

CAPITOLO XIII

IL CONCORDATO FALLIMENTARE *

SOMMARIO: 1. La disciplina previgente ed il dibattito teorico sulla natura dell'istituto. – 2. La « filosofia » del nuovo concordato. – 3. La proposta di concordato: legittimazione e contenuto. – 4. *Segue*. Il concordato con assunzione. – 5. Esame della proposta e provvedimenti del giudice delegato. – 6. *Segue*. Il caso della pluralità di proposte. – 7. Il voto sulla proposta e l'approvazione del concordato. – 8. Il giudizio di omologazione e quello di reclamo. – 9. Esecuzione ed effetti del concordato. – 10. Risoluzione e annullamento del concordato. – 11. Il concordato delle società e dei soci.

1. - *La disciplina previgente ed il dibattito teorico sulla natura dell'istituto.*

La legge del 1942, non diversamente da quella odierna, disciplinava il concordato c.d. fallimentare nell'ambito del Capo VIII, dedicato alla cessazione della procedura di fallimento, coerentemente col fatto che esso costituiva (e costituisce) un modo di porvi fine diverso ed ulteriore rispetto ai casi di chiusura di cui all'art. 118.

I tratti salienti della normativa anteriore alla riforma del 2006 possono così sintetizzarsi.

La proposta di concordato poteva essere presentata esclusivamente dal fallito e doveva prevedere il pagamento integrale dei crediti prededucibili e di quelli privilegiati.

Il giudice delegato, destinatario della domanda, era chiamato ad un primo vaglio della legittimità del ricorso e della convenienza della soluzione prospettata dal fallito: egli poteva infatti disporre che la proposta non venisse neppure comunicata ai creditori, bloccandola così *in limine*.

Se la proposta era sottoposta ai creditori, occorreva, per la sua approvazione, una duplice maggioranza: quella per teste degli aventi diritto al voto e quella per importo, pari ai due terzi della somma dei loro crediti.

Una volta che la proposta fosse stata approvata attraverso il meccanismo del silenzio-assenso, il tribunale procedeva all'omologazione solo previa verifica, da un lato, dell'osservanza di quanto stabilito dalla legge « per l'ammiss-

* Il presente contributo è destinato al volume AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, di imminente pubblicazione nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, tomo 2°, Cedam, 2008 (nonché, con alcune integrazioni, agli *Studi in onore di Franco Di Sabato*)

sione e per la validità del concordato », dall'altro della convenienza della soluzione concordataria e della serietà delle garanzie offerte; verifica, questa, da effettuarsi a prescindere dalla proposizione di opposizioni ad opera dei creditori dissenzienti o di chiunque altro vi avesse interesse.

Al cospetto di una disciplina così descritta *per summa capita*, la giurisprudenza e soprattutto la dottrina ⁽¹⁾ si erano affaticate nel tentativo di delineare la natura giuridica del concordato fallimentare, in un dibattito che vedeva giudici e autori su posizioni differenti e, ad un tempo, articolate al proprio interno.

In letteratura tendeva a prevalere la concezione privatistica, in base alla quale il concordato rappresentava un accordo fra il fallito e i suoi creditori e la sentenza di omologazione una semplice condizione di efficacia ⁽²⁾. Non vi era tuttavia identità di vedute, fra gli aderenti a quest'impostazione, sulla qualificazione da attribuire a detta vicenda negoziale: una transazione della « lite esecutiva » con annesso *pactum de non petendo* secondo alcuni ⁽³⁾, una novazione oggettiva dell'obbligazione ⁽⁴⁾ o una remissione del debito secondo altri ⁽⁵⁾; mentre secondo altri ancora a seguito dell'esecuzione del concordato permaneva, in capo al debitore, un'obbligazione naturale nei limiti della parte eccedente la percentuale concordataria ⁽⁶⁾.

Non mancavano peraltro, in dottrina, i fautori della tesi pubblicistica, i quali valorizzavano l'aspetto procedurale dell'istituto del concordato e la finalità di rimuovere lo stato d'insolvenza, individuando nella pronuncia di omologazione il momento perfezionativo della fattispecie ⁽⁷⁾.

Di là dalla constatazione delle limitate implicazioni del dibattito sul piano applicativo ⁽⁸⁾, appariva in realtà più convincente l'opinione di quanti

⁽¹⁾ Per gli opportuni riferimenti dottrinali v., da ultimo, CAVALAGLIO, sub *art.* 129, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, II, Bologna, 2006, 2019.

⁽²⁾ AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 1043; FERRARA-BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, 635; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 391, cui *adde*, con riferimento alla disciplina riformata, CENSONI, *Il concordato fallimentare*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto Fallimentare*, Padova, 2007, 365.

⁽³⁾ FERRARA-BORGIOLO, *op. cit.*, 635.

⁽⁴⁾ AZZOLINA, *op. cit.*, 1043.

⁽⁵⁾ BRONZINI, *Concordato fallimentare: natura, definizione, conseguenze*, in *Dir. fall.*, 1987, II, 757.

⁽⁶⁾ SATTA, *op. cit.*, 393; CENSONI, *op. cit.*, 366.

⁽⁷⁾ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1783 ss.; RAGUSAMAGGIORE, *Diritto Fallimentare*, Napoli, 1974, 743; SANDULLI, *Sul concordato fallimentare con proposta di pagamento integrale dei creditori*, in *Dir. fall.*, 1990, II, 276.

⁽⁸⁾ Per questa constatazione v., in luogo di altri, BIGIAVI, *Concordato fallimentare e matrimonio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 864, cui *adde* BONSIGNORI, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 131; DE FERRA, *Manuale di diritto falli-*

sottolineavano la natura mista del concordato, in virtù della compresenza di aspetti privatistici e pubblicistici, sostanziali e processuali ⁽⁹⁾. E nella stessa direzione si era espressa parte della giurisprudenza di merito ⁽¹⁰⁾, sebbene quella di legittimità restasse saldamente attestata sulla tesi pubblicistica, l'adesione alla quale veniva fondata essenzialmente sull'assunto, per vero discutibile, che la legge subordina alla sentenza di omologazione il perfezionamento del concordato, configurandosi l'accordo fra il fallito ed i suoi creditori alla stregua di semplice presupposto ⁽¹¹⁾.

2. - La « filosofia » del nuovo concordato.

L'attuale disciplina dell'istituto, quale si è venuta a delineare all'esito dei successivi interventi riformatori del 2006 ⁽¹²⁾ e del 2007 ⁽¹³⁾, è impron-

mentare, Milano, 1989, 265-266.

⁽⁹⁾ LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 489; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 716 ss.; RONCOLETTA, sub art. 124, in *Codice del fallimento*, a cura di Pajardi, Milano, 2001, 900.

⁽¹⁰⁾ Trib. Vicenza, 28 giugno 1993, in *Fallimento*, 1993, 85.; Trib. Milano, 6 luglio 1995, *ivi*, 1995, 1294.

⁽¹¹⁾ Cass., 19 gennaio 1984, in *Dir. fall.*, 1984, II, 448, secondo la quale « gli effetti del concordato fallimentare non derivano dalla convenzione delle parti a contenuto remissorio o liberativo, ma dalla legge, che attribuisce alla sentenza di omologazione l'effetto di sovrapporsi agli accordi tra le parti, che ne costituiscono soltanto il presupposto e che in essa sono trasfusi e rimangono assorbiti ».

⁽¹²⁾ Sulla disciplina del concordato fallimentare introdotta dalla riforma « organica » v., fra gli altri, SCHIAVON, *Il nuovo concordato fallimentare: legittimazione, contenuti della proposta, modalità, i tempi della sua presentazione, l'assuntore*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di Fabiani e Patti, Milano, 2006, 211 ss.; NARDECCHIA, *Concordato fallimentare*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, IV, Agg., Padova, 2006, 37; STANGHELLINI, sub art. 124, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 1947 ss.; BLATTI-MINUTOLI, sub art. 124, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2007, 981 ss., nonché, nell'ambito della letteratura manualistica, TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 485 ss.; CENSONI, *op. cit.*, 365 ss.; PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 359 ss.

