove la domanda non sia supportata dalle citate informazioni ed argomentazioni²⁸.

²⁵ Sul punto, già Cass. civ., n. 9262/2002; in dottrina, S. PACCHI, *I concordati delle società*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Milano, 2009, 1533, nt. 34.

²⁶ Cfr. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese* cit., p. 114.

²⁷ V. Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20291.

²⁸ Si veda sul punto la numerosa giurisprudenza in tema di istanze di scioglimento/sospensione dei contratti bancari, laddove le pronunce richiedono unanimi che l’istante motivi e fornisca un’indicazione di massima dei caratteri del concordato preventivo che si intende proporre, evidenziando anche, seppur in via di approssimazione, il pregiudizio che se ne ricaverebbe dalla prosecuzione del rapporto giuridico in essere. Cfr: Trib Biella 13 novembre 2012, Trib La Spezia 24 ottobre 2012, Trib La Spezia, 25 ottobre 2012, Trib Mantova 27 settembre 2012, trib Monza 16 gennaio 2016, Trib. Novara 3 aprile 2013, tutti in www.ilcaso.it. Si veda anche il Trib Roma del 20 febbraio 2013, in www.ilfallimentarista.it, che ha previsto anche una prima relazione del professionista attestatore idonea ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità di quanto prospettato.

La legge prevede inoltre che solo gli atti straordinari da considerarsi *urgenti* possano essere compiuti (ovviamente se autorizzati) nella fase “prenotativa”: sono chiare le ragioni che hanno spinto in una fase così delicata e “precaria” il legislatore a richiedere requisiti più stringenti, meno chiara è la nozione di “urgenza”²⁹.

Si può ritenere che siano da considerarsi urgenti esclusivamente gli atti che, se non compiuti immediatamente, siano in grado di determinare un danno all’impresa o una mancanza di utilità per la massa^{30 31}.

Un altro aspetto di criticità risiede nel fatto che non è chiaro se l’autorizzazione possa essere anche preventiva e generale (ricalcando in qualche modo il meccanismo dell’art. 167, comma 3, L.F.), oppure se sia necessaria per ogni singolo atto: la lettera e la *ratio* della legge fanno propendere per quest’ultima interpretazione³².

In definitiva, il parere (obbligatorio, ma non vincolante) del Commissario giudiziale dovrà riguardare (fornendo così un adeguato supporto tribunale ai fini della sua valutazione) non soltanto la rispondenza dell’atto all’interesse dei creditori, ma anche l’esistenza delle ragioni dell’urgenza poste a fondamento della necessità del compimento di un atto che, se autorizzato, sarà assistito dal regime della prededuzione (ed esentato da revocatoria e da sanzioni penali) nel successivo eventuale fallimento³³.

B. Eventuale manifesta inidoneità dell’attività compiuta dal debitore alla predisposizione della proposta e del piano

Al riguardo, essendo il punto stato trattato in altra sede, si rammenta semplicemente che il provvedimento giudiziario di cui all’ottavo comma dell’art. 161 L.F., riguardante la riduzione dei termini inizialmente concessi per il deposito della proposta e del piano, può essere assunto anche d’ufficio dal tribunale, previa acquisizione del parere del Commissario (“sentito il debitore e il Commissario giudiziale”).

C. Eventuale richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

Il terzo comma dell’art. 182-*quinquies* L.F.³⁴, introdotto con il D.L. n. 83/2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 132/2015, prevede una nuova tipologia di finanziamenti funzionali a urgenti necessità relative all’esercizio dell’impresa.

²⁹ In questa particolare fase anticipatoria sarà quindi consentito al debitore il compimento di atti straordinari *non urgenti*.

³⁰ In tal senso, già, CNDCEC, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, cit., 16.

³¹ Trib Torino 3/01/2013 in www.ilcaso.it

³² A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese* cit., p. 378.

³³ Cfr. M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo* cit., pp. 7-8.

³⁴ Di cui si riporta per comodità il testo nella versione definitiva: “Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell’articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all’articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’articolo 182-*bis*, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell’articolo 182-*bis*, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d’urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell’articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all’esercizio dell’attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell’articolo 161, sesto comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all’azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell’istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”.

Premesso che sul piano letterale la disposizione potrebbe apparire applicabile non semplicemente nella fase “prenotativa”, ma addirittura *esclusivamente* in essa³⁵ e che il primo comma del medesimo articolo prevede già la possibilità per il tribunale di autorizzare finanziamenti prededucibili (anche) nella fase “prenotativa”, si tratta di concentrare l’attenzione sul terzo comma dal momento che in esso viene esplicitamente prevista la necessità di sentire (se nominato) il Commissario giudiziale.

Come nella fattispecie di cui all’art. 161, comma 7, L.F. in tema di atti di straordinaria amministrazione, anche in questa il fulcro della disposizione è *l’urgenza*, ribadita (in modo apparentemente ridondante) con riferimento tanto all’autorizzazione (“in via d’urgenza”) quanto alle esigenze dell’impresa (“urgenti necessità relative all’esercizio dell’attività aziendale”)³⁶: tanto che “il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all’azienda”.

E come nella fattispecie di cui all’art. 161, comma 7, L.F. si tratta comunque di valutare la rispondenza dell’atto, per cui si chiede autorizzazione, al compimento alle ragioni dei creditori: si ritiene infatti in dottrina e giurisprudenza che il principio del “*miglior soddisfacimento dei creditori*” (peraltro espresso nell’art. 182-*quinquies*, comma 1, L.F.) valga come criterio generale dell’intera procedura di concordato preventivo³⁷.

In sostanza, non si tratterebbe di finanziamenti interinali veri e propri, ma di quelle (di regola modeste) risorse di cui l’impresa ha impellente bisogno, in vista della richiesta dei (più ingenti) finanziamenti necessari a supportare l’attività aziendale durante la procedura³⁸. Tale impostazione sarebbe confermata anche dall’ultimo inciso della norma in commento la quale prevede che “*la richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda*”, nel sacrosanto tentativo di risolvere una questione di notevolissimo rilievo pratico costantemente presente nelle operazioni di ristrutturazione, consistente nella brusca interruzione dei fidi bancari (anticipi fatture) da parte degli istituti di credito.

L’aspetto più interessante ai nostri fini consiste nel fatto che non è richiesta l’attestazione da parte del professionista della funzionalità del “finanziamento urgente” alla migliore soddisfazione dei creditori: assenza di attestazione ragionevole considerata l’urgenza e le caratteristiche del finanziamento, il che rende, a nostro avviso, ancor più “preziosa” l’opera tecnica del Commissario giudiziale, il quale dovrà consentire al tribunale di valutare adeguatamente l’atto da autorizzare, e cioè fornire all’organo giurisdizionale (che certamente potrà anche discostarsi dal parere reso dal Commissario) il panorama informativo necessario. Anche in questo caso

³⁵ Sul tema, S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., pp. 44-45, il quale ritiene l’interpretazione aderente al dato letterale «irrazionale e perniciosamente limitativa dell’ambito di applicazione della norma».

³⁶ In tal senso, ancora S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., p. 44.

³⁷ Cfr. *ex multis*, A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?* in *Fall.*, 2013, da p. 1099.

³⁸ S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015* cit., p. 45.

appare rilevante un'adeguata informativa circa le specificità della proposta e del piano, senza la quale apparirebbe difficoltosa (se non impossibile) l'attività di verifica del Commissario e il conseguente parere.

D. Eventuale richiesta di autorizzazione a partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'art. 186-*bis*, comma 4, L.F. stabilisce che "successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del Commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale".

Anche in questo caso è dunque coinvolto (oltre al tribunale) il Commissario giudiziale: appare opportuno precisare che il coinvolgimento in questa fase si giustifica non tanto con la volontà di tutelare l'interesse della pubblica amministrazione alla corretta esecuzione del contratto, alla cui procedura di affidamento intende partecipare il debitore, quanto piuttosto quello dei creditori concorrenti, esposti al rischio di esito patologico del contratto e con scarse informazioni – in ordine sia alla proposta, sia al piano – in loro possesso³⁹.

5. Rapporti con organi e soggetti della procedura: tribunale, giudice delegato, ricorrente e professionista attestatore

A questo punto è opportuno precisare il rapporto tra il Commissario giudiziale nominato nella fase c.d. prenotativa con i) gli altri organi (tribunale) e ii) gli altri soggetti (debitore e professionisti) coinvolti a vario titolo nella procedura.

Innanzitutto, è opportuno sottolineare che si tende a ritenere il Commissario giudiziale un *organo* necessario della procedura, che assolve con discrezionalità tecnica e autonomia decisionale le proprie attribuzioni.