⁽¹³⁾ Fra i saggi specificamente dedicati al concordato fallimentare dopo il decreto « correttivo » v. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 147 ss.; SANZO, *Il concordato fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma « organica » al decreto « correttivo »*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 419 ss.; MASCARELLO, *Il concordato fallimentare: le novità del decreto « correttivo »*, *ivi*, 461 ss.; JACHIA, *Il concordato fallimentare*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, 571 ss. cui *adde*, fra le opere a carattere generale, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, 271 ss.; GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, in AA.VV., *Di-*

tata ad un mercato *favor* per la soluzione concordataria ⁽¹⁴⁾.

Ciò si evince, anzitutto, dal fatto che legittimato a proporre il concordato non è più soltanto il fallito, bensì *qualunque soggetto terzo*: il che rappresenta, ad avviso di chi scrive, la novità più rilevante del nuovo quadro normativo ⁽¹⁵⁾ (giacché consente fra l'altro, nel caso di concordato con assunzione, che il patrimonio dell'imprenditore fallito passi di mano senza il consenso di questi, bastando quello dei suoi creditori) e risulta coerente col fatto che l'obiettivo primario del proponente – date l'eliminazione degli effetti personali più afflittivi del fallimento e la fruibilità dell'esdebitazione, ad opera delle persone fisiche, a prescindere dal concordato – risiede oggi nell'acquisizione dell'attivo fallimentare in senso lato, comprensivo, cioè, delle azioni spettanti al fallito ed alla massa dei creditori. Di qui la possibilità che si crei un vero e proprio mercato delle imprese decotte ⁽¹⁶⁾, la cui appetibilità dipende essenzialmente dal valore dei cespiti caduti nel fallimento e dalla fruttuosa esperibilità di azioni recuperatorie, risarcitorie e restitutorie (in particolare, per le procedure disciplinate dalla legge anteriore alla « miniriforma » del 2005, le revocatorie fallimentari).

Altro fattore incentivante è costituito dalla possibilità di prospettare il soddisfacimento dei creditori « attraverso qualsiasi forma » (quindi anche con mezzi diversi dal denaro), nonché – ciò che più conta – di proporre il pagamento parziale dei crediti assistiti da cause di prelazione, ancorché tale

ritto fallimentare. Manuale breve, Milano, 2008, 131 ss. Da ultimo, con particolare ampiezza, si vedano i volumi collettanei *Il concordato fallimentare*, a cura di Pacchi, Milano, 2008, e *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, nonché GUGLIELMUCCI, sub *art. 124*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, 1204 ss. Sul tema deve infine segnalarsi il ponderoso e stimolante lavoro monografico di FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, il cui dattiloscritto provvisorio lo scrivente ha potuto consultare grazie alla cortesia dell'Autore.

⁽¹⁴⁾ Questo aspetto accomuna il concordato fallimentare a quello preventivo, le cui discipline sono, non a caso, venute ad avvicinarsi sensibilmente sotto vari profili. Ciò non toglie, tuttavia, che il primo rappresenti un modo di chiusura del fallimento, mentre il secondo miri ad evitarlo. Di qui l'inopportunità di trattare congiuntamente gli istituti, come pure taluni, a livello manualistico, hanno ritenuto di fare (GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, cit., 131 ss., nonché CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 285 ss., il quale ha intitolato l'ultimo capitolo « Il concordato giudiziale preventivo ed incidentale »).

⁽¹⁵⁾ Cfr. STANGHELLINI, *op. cit.*, 1948, il quale sottolinea che, « con l'innovazione forse più rilevante della riforma del concordato fallimentare, il legislatore ha spezzato il monopolio del fallito sulla proposta di concordato ».

⁽¹⁶⁾ E sul punto v. PACCHI, *Chi e quando si può presentare una proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Pacchi, cit., 40, ove il rilievo che il legislatore ha ritenuto che « anche un'impresa in stato d'insolvenza possa presentare un'utilità sulla quale investire ».

ipotesi sia subordinata alla condizione che il piano di concordato preveda la loro soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata del professionista all'uo-
po incaricato dal tribunale (art. 124, 3° comma).

Un ulteriore elemento che concorre a facilitare lo sbocco concordatario risiede nell'eliminazione di una serie di poteri ostativi in precedenza previsti in capo agli organi della procedura. È venuta meno, in primo luogo, la funzione di controllo preliminare di merito del giudice delegato, il quale deve oggi limitarsi ad acquisire il parere del curatore e quello, *favorevole*, del comitato dei creditori, valutare la *ritualità* della proposta e ordinare che la stessa, unitamente ai suddetti pareri, venga comunicata ai creditori. In secondo luogo, al tribunale è sottratto, in sede di omologazione, ogni sindacato sulla convenienza della proposta tutte le volte in cui non vi siano opposizioni, dovendo semplicemente verificare, in base al disposto del 4° comma dell'art. 129, la *regolarità* della procedura e l'esito della votazione. In terzo luogo, l'iniziativa per l'eventuale risoluzione del concordato non compete al tribunale d'ufficio, né al curatore, ma è rimessa esclusivamente a ciascuno dei creditori.

Questo sensibile ridimensionamento delle prerogative del giudice delegato e del tribunale appare coerente con il complessivo disegno riformatore, improntato ad un generale arretramento della funzione giurisdizionale e ad una contestuale valorizzazione del ruolo dei creditori. Nel nuovo concordato fallimentare l'autorità giudiziaria è insomma chiamata a svolgere una funzione di tipo arbitrale, intesa come garanzia del rispetto delle regole del gioco, e ciò in modo ancor più accentuato rispetto a quanto accade nel concordato preventivo, dove in base all'art. 173 è possibile, per il tribunale, arrestare la procedura « se in qualunque momento risulti che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato ».

Il mutato quadro normativo appare dunque caratterizzato da un'obiettiva accentuazione, rispetto al passato, del carattere privatistico dell'istituto, anche se può tuttora dubitarsi che esso sia riducibile *sic et simpliciter* ad un accordo ⁽¹⁷⁾, stanti, a tacer d'altro, le persistenti regole circa l'indefettibilità

(17) Nel vigore della legge del 2006 si è affermato che sarebbe « ben difficile parlare persino di “accordo” nel caso in cui ad avanzare la relativa proposta sia il curatore » (STANGHELLINI, *op. cit.*, 1950). In realtà, queste perplessità potevano forse essere fugate sulla scorta del rilievo che l'ordinamento ammette la figura del contratto con se stesso, che è valido, in base all'art. 1395 c.c., ogniqualvolta il contenuto negoziale sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi e, comunque, il rappresentato lo abbia espressamente auto-

dell'omologazione giudiziale e la sua obbligatorietà anche per quei creditori che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo fallimentare (che appare dunque francamente arduo considerare parti di un accordo) ⁽¹⁸⁾.

3. - *La proposta di concordato: legittimazione e contenuto.*

Secondo quanto stabilito dal 1° comma dell'art. 124, la proposta di concordato può essere presentata dal fallito, da uno o più creditori o da un terzo (espressione, quest'ultima, che sarebbe stata sufficiente a ricomprendere anche ciascun creditore, in quanto appunto terzo rispetto al fallito, donde la tendenziale superfluità del riferimento a « uno o più creditori », se non nell'ottica di consentire espressamente la loro legittimazione) ⁽¹⁹⁾.

Il trattamento normativo varia tuttavia a seconda di chi sia il soggetto proponente.

Se si tratta di un terzo, egli può procedervi in qualunque momento, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché sia stata tenuta la contabilità ed i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato.

Ove intenzionati a proporre il concordato siano il fallito o soggetti a lui collegati (società cui egli partecipi o società sottoposte a comune controllo) ⁽²⁰⁾, come pure – deve ritenersi – nell'ipotesi in cui il terzo proponente indichi uno di tali soggetti come assuntore, la domanda non può essere presentata se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato pas-

izzato (ciò che poteva ravvisarsi, verosimilmente, nella relazione del comitato dei creditori di cui al previgente art. 129, 2^a comma). Il problema, ad ogni modo, è oggi risolto in radice per effetto dell'eliminazione della facoltà, da parte del curatore, di proporre il concordato.

⁽¹⁸⁾ Ad applicare puramente i precetti in materia negoziale, invero, i creditori non insinuati dovrebbero restare insensibili al concordato, in virtù del principio di relatività del contratto *ex art. 1372 c.c.*

⁽¹⁹⁾ Quanto al voto che, in tal caso, il creditore sarebbe chiamato ad esprimere sulla propria stessa proposta, a detta di alcuni deve ritenersi che, data la situazione di conflitto d'interessi, non operi il meccanismo del silenzio assenso e che sia parimenti preclusa al proponente un'adesione espressa, essendo senz'altro opportuno che egli dichiari già nella proposta di concordato di rinunciare al voto (cfr. STANGHELLINI, *op. cit.*, 1954, nota 14).