Quanto ai rapporti con gli organi della procedura, occorre in primo luogo sottolineare che, pur essendo il Commissario giudiziale nominato dal tribunale e pur potendo essere dallo stesso revocato, non esiste un rapporto di *dipendenza gerarchica*.

In secondo luogo merita di essere esaminata una specifica fattispecie, relativa ai rapporti tra Commissario giudiziale, da un lato, e tribunale e giudice delegato, dall'altro: il reclamo previsto dall'art. 36 L.F.⁴⁰ (applicabile in virtù del richiamo operato dall'art. 165 L.F.).

La soluzione è ancora oggi estremamente controversa.

Secondo parte della dottrina, la disposizione avrebbe senso con riferimento al reclamo avverso l'omessa attività di vigilanza. Secondo tale opinione, legittimati sono solo i creditori (ricompresi nella più ampia categoria

³⁹A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese* cit., p. 388.

⁴⁰ Ai sensi del quale, "contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge [...] e "se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento della autorità giudiziaria".

di “ogni altro interessato” prevista dall’art. 36 L.F.) e l’accoglimento del reclamo – che potrà essere proposto esclusivamente per *violazione di legge*, restando esclusa ogni censurabilità delle valutazioni e dei pareri del Commissario – imporrà al Commissario di adempiere a quanto omesso.

Secondo altra parte della dottrina, l’art. 36 L.F. non sarebbe invece applicabile dal momento che esso prevede il reclamo contro gli atti di amministrazione ed il Commissario giudiziale non ha funzioni di amministrazione: secondo questo orientamento, sarebbero a ben vedere applicabili al Commissario giudiziale (tra le disposizioni richiamate ex art. 165, comma 2, L.F.) soltanto l’art. 37, in materia di revoca, l’art. 38, comma 1, in materia di responsabilità e l’art. 39, in materia di compenso⁴¹.

Potrebbe forse avanzarsi una terza soluzione: la disposizione conserverebbe (*rectius*: acquisirebbe, a seguito della novella del 2015) un senso ed uno spazio applicativo, ma non con riferimento all’attività di vigilanza e tantomeno quindi nella fase “prenotativa”, ma in relazione a quelle ulteriori prerogative di *amministrazione attiva* che (ormai) spettano, su attribuzione del tribunale, al Commissario giudiziale nella fase (in realtà *esterna* alla procedura) dell’esecuzione del concordato ai sensi dell’art 185, commi 4 e 5, L.F. nel caso in cui il debitore non provveda al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla suddetta proposta o ne ritardi il compimento.

In effetti, con specifico riferimento al ruolo e alle funzioni del Commissario giudiziale, sembra piuttosto che il rimedio in relazione alle sue omissioni sia comunque quello della *revoca*: tema al quale, non a caso, è dedicato il prossimo paragrafo.

Tema fondamentale e delicato è quello che attiene invece ai rapporti con il debitore, e ciò anche con riferimento a quanto osservato a proposito sia della “miniriforma” del 2015 sia della specifica fase prenotativa: non soltanto nella fase anteriore all’ammissione alla procedura il ruolo e la stessa nomina del Commissario rispondono all’esigenza di evitare, o almeno ridurre, i rischi di abuso e di monitorare più da vicino l’attività del debitore, ma il D.L. n. 83/2015 ha anche accentuato gli aspetti “inquisitori” della figura del Commissario giudiziale.

Esiste tra i due soggetti uno stretto rapporto di collaborazione, in quanto il Commissario giudiziale dovrà vigilare sull’adempimento da parte del debitore degli obblighi informativi che dovranno avere cadenza mensile e dovranno ricomprendere non solo le informazioni relative alla gestione finanziaria dell’impresa, ma anche quelle relative all’attività compiuta ai fini della predisposizione del piano.

Questa è la fase in cui il debitore deve continuare a gestire l’attività con tutti i rischi che ciò comporta per il mantenimento dell’integrità del patrimonio, divenendo dunque fondamentale il ruolo di vigilanza del Commissario giudiziale, che infatti dovrà verificare la situazione nella quale versa l’azienda. Va precisato,

⁴¹ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese* cit., p. 368.

comunque, che il Commissario vigila sempre e solo per contro dei creditori, restando all'eventuale organo di controllo, nel caso in cui si tratti di società, l'attività di vigilanza sull'amministrazione nell'interesse dei soci, della società e degli altri stakeholders⁴².

Nelle imprese collettive e più precisamente nelle società di capitali, un proficuo scambio di informazioni coinvolgerà il commissario e l'organo di controllo⁴³, se presente, il quale a sua volta si relazionerà con l'incaricato della revisione legale.

Com'è ovvio, per svolgere adeguatamente il proprio ruolo, il Commissario giudiziale non potrà limitarsi a relazionarsi col solo debitore in crisi, ma anche con gli altri professionisti che affiancano l'azienda nella predisposizione del piano, ossia l'*advisor* finanziario ed il legale del debitore e con il professionista attestatore dai quali potrà eventualmente attingere tutte le informazioni rilevanti utili allo svolgimento della sua principale funzione in questa fase preliminare, quella della vigilanza generale.

6. Revoca e sostituzione del Commissario giudiziale nel Concordato Preventivo

Come sottolineato in premessa, anche per quel che concerne la revoca del Commissario giudiziale nel concordato preventivo con riserva, la normativa fa rinvio alla disciplina del fallimento in tema di revoca del curatore fallimentare.

Per espressa previsione normativa dell'art. 165 L.F. il Commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale⁴⁴; inoltre trovano applicazione gli artt. 36, 37, 38 e 39 L.F..

Tuttavia, a causa della diversità di funzioni, al Commissario giudiziale (e a maggior ragione nel concordato preventivo "con riserva") non è possibile estendere *integralmente* la disciplina della revoca del curatore, restando legittimati all'incombenza il giudice delegato ovvero il tribunale⁴⁵.

⁴² Aspetto messo in luce anche da S. FORTUNATO, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *Giur comm.*, I, 2016, p. 963 e ss..

⁴³ Sul punto, cfr. CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale, Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, settembre 2015, Norma 11.6. Vigilanza del collegio in caso di concordato preventivo ex art. 160 L.F. in cui si evidenzia il rapporto di reciproca collaborazione tra collegio sindacale e commissario giudiziale.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 30 L.F. al commissario giudiziale, come al curatore, è riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale. Il curatore opera infatti per il perseguimento dell'interesse generale alla corretta e sollecita gestione della procedura di esecuzione collettiva. Quando il curatore agisce per ricostituire il patrimonio del fallito o per procedere all'accertamento del passivo assume il ruolo di terzo, e da ciò deriva l'inopponibilità al fallimento delle scritture private prive della data certa (Cass. 23.6.2008, n. 17033; Cass. 30.1.2009, n. 2439). Quando invece il curatore esercita nei confronti di terzi i diritti o le azioni ricompresi nel patrimonio del fallito acquisisce la veste di sostituto del fallito e subentra nella medesima posizione giuridica del fallito (Cass. 8.2.2008, n. 3020; Cass. 21.5.2004, n. 9685; Cass. 4.6.2003, n. 8914).

In ogni caso, la qualifica di pubblico ufficiale non deriva dall'esercizio di funzioni strumentali al perseguimento di interessi di natura pubblicistica e generale, ma la funzionalizzazione dell'attività del curatore (come del commissario giudiziale) risponde alla tutela degli interessi privati dei creditori (cfr. L. ABETE, *sub art. 27*, in A. Jorio (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2006, pp. 545-546). La qualifica del come pubblico ufficiale riveste pratica importanza sul piano del diritto penale e dei reati fallimentari in particolare.

⁴⁵ In passato si è sostenuto che anche il debitore fosse legittimato a richiedere la revoca del commissario giudiziale.

A tal proposito, è bene evidenziare come il potere di revoca del tribunale non è del tutto discrezionale, come pure talvolta si legge: il tribunale può revocare il Commissario giudiziale (in virtù del rimando all'art. 37 effettuato dall'art. 165 L.F.) solo in presenza di violazioni di legge (cioè in presenza di inadempimento o di violazione di obblighi imposti al Commissario giudiziale dalla legge o da provvedimenti giudiziari, mai per semplici ragioni di opportunità. In altri termini, come è a dirsi per il curatore, il tribunale sceglie discrezionalmente il Commissario giudiziale, ma non altrettanto discrezionalmente può revocarlo.

Non a caso il decreto con il quale il tribunale provvede deve essere *motivato* ed è suscettibile di *reclamo* alla corte d'appello ai sensi dell'art. 26 L.F..