⁽²⁰⁾ Secondo STANGHELLINI, *op. cit.*, 1953, « la mancata inclusione della stessa società controllante fra i soggetti collegati al fallito appare frutto di una svista, che deve essere corretta mediante l'interpretazione analogica ».

sivo. Se al momento del deposito del ricorso non sia ancora intervenuto il provvedimento di esecutività dello stato passivo, debbono sussistere le medesime condizioni di cui sopra (tenuta della contabilità ed elenco provvisorio dei crediti).

Per quanto concerne il limite di un anno dal fallimento, il punto è stato oggetto di serrato dibattito all'indomani della novella del 2006 (che aveva stabilito un periodo di sei mesi), in quanto si è sostenuto, da parte di alcuni, che in tal modo il debitore fallito veniva a trovarsi in una posizione più sfavorevole rispetto agli altri legittimati ⁽²¹⁾; posizione non giustificabile, in questa prospettiva, neppure con un presunto incentivo all'utilizzazione della procedura alternativa di concordato preventivo. In sede di redazione del decreto « correttivo » del 2007 è al contrario prevalsa, giustamente ad avviso di chi scrive, l'impostazione di quanti consideravano il semestre un arco di tempo insufficiente ad orientare il debitore verso l'accesso al concordato preventivo, sul presupposto, senz'altro condivisibile, che l'opzione ordinamentale è nel senso di favorire il ricorso alla soluzione non fallimentare, nell'ottica, ove possibile, di non disgregare complessi produttivi ancora vitali. Il termine dilatorio di un anno previsto dal decreto « correttivo » appare invece maggiormente idoneo ad evitare che il debitore attenda passivamente la dichiarazione di fallimento per poi recuperare il proprio patrimonio attraverso una proposta di concordato; sebbene occorra riconoscere che la legge non sembra in grado di scongiurare del tutto condotte opportunistiche di tal genere ⁽²²⁾.

Rispetto alla legge del 2006, che al 2° comma dell'art. 129 parlava di proposta di concordato « presentata dal curatore », il decreto « correttivo » ha opportunamente riformulato la disposizione, escludendo il curatore dal novero dei legittimati; né sembra possibile, a tale stregua, farne rientrare la figura nella nozione di terzo di cui all'art. 124 ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ CENSONI, *op. cit.*, 369.

⁽²²⁾ Sul punto v., fra gli altri, SCHIAVON, *op. cit.*, 217 ss., ove la previsione che una rapida attivazione di soggetti terzi, la quale presuppone il possesso di numerosi ed articolati elementi conoscitivi circa la condizione dell'impresa fallita, si verificherà essenzialmente nelle situazioni di concordati preventivi poi sfociati in fallimento; con la conseguenza che gli imprenditori, in una sorta di eterogenesi dei fini, tenderanno a non ricorrere al concordato preventivo a meno che abbiano ragionevoli motivi di confidare nel buon esito di tale procedura, giacché altrimenti ciò comporterebbe l'aver involontariamente « preparato il terreno » a successive proposte di concordato fallimentare da parte di terzi.

⁽²³⁾ Cfr. SANZO, *op. cit.*, 424, secondo il quale « l'eliminazione induce a ritenere che, in effetti, il testo originario della riforma non fosse nulla più che un errore (emendato appunto in sede di correttivo) e che, dunque, nell'ottica del legislatore, il curatore non rientra nella ca-

Per quanto attiene al contenuto della proposta di concordato, il 2° comma dell'art. 124 stabilisce che essa può prevedere: *a)* la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei; *b)* trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicandone le ragioni; *c)* la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

Riguardo alla divisione del ceto creditorio in classi, chi scrive ritiene di poter qui ribadire (data l'identica formulazione dell'art. 160) quanto già osservato in tema di concordato preventivo ⁽²⁴⁾, vale a dire che i criteri di formazione delle classi si basano essenzialmente sulla natura e sull'oggetto del credito (nonché sulla sua entità), mentre meno rilevanti risultano, tendenzialmente, le caratteristiche del creditore slegate dalla « causale » della relativa pretesa, come dimostra il fatto che uno stesso creditore può venire collocato in due classi diverse (emblematico è il caso della banca che sia ad un tempo creditrice privilegiata in virtù di una garanzia ipotecaria e creditrice chirografaria in dipendenza di uno « scoperto » di conto corrente). Ciò non toglie, tuttavia, che possano configurarsi raggruppamenti fondati sui connotati soggettivi dei creditori, come nell'ipotesi di istituti previdenziali o enti *non profit*, ma anche in quella imperniata sulla « classica » distinzione fra banche e fornitori.

D'altronde, se la differente posizione giuridica dei creditori consente di distinguere, ad esempio, a seconda che il credito sia o meno oggetto di contestazione, che sia o meno munito di titolo esecutivo, che derivi da contratto o da fatto illecito, l'omogeneità di interessi economici permette di configurare, ad esempio, una classe dei fornitori di beni distinta da quella degli istituti

tegoria dei terzi legittimati alla proposta ». In senso cautamente affermativo si esprime, invece, PACCHI, *op. ult. cit.*, 50, cui *adde*, più convintamente, CALAFA, *Il giudizio di omologazione, in Il concordato fallimentare*, a cura di Pacchi, cit., 149, ad avviso del quale il curatore « è certamente abilitato alla formulazione della relativa proposta, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 104 *ter*, 2° comma, lett. *b)*, l.fall. »; laddove deve ritenersi, in realtà, che il riferimento alla « sussistenza di proposte di concordato » operato dalla norma testè citata non implichi affatto che si tratti di un'iniziativa assunta dal curatore, ma, al contrario, che questi debba dare notizia dell'avvenuta proposizione del concordato indipendentemente da chi sia il ricorrente. In argomento cfr., da ultimo, GIANI, *Il giudizio di omologazione, in Il nuovo concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 187 ss.

⁽²⁴⁾ AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, XI, 1, Padova, 2008, 42 ss.

di credito, delle imprese del settore c.d. parabancario (società di *leasing* e di *factoring*). Non sembrano esservi ostacoli, poi, alla creazione di categorie in ragione dei rapporti intrattenuti con il debitore, come può accadere, nell'ipotesi di società di capitali, ad amministratori e sindaci per i rispettivi compensi, o a soci finanziatori e ad obbligazionisti; e lo stesso è a dirsi rispetto ad una distinzione basata sull'entità del credito, come nel caso di una classe ricomprendente i piccoli creditori, cioè i titolari di crediti al di sotto di un dato importo, a beneficio dei quali il debitore è talora in grado di effettuare un pagamento integrale, al più dilazionato (il che porterebbe, fra l'altro, a configurare diverse tipologie di concordato – remissorio e dilatorio – in relazione alle varie categorie di creditori) ⁽²⁵⁾.

L'accento alla categoria dei soci finanziatori richiede una precisazione, nella misura in cui, ai sensi dell'art. 2467 c.c., le loro pretese restitutorie sono subordinate *ex lege* al preventivo soddisfacimento di tutti gli altri creditori ogniqualvolta esse derivino da operazioni poste in essere in presenza di un significativo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o, comunque, realizzate quando i conti della società avrebbero reso opportuno un aumento di capitale. Orbene, sembra a chi scrive che in tale eventualità, come pure in presenza di un accordo di postergazione, a siffatti creditori non possa essere riconosciuta alcuna percentuale e che essi non possano pertanto costituire una classe agli effetti dell'art. 160 ⁽²⁶⁾.

Un altro aspetto problematico è costituito dalla possibilità o meno di considerare come classe i creditori privilegiati di cui sia previsto il pagamento integrale. A tutta prima quest'ipotesi pare confliggere con la logica sottesa alla divisione in classi (trattamenti differenziati e partecipazione al voto). Ove invece si ritenga non ostativo questo rilievo (ancorché esso non paia agevolmente superabile), potrebbe sostenersi, in un'ottica di *favor* per il buon esito del concordato, che la classe di creditori privilegiati non falcidiati

⁽²⁵⁾ In argomento, sempre con riferimento al concordato preventivo, si veda il lavoro monografico di DE CICCO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007, *passim*.