L'obbligo di motivazione ha appunto lo scopo di consentire il reclamo avverso il decreto, da proporsi dinnanzi alla Corte d'appello⁴⁶. Il provvedimento è quindi provvisoriamente esecutivo⁴⁷ dal momento che il reclamo non sospende l'efficacia del provvedimento di revoca.

Si ricorda peraltro che la revoca non è l'unico caso in cui si renda necessaria la sostituzione del commissario giudiziale: entro questa più generale categoria possono ricomprendersi, infatti, tanto l'ipotesi di morte o dimissioni (*ad nutum* ovvero per giusta causa, comunque sempre con effetti a decorrere dall'insediamento del nuovo Commissario giudiziale), nel quale caso il tribunale provvede alla sua *sostituzione* in virtù dei poteri conferiti ai sensi dell'art.163 L.F., quanto l'ipotesi di *decadenza*, la quale è configurabile ogniqualvolta, successivamente alla accettazione della carica, sopraggiunga una delle situazioni di incapacità assoluta (interdizione, inabilitazione, etc.) o speciale (incompatibilità: coniuge, parente, affine, etc.), ovvero di perdita dei requisiti necessari per la nomina.

7. Casi di Cessazione dalla carica nel periodo “prenotativo” e relativi adempimenti

La cessazione dell'incarico del Commissario giudiziale nella prima fase del concordato c.d. “prenotativo” può essere determinata dai seguenti eventi: (i) dichiarazione di inammissibilità della procedura da parte del tribunale (anche nei casi di rinuncia del debitore, mancata presentazione del piano nei termini fissati dal tribunale) (ii) revoca della procedura ex art. 173 L.F.; (iii) deposito nei termini concessi dal Tribunale di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* L.F.

⁴⁶ M. FERRO, *La legge fallimentare*, 2014, p. 1242.

⁴⁷ M. CAFFI, *Il concordato preventivo*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, 2007, p. 642.

7.1. Inammissibilità della procedura

Qualora il debitore non rispetti la scadenza definita dal tribunale per il deposito della documentazione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo, L.F., e non depositi in alternativa una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* L.F., il tribunale, ai sensi dell'articolo 162, commi secondo e terzo, L.F.⁴⁸, dichiara l'inammissibilità della proposta di concordato con decreto non reclamabile.

L'inammissibilità della procedura concordataria, per espresso richiamo all'art. 162 L.F., potrà dichiararsi anche nel caso in cui il debitore violi gli obblighi informativi periodici previsti dall'art. 161, ottavo comma L.F.

Il Commissario giudiziale dovrà riferire al tribunale l'eventuale sussistenza delle cause innanzi illustrate.

7.1.1. Rinuncia del Debitore alla presentazione del Piano

La domanda di concordato è rinunciabile in ogni tempo da parte del debitore⁴⁹ ed il Commissario giudiziale cessa dall'incarico all'atto del decreto di estinzione della procedura emesso dal Tribunale.

Com'è noto, il D.L. 83/2015 aveva previsto l'impossibilità di nomina a curatore per chi avesse "svolto la funzione di Commissario giudiziale in relazione a procedura di concordato per il medesimo debitore" o fosse "unito in associazione professionale" con chi avesse svolto tale funzione. La legge di conversione 6 agosto 2015, n. 132 ha invece *eliminato* tale incompatibilità: il che sembra senz'altro opportuno dal momento che un divieto *assoluto* di nomina nella forma della incompatibilità sembra porsi in contrasto con le ragioni di efficienza e di riduzione dei costi delle procedure concorsuali (si pensi al rischio di perdita del bagaglio di conoscenza del Commissario). Da un lato, sul piano giuridico, è arduo giustificare perché, ad esempio, il Commissario giudiziale non possa essere nominato curatore per il semplice fatto che il debitore sia rimasto inerte e non abbia depositato nei termini assegnatigli la documentazione necessaria (con il rischio quindi di dare luogo a possibili difficoltà di trovare professionisti competenti che accettino di svolgere l'incarico di pre-Commissario giudiziale nella fase prenotativa), dall'altro, e più in generale, l'incompatibilità appare difficilmente giustificabile tutte le volte in cui al professionista chiamato ad operare in una delle procedure non possa essere imputato alcunché a titolo di responsabilità (tanto più che rileva anche la colpa lieve).

⁴⁸ Ai sensi del quale "Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore. Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'articolo 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato".

⁴⁹ Cfr. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Artt. 160-186, 1979, p. 98, il quale, nel sistema originario della legge fallimentare, sottolineava, aderendo all'impostazione c.d. *processualistica* della natura del concordato preventivo, che "poiché la domanda di concordato è una domanda giudiziale, il cui esercizio è riservato al monopolio del debitore insolvente [attualmente anche semplicemente in stato di crisi], anche la rinuncia a far valere tale strumento rientra nella sfera della sua illimitata disponibilità".

7.2. Revoca della procedura

La revoca della procedura è disciplinata dall'art. 173 L.F. che prevede le seguenti fattispecie: il compimento di atti di frode; l'esecuzione, durante la procedura, di atti straordinari non autorizzati ai sensi dell'art. 167 L.F.

Ai sensi dell' art. 161, sesto comma, L.F., *“Il Commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18”*.

Ne consegue che il Commissario giudiziale, qualora ricorra una delle ipotesi di cui all'art. 173 L.F., ha l'obbligo di informare il tribunale, il quale apre d'ufficio, anche nella fase interinale introdotta dalla domanda con riserva, il procedimento per la revoca del concordato, dandone contestuale e tempestiva notizia al pubblico ministero ed ai creditori.

Il procedimento di revoca deve svolgersi nelle forme di cui all'art. 15 L.F., e quindi secondo il rito camerale prefallimentare. Il tribunale sancisce l'esito del procedimento con decreto e, se questo sfocia nella revoca del concordato, può pronunciare sentenza dichiarativa di fallimento a due condizioni: essendo stata eliminata la possibilità di dichiarazione d'ufficio di fallimento, è necessario, da un lato, che vi sia l'istanza d'un creditore o del Pubblico Ministero e, dall'altro, essendo i presupposti oggettivi delle due procedure diversi, che ricorrano i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 L.F..

In base a quanto recita l'art. 173 L.F. *“Il Commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al Tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori”* e le stesse disposizioni *“si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”*.

L'art. 173 L.F. attribuisce al Commissario giudiziale l'iniziativa per la revoca del concordato, ma non può escludersi un intervento autonomo del tribunale, atteso che il primo comma di questa stessa norma prevede il potere d'aprire d'ufficio il procedimento di revoca⁵⁰.

⁵⁰ Si segnala Trib. Bergamo, decreto del 5 ottobre 2015, con cui è stato revocato il provvedimento di ammissione a concordato preventivo a seguito di relazione ex art. 173 L.F. che si basava, tra l'altro, sulla ricorrenza di atti in frode nell'ambito della gestione caratteristica esercitata nella c.d. fase preconcordataria. Lo stesso decreto mette in luce che, qualora si depositi il piano di concordato liquidatorio, la gestione caratteristica della società cessa alla data di presentazione del piano, momento in cui si realizza la cristallizzazione del patrimonio a garanzia dei crediti concorsuali.

Del resto, il Commissario giudiziale del concordato preventivo non è parte in senso formale o sostanziale del subprocedimento di revoca, aperto d'ufficio dal tribunale ai sensi dell'art. 173 L.F. (nella formulazione introdotta dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), come palesato dal fatto che la norma non prevede alcuna comunicazione nei suoi confronti, pur non precludendone la partecipazione; ne deriva che il medesimo non è nemmeno legittimato ad impugnare il provvedimento con il quale la corte d'appello abbia riformato il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo emesso dal tribunale⁵¹.

7.3. Deposito di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. (cd. passerella)

La domanda di concordato prenotativo permette al debitore di ottenere il tempo necessario per valutare e predisporre le possibili strade alternative per far fronte alla crisi della propria attività d'impresa. Entro lo scadere dei termini fissati dal tribunale, il debitore è tenuto a presentare il piano di concordato definitivo con la necessaria documentazione di cui all'art. 161, secondo e terzo comma, L.F. ovvero può depositare domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'art. 182-bis, primo comma, L.F. (c.d. swicht).

Il legislatore ha di fatto introdotto una sorta di consecuzione fra due strumenti di composizione concordata della crisi che si potrebbe meno tecnicamente definire una "passerella", in quanto si transita da un procedimento all'altro, ma con conservazione degli effetti⁵².