⁽²⁶⁾ Conforme, in tema di concordato preventivo, PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 680 ss. ed ivi 683, il quale afferma che « non vi è spazio per il pagamento dei soci finanziatori postergati se non quando la proposta di concordato consenta l'integrale soddisfacimento dei creditori chirografari ». *Contra* STANGHELLINI, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, in *Fallimento*, 2006, 1059 ss., ove il rilievo per cui ipotesi siffatte imporrebbero la creazione di una classe *ad hoc*, « non sembrando possibile prevedere una radicale esclusione dei creditori postergati dal diritto di esprimersi sulla proposta ». In quest'ultimo senso, con specifico riferimento al concordato fallimentare, NARDECCHIA, *op. cit.*, 191, in adesione alla tesi di STANGHELLINI, sub *art. 124*, *cit.*, 1977.

vada considerata assenziente ai fini del computo della maggioranza.

Il notevole margine di manovra lasciato all'imprenditore nell'enucleazione delle classi incontra – come chi scrive ha già osservato occupandosi di concordato preventivo – il limite generale del trattamento non ingiustificatamente discriminatorio (concetto, questo, implicito nel canone di correttezza in sede di loro formazione). L'altro limite all'autonomia privata è rappresentato dall'impossibilità di alterare l'ordine legale delle cause di prelazione. E sebbene il precetto non brilli per perspicuità l'interpretazione preferibile è nel senso che il titolare di un credito di rango poziore vada necessariamente trattato meglio di quelli di grado successivo, senza tuttavia che ciò postuli l'integrale soddisfacimento del primo.

Per ciò che attiene alle possibili modalità di soddisfacimento dei creditori, la loro elencazione, meramente esemplificativa, menziona, accanto alla cessione dei beni, l'accollo, intendendo con ciò ricomprendere le diverse forme attraverso le quali al debitore si sostituisce un soggetto terzo, in grado di far fronte agli impegni concordatari. Quanto alle « operazioni straordinarie », la genericità della previsione consente di ricomprendervi tanto le cc.dd. fusioni e scissioni eterogenee, quanto la trasformazione, cui può farsi luogo, ai sensi dell'art. 2499 c.c., anche nel corso di procedure concorsuali, sebbene, a giudizio di alcuni – queste debbano essere improntate a finalità di risanamento o comunque di conservazione dell'impresa ⁽²⁷⁾.

La disposizione in parola menziona, fra le operazioni straordinarie dirette alla ristrutturazione dei debiti, l'attribuzione ai creditori, o a società da questi partecipate, di vari tipi di strumenti finanziari. Più precisamente, la norma fa riferimento alle azioni (di s.p.a. e di s.a.p.a.: artt. 2346 e 2452) ed alle quote (di s.r.l.: art. 2468), nonché alle obbligazioni, incluse quelle convertibili, e ad « altri strumenti finanziari e titoli di debito ». Di queste due ultime categorie la prima è costituita da quegli strumenti finanziari, diversi dalle azioni, che possono essere forniti di diritti patrimoniali ed anche di diritti amministrativi, ad eccezione del voto nell'assemblea generale degli azionisti (artt. 2346, 6° comma, e 2349, 2° comma), mentre la seconda pare doversi riferire ai titoli di debito oggi emettabili da parte delle s.r.l. ai sensi dell'art. 2483 (giacché le obbligazioni sono – come detto – enunciate specificamente dalla norma in commento).

Come già ricordato nel precedente paragrafo, infine, la proposta di concordato può contemplare una soddisfazione solo parziale dei creditori muni-

⁽²⁷⁾ SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 520-521.

ti di privilegio, pegno o ipoteca, a condizione, però, che la misura del pagamento percentuale non risulti inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione, considerato il valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione; valore che dev'essere indicato nella relazione giurata di un professionista designato dal tribunale fra coloro che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lettera d).

L'art. 124, 3° comma, contiene una regola pensata elettivamente per il privilegio speciale, come denota il riferimento ai « beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione ». L'applicazione del precetto anche al privilegio generale appare predicabile, ad avviso di chi scrive, solo ove si reputi possibile richiedere che il proponente presenti una relazione giurata di stima relativa all'*intero complesso dei beni* su cui, per definizione, i creditori muniti di privilegio generale hanno diritto di prelazione ⁽²⁸⁾. Ne consegue, in base a questa prospettazione, che la necessità che il piano concordatario preveda un soddisfacimento dei creditori privilegiati in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione vada riferita anche ai titolari di crediti assistiti da privilegio generale, a cominciare dall'erario. E forse è proprio questo il modo di evitare disparità di trattamento all'interno del ceto privilegiato, oltre che di segnare un punto fermo nell'interpretazione della norma, consentendone, opportunamente, la più ampia applicazione ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. STANGHELLINI, *sub* art. 124, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 1972-1973, il quale, valorizzando l'elemento del *cram down* contemplato nel previgente art. 127, 7° comma (poi trasformato dal decreto correttivo in un *singular cram down* e collocato all'art. 127, 5° comma) e partendo dal presupposto per cui « non si può attribuire ad una categoria di creditori dissenzienti meno di quanto essi otterrebbero in uno scenario alternativo, e dunque principalmente in uno scenario di liquidazione », sostiene che « la norma in materia di trattamento dei dissenzienti ha valore di principio generale della materia, che consente di raffrontare qualsiasi proposta con l'alternativa cui ciascun creditore ha diritto: quella della liquidazione dell'attivo, inclusi i beni eventualmente vincolati a garanzia. Da ciò consegue che, anche per i creditori muniti di privilegio generale, il pagamento non integrale è possibile, ma richiede la prova che essi sarebbero almeno parzialmente incapienti nello scenario di una liquidazione ».

⁽²⁹⁾ All'analogo risultato di considerare falciabile il privilegio generale perviene GUGLIEMUCCI, cit., 271, seppur sulla scorta dell'esigenza di garantire il buon fine del concordato, destinando maggiori risorse al ceto chirografario. Nel senso dell'intangibilità dei crediti assistiti da privilegio generale v., invece, NARDECCHIA, *op. cit.*, 184-185, secondo il quale, anche alla luce del principio costituzionale del divieto di espropriazione senza indennizzo (art. 42, 3° comma, Cost.), deve « ritenersi che lo strumento delle classi non possa prevedere un soddisfacimento parziale delle ragioni dei creditori privilegiati, al di fuori della fattispecie espressamente prevista dallo stesso art. 124, 3° comma ».

4. - Segue. *Il concordato con assunzione.*

Si ha concordato con assunzione – come noto – quando un terzo, detto appunto assuntore, si obbliga direttamente nei confronti dei creditori del fallito a far fronte agli adempimenti concordatari.

La proposta di concordato prevede, di regola (ma non necessariamente), la liberazione del fallito; in difetto, questi resta obbligato in solido con l'assuntore. Se il concordato viene omologato con liberazione *immediata* del fallito, da quel momento i creditori possono rivolgersi esclusivamente all'assuntore. In tal caso, inoltre, non può esserne pronunciata la risoluzione, secondo quanto stabilito espressamente dal penultimo comma dell'art. 137.

Sulla natura giuridica di questo tipo di concordato si è lungamente dibattuto, sebbene le indagini non siano pervenute a risultati omogenei. Si sono in proposito evocati, di volta in volta, gli istituti dell'accollo⁽³⁰⁾, dell'espromissione⁽³¹⁾ e della delegazione⁽³²⁾, ma si è pure posto l'accento, in una diversa prospettiva, sul fatto che il negozio abbia per oggetto la liquidazione dell'attivo fallimentare e sia pertanto equiparabile, *mutatis mutandis*, alla cessione dei beni *ex art. 1977 c.c.*⁽³³⁾.

Un momento di sintesi, per così dire, delle diverse teorie può forse consistere nella presa d'atto che il concordato con assunzione è caratterizzato dalla compresenza di un elemento obbligatorio, in effetti sussumibile nella fattispecie dell'accollo (cumulativo o, più di frequente, privativo)⁽³⁴⁾, e di un elemento traslativo, rappresentato dal trasferimento all'assuntore di tutte le attività fallimentari⁽³⁵⁾. E proprio alla massima valorizzazione di queste ultime è finalizzato il concordato, giacché il terzo, mosso da intenti legittimamente speculativi⁽³⁶⁾, « scommette » sul fatto che il ricavato della vendita dei beni e dell'esperimento delle azioni è destinato a superare in misura ap-

⁽³⁰⁾ SATTA, *op. cit.*, 391; PROVINCIALI, *op. cit.*, 1783 ss.