Secondo il disposto normativo presentando un accordo di ristrutturazione entro i termini assegnati dal tribunale ex art. 161, sesto comma, L.F., gli effetti prodotti dal ricorso per concordato con riserva dovrebbero conservarsi fino all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Tuttavia, approfondendo criticamente l'analisi del dato normativo, non appare del tutto corretta l'interpretazione che vuole un'automatica conservazione di tutti gli effetti del concordato con riserva nel successivo accordo di ristrutturazione. È, infatti, difficile sostenere che la "passerella" possa trascinare effetti che l'art. 182-bis L.F. non prevede affatto, in particolare gli effetti propri del concordato, dettati dall'art. 168 L.F. e non riprodotti nell'art. 182-bis L.F. per gli accordi di ristrutturazione, i quali dunque devono per forza di cose venir meno qualora il debitore scelga tale strada.

Senza entrare nel merito degli effetti di protezione, fuori ambito rispetto all'oggetto di questo documento, dobbiamo qui esaminare le conseguenze sulla figura del Commissario giudiziale, nominato nella fase prenotativa della procedura, considerato che l'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. non contempla la figura del Commissario giudiziale. Va detto, al riguardo, che secondo una parte della giurisprudenza, anche con riferimento all'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il legislatore, richiamando gli effetti di cui all'art. 161 sesto comma L.F. abbia voluto riferirsi anche al controllo di vigilanza degli organi della procedura

⁵¹ Cassazione civile, sez. I, del 21 febbraio 2014.

⁵² M. FABIANI, *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 16 gennaio 2013, p. 3.

sino all'omologa e quindi nel caso in cui sia stato nominato il Commissario giudiziale “*lo stesso debba proseguire nell'attività di vigilanza sino all'omologa e riferire immediatamente al Tribunale in caso il debitore ponga in essere una delle condotte previste dall'art. 173 L.F. al fine di instaurare il procedimento ex art. 15 L.F.*”⁵³.

Aderendo a questo orientamento, il Commissario giudiziale prosegue la propria attività di vigilanza anche successivamente al deposito dell'accordo, rimanendo quindi in carica sino al decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione del tribunale ponendo in essere l'attività di vigilanza ai fini di cui all'art. 173 L.F.

8. Compenso del Commissario giudiziale

Il D.M. n. 30 del 25 gennaio 2012, in merito alla determinazione del compenso del Commissario giudiziale, richiede l'applicazione delle percentuali minime e massime sui valori di attivo (*realizzato* – ove si tratti di concordato liquidatorio – o risultante dall'inventario ex art. 172 L.F. – ove si tratti di concordato in continuità aziendale) e di passivo (risultante dall'inventario ex art. 172 L.F.); l'art. 5 del D.M. n. 30/2012 precisa che tale compenso comprende anche l'opera prestata successivamente all'omologa.

Occorre tuttavia considerare che non tutte le procedure si perfezionano con l'ammissibilità: in tali casi, come abbiamo visto, il procedimento si interrompe ed il Commissario giudiziale termina il proprio mandato. Per il caso in cui alla fase “prenotativa” di concordato preventivo non segua l'ammissione alla procedura il Legislatore non ha previsto una specifica modalità di quantificazione del compenso. Infatti, nel caso di improcedibilità, l'attività prestata del Commissario giudiziale non trova riscontro definito nella previsione normativa.

Al riguardo sono stati espressi sostanzialmente due orientamenti.

- a) è stato in primo luogo ipotizzato, ai fini della liquidazione del compenso, di ricondurre la figura del Commissario giudiziale all'ausiliario del giudice; in alcuni casi i tribunali hanno liquidato il compenso considerando l'attività prestata analoga a quella dei CTU e quindi in base al D.P.R. n. 115/2002 ed all'art. 2 del D.M. 30 maggio 2002 avendo a riferimento l'attivo ed il passivo sociale⁵⁴. Tale ipotesi, non soltanto appare difficilmente giustificabile sul piano della qualificazione astratta della figura del Commissario giudiziale, che come detto non può mai ridursi a quella di mero “ausiliario” del giudice⁵⁵, ma appare anche insufficiente allo scopo di consentire di parametrare più agevolmente un idoneo compenso.
- b) Nell'intento di rimanere più aderenti al dato positivo, occorre considerare che nell'eventualità di concordato liquidatorio il compenso del Commissario deve essere determinato tenendo conto

⁵³ Cfr. Tribunale di Velletri 19 marzo 2014.

⁵⁴ Cfr. Tribunale di Reggio Emilia 6 marzo 2013; Tribunale di Rovereto 24 aprile 2014.