⁽³¹⁾ RONCOLETTA, *op. cit.*, 899 ss.

⁽³²⁾ DI SABATO, voce *Concordato fallimentare*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, Roma, 1988.

⁽³³⁾ FERRARA-BORGIOLO, *op. cit.*, 635 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 1° giugno 1995, n. 6141, in *Fallimento*, 1995, 1208.

⁽³⁴⁾ Cfr., da ultimo, TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 490.

⁽³⁵⁾ BONSIGNORI, *op. cit.*, 131.

⁽³⁶⁾ Per la constatazione, peraltro scevra da implicazioni morali, che l'assuntore del concordato è normalmente un affarista v. già FERRARA, voce « *Concordato fallimentare* », in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 1961. Non può invero escludersi, a rigore, che l'assuntore sia mosso da spirito di liberalità, ma si tratta, com'è chiaro, di un'ipotesi destinata a rimanere confinata fra i « casi di scuola ».

prezzabile l'ammontare dei debiti che egli si è accollato. Di qui la natura aleatoria del negozio e la conseguente inapplicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1469 c.c.) e della rescissione per lesione (art. 1448, 4° comma, c.c.).

Gli interrogativi sorti nell'imperio della disciplina previgente erano ascrivibili, se non solo, certo anche alla notevole laconicità di quest'ultima, che si limitava ad ammettere la cessione delle azioni revocatorie già promosse dal curatore e ad escludere la risoluzione del concordato nel caso di liberazione immediata del fallito.

La riforma è opportunamente intervenuta a chiarire alcuni aspetti problematici, a cominciare dall'individuazione di ciò che è suscettibile di cessione, stabilendo, all'u. comma dell'art. 124, che la proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa (incluse quindi le azioni di inefficacia *ex* artt. 44 e 45 e le azioni di responsabilità, oltre naturalmente a quelle revocatorie) ⁽³⁷⁾, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa. L'assuntore può dunque iniziare *ex novo* azioni spettanti alla massa dei creditori, a condizione che ne sia stato previamente autorizzato l'esperimento.

L'ampiezza di questa previsione – com'è stato osservato – « appare coerente con la qualifica dell'assuntore quale successore della massa nell'attivo fallimentare » ⁽³⁸⁾.

La medesima disposizione regola altresì la questione dell'eventuale clausola limitativa della responsabilità del proponente, il quale può oggi limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato

⁽³⁷⁾ Nella sua formulazione anteriore alla novella la norma si riferiva esclusivamente alle azioni revocatorie, il che non rendeva agevole ricomprendere le altre azioni di massa. Il fatto, poi, che la cessione delle revocatorie fosse contemplata soltanto dal vecchio art. 124 induceva a dubitare della sua configurabilità al di fuori del concordato fallimentare; problema, questo, risolto oggi dall'art. 106, 1° comma, il quale – come ricordato nel capitolo sulla liquidazione dell'attivo – consente al curatore di cedere, oltre ai crediti, anche « le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti » (in materia di concordato, invece, è sufficiente – lo si è posto in evidenza nel testo – che l'azione sia stata autorizzata). Sulla tematica in parola v., da ultimo, TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fallimento*, 2008, 861 ss.; SCRIBANO, *La cessione delle azioni di massa*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 21 ss., ove un'ampia disamina dei profili processuali.

⁽³⁸⁾ CENSONI, *op. cit.*, 369.

passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti nell'ipotesi esdebitazione (e ferma – parrebbe – la facoltà dei creditori non collocati al passivo di opporsi all'omologazione del concordato, stante la genericità dell'espressione « qualunque interessato » contenuta nell'art. 129).

In base al tenore letterale della norma, sembra doversi ritenere che l'assuntore sia legittimato a pretermettere tanto quei creditori nei cui confronti risulti pendente il termine per l'opposizione (non ancora in concreto proposta), quanto coloro la cui opposizione sia stata respinta, ancorché non sia spirato il termine per interporre gravame.

Con riguardo, poi, al caso, per vero non frequente, di proposta basata sulle risultanze dell'elenco provvisorio dei crediti, va precisato che la misura della responsabilità dell'assuntore è rappresentata comunque dalle statuizioni dello stato passivo reso esecutivo con decreto: la funzione del suddetto elenco si esaurisce infatti nel consentire una sollecita convocazione e votazione dei creditori, « in quanto il parametro delle passività da soddisfare (o ristrutturare) resta in ogni caso il decreto che rende esecutivo lo stato passivo »⁽³⁹⁾.

Sul piano della formulazione letterale della norma, infine, è la stessa Relazione al decreto « correttivo » a chiarire che, rispetto alla formulazione dell'u. comma dell'art. 124 adottata dal d. lgs. n. 5/2006, l'aggiunta delle parole « uno o più creditori » ha l'effetto di uniformare la disciplina indipendentemente dal fatto che il concordato venga proposto da un terzo o da uno o più creditori, non essendovi ragioni per differenziare la posizione dell'assuntore da quella del creditore (conseguentemente, nel secondo periodo del comma in esame la parola « terzo » è stata sostituita dal termine « proponente »).

5. - *Esame della proposta e provvedimenti del giudice delegato.*

In base al disposto dell'art. 125⁽⁴⁰⁾, la proposta di concordato va presentata con ricorso al giudice delegato⁽⁴¹⁾, il quale richiede al curatore di espri-

⁽³⁹⁾ STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, 1958.

⁽⁴⁰⁾ Sui delicati aspetti procedurali disciplinati dalla norma v., *funditus*, PACCHI, *Presentazione del ricorso al giudice delegato e comunicazione ai creditori*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Pacchi, cit., 95 ss.; VALENSISE, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare dopo il d.lgs. 169/2007*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 56 ss.

⁽⁴¹⁾ Il dubbio circa la necessità del ministero di un avvocato è risolto negativamente da

mere il proprio parere (obbligatorio ma non vincolante) ⁽⁴²⁾, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte dal proponente ⁽⁴³⁾.

Il giudice delegato deve poi acquisire il parere favorevole del comitato dei creditori, il che significa che quest'organo ha il potere di bloccare l'*iter* della domanda ogniqualvolta reputi più conveniente dell'alternativa concordataria la prosecuzione della procedura fallimentare ⁽⁴⁴⁾. Il fatto che oggi, a differenza di quanto previsto dalla legge del 2006, sia necessario il parere favorevole del comitato dei creditori e non più quello del curatore appare coerente con il nuovo assetto dei rapporti fra gli organi preposti al fallimento, come ha cura di precisare la Relazione al decreto « correttivo ». Nondimeno, la scelta di mantenerne il carattere vincolante suona inopportuna, anche perché non è affatto certo che la decisione negativa del comitato dei creditori rifletta la volontà della maggioranza ⁽⁴⁵⁾. Sarebbe stato preferibile, pertanto, consentire in ogni caso ai creditori di manifestare il proprio assenso o dissenso.

Di regola, una determinazione in senso negativo da parte del comitato dipende dalla ritenuta inadeguatezza della percentuale offerta ai creditori

SANZO, *op. cit.*, 433, « anche alla luce della modifica dell'art. 129, attuata con il decreto correttivo, che prevede un ricorso separato ed autonomo per la richiesta di omologazione del concordato approvato ». In senso contrario Trib. Roma, 17 marzo 2008, inedito.

⁽⁴²⁾ Sul contenuto di tale parere si veda, diffusamente, VALENSISE, *op. cit.*, 65 ss.

⁽⁴³⁾ In proposito, si è giustamente osservato che « la norma, forse, più correttamente avrebbe dovuto fare riferimento alle garanzie *eventualmente* offerte, atteso che l'art. 124 novellato non impone più l'obbligo di prestare garanzia con la proposta di concordato fallimentare » (così SANZO, *op. cit.*, 436).