⁵⁵ E v. infatti Cassazione civile, sez. I, 11 aprile 2011, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*.

dell'attivo realizzato e del passivo indicato nell'inventario, invece nei concordati in "forme diverse" dalla liquidazione (ad esempio in continuità aziendale) deve essere parametrato all'attivo e al passivo risultanti dall'inventario.

Nel caso in questione, il compenso spettante al Commissario giudiziale per l'attività svolta nell'ambito del concordato "con riserva" di cui all'articolo 161, comma 6, L.F. deve essere liquidato tenendo conto dell'attivo e del passivo risultante da bilancio⁵⁶.

Tuttavia, tenuto conto che i compensi di cui al D.M. n. 30/2012 comprendono le attività *ante* e *post* omologa, e preso atto che in questo caso l'attività del Commissario giudiziale viene meno con la dichiarazione di improcedibilità della procedura, è ipotizzabile considerare un abbattimento percentuale del compenso; d'altra parte, è vero che tale percentuale è difficile da parametrare in quanto ogni procedura richiede svariate tipologie di impegno profuso. Tale calcolo quindi si rivelerebbe inadeguato ove si prendesse in considerazione soltanto il profilo della durata dell'incarico e si sottovalutasse il profilo dell'impegno e della responsabilità professionale riconducibili all'attività del Commissario giudiziale (anche) in costanza della fase "prenotativa" del concordato preventivo. Ai fini di una più corretta graduazione, tale abbattimento potrà essere utilmente determinato su un compenso calcolato sulla base dei margini di elasticità lasciati dal citato D.M. n. 30/2012, ed in particolare calibrare l'oscillazione fra i minimi ed i massimi previsti alla variabile *complessità* dell'incarico. In secondo luogo, può notarsi che forse potrebbe risultare opportuno prevedere in modo esplicito che il compenso e le spese di procedura destinate a soddisfare il compenso del Commissario giudiziale per l'attività svolta nel periodo tra la nomina e la presentazione della proposta del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo di cui all'art. 161 L.F., vengano determinati nel decreto di concessione dei termini⁵⁷. Tale soluzione si lascia preferire e potrebbe essere sostenuta applicando in via analogica l'art. 163, comma 4, L.F., e dunque il deposito da parte del ricorrente (su ordine del tribunale) di una somma per sostenere le spese della procedura.

Tra l'altro, il deposito di una somma vincolata alla liquidazione del compenso del Commissario giudiziale, calcolata come sopra evidenziato, potrebbe contribuire a dimostrare la serietà dell'iniziativa intrapresa dal debitore e la reale volontà di presentare effettivamente un piano concordatario e non quindi di utilizzare lo strumento del concordato prenotativo in maniera abusiva, e cioè a soli fini dilatori del fallimento.

Merita infine un cenno il tema del compenso nell'ipotesi di composizione plurima dell'organo della procedura. Poiché il compenso è liquidabile al termine della procedura e secondo il principio dell'unicità del compenso e della sua misura nei limiti stabiliti per la composizione unitaria dell'organo in esame, consegue che la

⁵⁶ Tribunale di Roma, 9 ottobre 2014, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, che allude esclusivamente al criterio del passivo dichiarato.

⁵⁷ È questa del resto la prassi adottata da molti tribunali (per esempio dal Tribunale di Imperia).

composizione plurima dell'organo della procedura del Commissario giudiziale non comporta la liquidazione del relativo compenso in rapporto al numero dei professionisti nominati.

Il compenso spettante al Commissario giudiziale, determinato comunque secondo i parametri di cui al D.M. n. 30/2012, pertanto, è unico ed è da dividersi tra i componenti⁵⁸. Ovviamente, se la complessità della procedura ha indotto a nominare il Commissario giudiziale in composizione plurima, il medesimo motivo sarà certamente tenuto nella dovuta considerazione ai fini della quantificazione del compenso.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Tribunale di Benevento, 29 agosto 2013, in *Fall.*, 2013, p. 1405, il quale ha avuto modo di affermare che “per evidenti ragioni di efficienza economica e in considerazione dell’effetto sinergico dell’attività svolta dai tre componenti del collegio, il compenso finale ad esso spettante, da determinare secondo i consueti criteri dettati dal D.M. 30/2012, non può comunque superare quello previsto a favore di un unico commissario giudiziale, dovendosi quindi procedere alla suddivisione dell’unico onorario complessivo, nella misura che verrà liquidata dal tribunale, per la quota di un terzo in favore di ciascun professionista”. Sull’aspetto, già CNDCEC, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, cit., 12.