⁽⁴⁴⁾ L'esercizio di tale prerogativa non può peraltro tradursi in un atto di puro arbitrio, restando in capo al giudice delegato il potere-dovere di verificare « la congruità, la logicità e l'assenza di contraddittorietà nella motivazione in virtù della quale il comitato ha ritenuto di esprimere un parere negativo – e vincolante – sulla proposta concordataria » (così VALENSISE, *op. cit.*, 77, nonché, in giurisprudenza, Trib. Imperia, 5 luglio 2007, in *Fallimento*, 2007, 1485). Per il rilievo in base al quale « l'attribuzione ad un organo non giudiziario della valutazione in ordine alla procedibilità o meno della proposta e l'eliminazione di qualsiasi potere valutativo del giudice delegato potrebbero porre un problema di violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega e dell'art. 24 Cost. per mancanza di tutela in capo a chi ha formulato la proposta stessa » v. MINUTOLI, sub art. 125, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, a cura di Ferro, Padova, 2008, 254.

⁽⁴⁵⁾ In senso conforme SANZO, *op. cit.*, 436, a giudizio del quale il legislatore, con « visione un po' distorta, sembra persistere nell'intravedere un interesse collettivo del creditore, laddove ogni creditore è in realtà portatore del proprio, spesso, oltretutto, in conflitto con quello degli altri ».

e/o da tempi di pagamento considerati troppo dilatati. È chiaro tuttavia che il parere sfavorevole, proprio in quanto vincolante, dev'essere adeguatamente motivato (seppur in modo succinto, secondo quanto previsto dal 1° comma dell'art. 40) e non può prescindere da un'analisi dei costi e dei benefici del concordato rispetto al fallimento; anche perché il proponente, al cospetto di un parere negativo argomentato in maniera apodittica o, addirittura, manifestamente irragionevole, potrebbe agire contro i componenti del comitato per il ristoro dei danni che in ipotesi ne siano derivati.

In virtù della delicatezza di tale potere interdittivo, deve ritenersi possibile – ed anzi opportuno – che a ciascun membro del comitato venga messa a disposizione una copia del parere del curatore; tanto più che il comitato, ai sensi del 5° comma dell'art. 41, ha diritto, *motu proprio*, di chiedere notizie e chiarimenti al curatore in qualunque momento. Ed è chiaro, stanti il diverso grado di competenza e l'asimmetria informativa fra curatore e comitato, che in tal modo l'importanza e l'influenza delle valutazioni del curatore vengono in buona parte recuperate.

Nel caso di parere negativo del comitato, il giudice delegato è tenuto ad emettere un decreto di arresto del procedimento, peraltro suscettibile di reclamo *ex art.* 26 ⁽⁴⁶⁾. Questa sua prerogativa non viene meno nell'ipotesi di parere favorevole, dal momento che rientra nei poteri-doveri dell'organo rilevare eventuali profili di *illegittimità* della domanda, in dipendenza della generale funzione di vigilanza sulla regolarità della procedura sancita dall'art. 25 ⁽⁴⁷⁾. Ogni possibile dubbio in senso contrario risulta oggi fugato dall'inserimento, ad opera del decreto « correttivo », della locuzione « valutata la ritualità della proposta » ⁽⁴⁸⁾. È altrettanto certo, alla luce di questa disposizione (ma il punto era già stato chiarito inequivocabilmente dalla novella del 2006), che al giudice delegato è preclusa ogni valutazione *di merito* in ordine al contenuto della proposta.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. VITIELLO, *sub art.* 125, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 1993.

⁽⁴⁷⁾ E v. VITIELLO, *ibidem*, 1994, il quale, nel vigore della legge del 2006, ha osservato che « l'opposta tesi, secondo cui il giudice sarebbe, anche in presenza di violazioni di legge, comunque tenuto a dare corso alla comunicazione della proposta ai creditori, è contraddetta anzitutto da ragioni di carattere logico-sistematico, ragioni che escludono che il controllo di legittimità possa spettare al curatore ed al comitato, anziché al giudice delegato, che nella nuova disciplina del fallimento è prettamente organo di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura. Ma neppure è pensabile, tenuto conto del generale criterio di economia di giudizio, che l'eventuale illegittimità della proposta possa attendere, per essere rilevata, quella verifica sulla regolarità della procedura cui il tribunale è chiamato nel giudizio di omologazione (art. 129, 4° comma) ».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. SANZO, *op. cit.*, 437, per il quale « si tratta di una valutazione di pura legalità processuale ».

La legge non contempla più espressamente la facoltà del giudice delegato, a fronte del deposito della domanda di concordato, di sospendere la liquidazione dell'attivo. Ciò malgrado, deve ritenersi, ad avviso di chi scrive, che tale potere persista, non solo per ragioni di ordine funzionale, ma anche alla stregua di quanto stabilito dal 1° comma dell'art. 108, in base al quale il giudice delegato può sospendere le operazioni di vendita qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ⁽⁴⁹⁾. Con la precisazione, però, che se è quest'ultima la base normativa dell'anzidetta soluzione il giudice delegato non può procedere alla sospensione *motu proprio*, ma deve attendere un'istanza in tal senso (che di regola proverrà dal proponente) e richiedere il previo parere del comitato dei creditori sul punto ⁽⁵⁰⁾. Se è vero, poi, come si affermava in passato ⁽⁵¹⁾, che la decisione di sospendere la liquidazione presuppone una valutazione positiva della convenienza dell'opzione concordataria, il giudice delegato non sembra abilitato a procedervi in presenza di un parere del comitato sfavorevole alla proposta (arg. *ex art.* 124, 2° comma).

Tornando all'illustrazione dell'*iter* della domanda di concordato, la legge prevede che il giudice delegato, ottenuti i pareri del curatore e del comitato dei creditori (che vanno ovviamente formulati in modo espresso, non essendo configurabile un consenso tacito da parte di tali organi) ⁽⁵²⁾ e riscontrata l'insussistenza di profili d'irritualità, ordini che la proposta venga comunicata ai creditori ⁽⁵³⁾, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione.

La riforma, coerentemente con il *favor* per la soluzione concordataria, ha mantenuto il meccanismo del silenzio-assenso ai fini dell'approvazione della

⁽⁴⁹⁾ Nel medesimo senso PACCHI, *op. ult. cit.*, 96-97; NARDECCHIA, *op. cit.*, 219; BOSTICCO, *Il « nuovo corso » del concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, 831 ss., cui *adde*, in giurisprudenza, Trib. Mantova, 20 febbraio 2007, *ivi*, 828 ss.

⁽⁵⁰⁾ Il rilievo è condiviso da VALENSISE, *op. cit.*, 63-64.

⁽⁵¹⁾ Cass., 9 settembre 2004, n. 18175, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 9.

⁽⁵²⁾ Come invece sostenuto, nel vigore della precedente disciplina, da Trib. Roma, 12 novembre 1992, in *Fallimento*, 1993, 653.

⁽⁵³⁾ Nonostante che il verbo « ordinare » possa far pensare, come destinatario del provvedimento del giudice, più al cancelliere che al curatore, appare preferibile, anche per ragioni di praticità, che sia quest'ultimo a provvedere alle comunicazioni; e l'opinione prevalente è in effetti in tal senso (cfr., già in passato, RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, 743; CUNEO, *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988, 1332, nonché, con riguardo alla normativa riformata, VITIELLO, *op. cit.*, 1997). Secondo SANZO, *op. cit.*, 438, « tale interpretazione pare confermata dall'art. 129, 2° comma, nel testo successivo al decreto correttivo, che individua appunto il curatore come soggetto onerato dell'invio della comunicazione di avvenuta approvazione del concordato ».

proposta. Di qui la precisazione, nell'informativa ai creditori, che la mancata risposta è considerata voto favorevole, nonché la fissazione, nel medesimo provvedimento, di un termine non inferiore a venti giorni né superiore a trenta entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso.

Ove le comunicazioni siano dirette ad un rilevante numero di destinatari, il giudice delegato, in base al disposto dell'art. 126, può autorizzare il curatore a dare notizia della proposta di concordato, anziché con comunicazione ai singoli creditori, mediante pubblicazione del suo testo integrale (non di un semplice estratto) su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale.

Nel caso in cui sia stata dichiarata fallita una società di capitali che aveva emesso obbligazioni o strumenti finanziari non partecipativi e questi titoli costituiscano oggetto della proposta di concordato, la comunicazione di cui sopra dev'essere inviata anche agli organi che hanno il potere di convocare le rispettive assemblee, affinché i proprietari dei ridetti titoli possano esprimere il loro eventuale dissenso. Il termine previsto dal 2° comma (erroneamente il decreto « correttivo » ha mantenuto la dicitura « terzo comma ») è prolungato per consentirne l'espletamento (art. 125 u. comma).

Nel caso l'assemblea si pronunci, dei voti dati deve tenersi conto, ad avviso di chi scrive, in forma unitaria e non già singolarmente; ciò è a dire che, se la maggioranza approva la delibera, tutti i voti dei partecipanti si considerano a favore della proposta di concordato. Ove invece non venga adottata alcuna delibera (od essa sia invalida o comunque inefficace), gli obbligazionisti ed i titolari dei predetti strumenti finanziari possono esprimere il voto individualmente, né più né meno degli altri creditori.

Sempre con riferimento alla previsione in parola, in dottrina si è giustamente osservato che « l'espressione utilizzata dal legislatore a proposito dei possessori di obbligazioni o di strumenti finanziari diversi ("oggetto della proposta di concordato") è priva di qualsiasi senso, dal momento che si tratta comunque di creditori concorsuali, che non possono non essere considerati nell'eventuale ristrutturazione concordataria del passivo »⁽⁵⁴⁾.

Come si è già ricordato trattando del contenuto della domanda di concordato, essa può prospettare condizioni differenziate per singole classi di creditori. In tal caso la proposta, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta⁽⁵⁵⁾, con i pareri del curatore e del comitato dei creditori, al giudizio del tribunale, il quale è chiamato a verificare l'osservanza dei

⁽⁵⁴⁾ CENSONI, *op. cit.*, 373.

⁽⁵⁵⁾ Dal curatore, su invito del giudice delegato.

criteri prescritti dall'art. 124, 2° comma, lettere *a*) e *b*), a proposito della suddivisione del ceto creditorio in classi e della differenziazione di trattamenti fra creditori appartenenti a classi diverse.

Lo scrutinio del tribunale, dovendo appuntarsi – come detto – sulla correttezza dei criteri utilizzati dal proponente, non può riguardare il contenuto dei trattamenti riservati ad ogni classe ⁽⁵⁶⁾.

Per l'ipotesi in cui la proposta contempra la falcidia dei creditori privilegiati, il 3° comma dell'articolo 125 stabilisce che il tribunale tenga conto del valore attribuito a beni e diritti gravati da prelazione quale indicato nella relazione giurata dell'esperto designato dal tribunale medesimo.

6. - Segue. *Il caso della pluralità di proposte.*

La disciplina del concordato parla invariabilmente di « proposta » al singolare, ma ciò non significa, ovviamente, che sia preclusa la proposizione di più domande di concordato.

L'eventualità era stata espressamente considerata dal d. lgs. n. 5/2006, il quale, all'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 125, aveva stabilito che, in presenza di una pluralità di proposte, esse andassero portate in votazione contemporaneamente. Questa norma, tuttavia, prestava il fianco a svariate critiche, non solo per la sua laconicità, ma anche per la sua difficile compatibilità col resto del sistema, dal requisito del parere favorevole (di cui, in allora, era onerato il curatore) al meccanismo del silenzio-assenso: la sua soppressione ad opera del decreto « correttivo » non può, dunque, che essere salutata con favore ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ VITIELLO, *op. loc. cit.*, nonché, con riferimento all'analogia disposizione in tema di concordato preventivo, AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di Pacchi, Milano, 2005, 96.

⁽⁵⁷⁾ Ne costituiscono puntuale riprova i problemi che scaturivano in passato dalla votazione contestuale su più proposte, tanto più quando il curatore – irrirtualmente (e inopportuno) – invitava i creditori ad esprimere il loro assenso o dissenso anche sull'ipotesi di prosecuzione della procedura fallimentare, con ciò complicando ulteriormente (e inutilmente) la situazione, in quanto potrebbe in astratto sostenersi (ancorché, a mio avviso, senza fondatezza) che il silenzio serbato su una, o su tutte, le proposte portate in votazione equivalga ad assenso, pur in presenza di un'espressa opzione per la continuazione del fallimento. E sul punto v. Trib. Milano, 5 settembre 2008 (decr.), *inedito*, ove si afferma, correttamente, che « la volontà di far proseguire la procedura fallimentare è certamente incompatibile, trattandosi di ipotesi logicamente alternative rispetto all'immediata chiusura della procedura mediante concordato fallimentare (...). Ma di identica conclusione, sulla base degli stessi argomenti, si

Resta nondimeno il problema di come regolamentare, a questo punto solamente in via interpretativa, l'ipotesi di una pluralità di proposte di concordato relative al medesimo fallimento.

Orbene, da quanto disposto dall'art. 125 si evince che il comitato dei creditori deve esprimere il proprio parere favorevole perché l'*iter* concordatario possa proseguire, sicché al cospetto di due o più proposte (che in concreto non sono quasi mai del tutto identiche) la preferenza va giocoforza accordata ad una sola di esse, vale a dire alla più conveniente sotto il duplice profilo della percentuale offerta ai creditori e dei tempi di pagamento⁽⁵⁸⁾. Ne consegue che il giudice delegato non può che disporre la comunicazione della proposta che abbia ricevuto il *placet* del comitato (e di cui egli abbia verificato la ritualità). D'altronde, solo in questo modo può trovare applicazione la previsione sul voto da parte dei creditori: essa si fonda infatti sul meccanismo del silenzio-assenso, che all'evidenza non può operare se non quando venga posta in votazione una sola proposta.

Diversamente opinando, dovrebbe ritenersi possibile, per il comitato dei creditori, esprimere parere favorevole nei confronti di più proposte (sul presupposto, di difficile verificabilità pratica, che esse, ancorché diverse, possano considerarsi sostanzialmente equivalenti), il che metterebbe il giudice nella condizione di portarle simultaneamente in votazione. Ma anche ammettendo ciò, rimarrebbe l'ostacolo del silenzio-assenso, che potrebbe superarsi solo a condizione di riconoscere al giudice, in deroga al 2° comma dell'art. 125, il potere di imporre ai creditori una manifestazione di voto in forma espressa; il che dà tuttavia per presupposto ciò che occorre invece dimostrare, vale a dire la derogabilità della disposizione testé menzionata, laddove il tenore letterale della norma e la funzione cui assolve sembrano deporre in senso esattamente opposto.

Ad avviso di chi scrive, il problema non sta tanto nel trovare ad ogni costo il modo di consentire ai creditori di votare contestualmente su una plura-

deve pervenire con riferimento alle schede in cui il creditore si è limitato a votare a favore di una proposta di concordato, risultando l'opzione per una proposta logicamente alternativa all'opzione per l'altra ».

⁽⁵⁸⁾ All'ipotesi, che costituisce la regola, di proposte fra loro diverse va equiparata quella di due o più proposte inizialmente identiche, una delle quali venga resa oggetto, nelle more (cioè prima dell'ordine del giudice di comunicare le proposte ai creditori), di variazioni *in melius*, attraverso il deposito di un'offerta migliorativa. È chiaro che, in tal caso, il giudice deve invitare il comitato dei creditori ad esprimersi solo su quest'ultima, che va quindi portata in votazione da sola, senza possibilità di innescare un meccanismo di gara preventiva fra gli offerenti, trattandosi di eventualità estranea alla disciplina positiva (oltre che di dubbia compatibilità col sistema).

lità di proposte (specie alla luce della già ricordata espunzione della norma previgente per mano del legislatore del « correttivo »)⁽⁵⁹⁾, quanto piuttosto di individuare il momento entro il quale ciascun proponente può avanzare un'offerta migliorativa al fine di prevalere sui propri concorrenti; momento che va a mio avviso individuato nel provvedimento con cui il giudice delegato dispone che le proposta sia comunicata ai creditori. Non a caso, la giurisprudenza più rigorosa ha affermato che deve « ritenersi preclusa la possibilità di formulare nuove proposte concordatarie concorrenti con una prima istanza dopo l'emissione del provvedimento con il quale il g.d., ai sensi dell'art. 125, 4° comma, l.f. abbia fissato il termine entro il quale i creditori devono far pervenire presso la cancelleria le manifestazioni di eventuale dissenso in ordine alla prima proposta »⁽⁶⁰⁾.

Alcuni tribunali, tuttavia (come quello di Milano)⁽⁶¹⁾ si sono orientati nel senso che il curatore sia onerato di comunicare ai creditori, anche in costanza di votazione, l'avvenuta presentazione *medio tempore* di una proposta migliorativa, che viene peraltro tenuta in « *stand by* » e che è destinata a produrre i propri effetti solo se ed in quanto la proposta sottoposta al voto non risulti approvata dai creditori. Tale prassi, ancorché improntata alla finalità di consentire la formazione di un consenso informato rispetto alle alternative già « sul tappeto », si pone quanto meno *praeter legem* ed è foriera di possibili inconvenienti che vanno a scapito della linearità e della speditezza del procedimento. Viene quindi da domandarsi se non sia preferibile « congelare » a tutti gli effetti la nuova proposta fino all'esito della votazione.

La legge, poi, non prevede alcuna procedura competitiva, anche per via del fatto che la proposta di concordato è conoscibile dal giudice e dal curatore ma non da terzi, verso i quali, anzi, il proponente sembra vantare un diritto alla riservatezza⁽⁶²⁾. Parrebbero pertanto irrivalenti sia un provvedimento giudiziale di convocazione delle parti con invito a partecipare ad una gara informale⁽⁶³⁾, sia, *a fortiori*, una comunicazione « ufficiosa » da parte del cu-

⁽⁵⁹⁾ E v., adesivamente, Trib. Milano, 24 gennaio 2008 (decr.), inedito.

⁽⁶⁰⁾ Trib. Palermo, 20 dicembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1342; *contra*, ma non condivisibilmente, Trib. Mantova, 18 dicembre 2007, in *www.ilcaso.it*.

⁽⁶¹⁾ Trib. Milano, 7 aprile 2008 (decr.), inedito; *Id.*, 29 settembre 2008 (decr.), inedito.

⁽⁶²⁾ L'esigenza di non divulgare informazioni sensibili è avvertita anche a livello applicativo, come dimostra il recente provvedimento milanese che ha disposto « la segretazione del ricorso e della documentazione allegata, con facoltà di esame solo da parte del curatore fallimentare e dei componenti del comitato dei creditori, fino al deposito del provvedimento del giudice delegato che dispone la comunicazione della proposta e dei pareri ai creditori » (Trib. Milano, 25 giugno 2008 (decr.), inedito).

⁽⁶³⁾ E v. infatti Trib. Milano, 24 gennaio 2008 (decr.), inedito, ove si richiede che « in ca-

ratore agli altri proponenti affinché effettuino un rilancio dell'offerta più alta, che come tale deve prevalere *tout court*, potendo ravvisarsi l'esigenza di una gara, concettualmente, solo al cospetto di una pluralità di domande identiche fra loro.

7. - *Il voto sulla proposta e l'approvazione del concordato.*

Legittimati ad esprimere il voto sulla proposta di concordato sono quei creditori che risultano indicati nello stato passivo reso esecutivo col decreto di cui all'art. 97. La legge ha cura di chiarire, al 1° comma dell'art. 127, che fra gli aventi diritto al voto vanno annoverati anche i creditori ammessi provvisoriamente e con riserva⁽⁶⁴⁾. La medesima disposizione stabilisce che, se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, hanno diritto al voto i creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato⁽⁶⁵⁾.

Per il resto, la legge ha dettato una disciplina pressoché identica a quella stabilita per l'esercizio del voto nel concordato preventivo (cfr. art. 177)⁽⁶⁶⁾, imperniata sulla regola dell'indifferenza dei creditori privilegiati all'esito della votazione, a meno che il proponente non prefiguri il loro soddisfacimento in percentuale.

In linea di principio, chiamati a votare sono, appunto, esclusivamente i creditori chirografari, con la precisazione che, per espressa previsione del 4° comma, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini entro il quarto grado, nonché – nell'ottica di scongiurare fenomeni poco commendevoli di « mercato » del voto –

so di parere favorevole per entrambe, le due proposte vengano sottoposte contemporaneamente alla valutazione dei creditori, così come espressamente prevede l'art. 125 l.f. nel testo applicabile alla presente fattispecie; [...] infatti il meccanismo di "preselezione" proposto dal curatore (ovvero una procedura competitiva tra le proposte di concordato presentate) sembrerebbe essere incompatibile proprio con la norma citata e tale, in concreto, da sottrarre ai creditori la possibilità di esprimere le proprie preferenze anche sulla base, a mero titolo di esempio, della consistenza qualitativa e/o quantitativa del patrimonio del proponente ».

⁽⁶⁴⁾ Sul punto, *amplius*, VITIELLO, *sub* art. 127, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 2005.

⁽⁶⁵⁾ Sul voto dei creditori nel concordato fallimentare cfr., da ultimo, GUGLIELMUCCI, *sub* artt. 127 e 128, in *Codice commentato del fallimento*, cit., 1237 ss.; SANZO, *Voto ed approvazione del concordato*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 133 ss.

⁽⁶⁶⁾ Per la disamina delle problematiche inerenti al concordato preventivo sia consentito rinviare a AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 107 ss.

coloro che sono diventati cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; e la stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti, controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. In deroga a questo principio (e a differenza di quanto previsto in tema di concordato preventivo, dove il problema sostanzialmente non si pone), l'u. comma dell'art. 127 attribuisce il diritto di voto al cessionario in presenza di trasferimenti di crediti effettuati a favore di banche o di altri intermediari finanziari.

Quanto ai creditori privilegiati, essi, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto ove la proposta di concordato ne preveda il soddisfacimento integrale. Essi possono tuttavia rinunciare al diritto di prelazione, anche solo parzialmente, purché in questo caso la rinuncia non sia inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale ed accessori. Per l'ipotesi di rinuncia totale o parziale, la legge stabilisce che tali creditori siano assimilati ai chirografari per la parte di credito non coperta dalla garanzia.

La rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato, il che significa che, se questo non va a buon fine (o viene successivamente risolto), il credito rimane assistito dall'originario diritto di prelazione.

Come già ricordato, la nuova legge, al 3° comma dell'articolo 124, consente che la proposta di concordato preveda la soddisfazione non integrale dei crediti assistiti da privilegio. Quanto al problema se questi creditori possano votare per l'intero loro credito o per la sola porzione oggetto di falcidia, il legislatore ha optato, giustamente secondo chi scrive, per la soluzione che essi sono considerati chirografari (e come tali hanno diritto di voto) per la parte residua del credito.

Il concordato risulta approvato, in base a quanto statuito dall'art. 128, se si esprimono a favore tanti creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Rispetto alla legge del 1942 il *favor* per la soluzione concordataria emerge chiaramente dall'eliminazione dei requisiti della maggioranza dei creditori per teste e della maggioranza qualificata per crediti, che in passato era di due terzi.

Il 2° comma dell'art. 128 riafferma la regola del silenzio-assenso già sancita dal 2° comma dell'art. 125, stabilendo che i creditori che non fanno pervenire il proprio dissenso nel termine fissato dal giudice delegato (e comunicato loro dal curatore) si ritengono consenzienti. Ne deriva che le dichiarazioni di astensione vanno considerate come voti favorevoli ⁽⁶⁷⁾, laddove dal computo di questi vanno esclusi i voti sottoposti a riserva o condizione, che

(67) E v. VITIELLO, *sub* art. 128, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 2013.

la dottrina ha da tempo chiarito doversi ritenere nulli e quindi privi di effetto (68).

Quanto al calcolo della maggioranza richiesta ai fini dell'approvazione del concordato, si ribadisce che esso non è influenzato dalla variazione del numero dei creditori ammessi o dell'ammontare dei singoli crediti che avvenga per effetto di un provvedimento (vocabolo, questo, opportunamente inserito dal decreto « correttivo » in sostituzione del termine « sentenza » utilizzato dalla legge del 2006) (69) emesso successivamente alla scadenza del termine fissato dal giudice delegato per le votazioni.

La legge prende infine in considerazione l'ipotesi in cui la proposta di concordato contempra la suddivisione del ceto creditorio in classi. In tal caso, non è richiesto il conseguimento della maggioranza dei crediti all'interno di ogni classe, essendo sufficiente che essa si verifichi, oltre che a livello di monte crediti globale, nel maggior numero di classi.

Ciò costituisce un ulteriore elemento agevolante il buon fine del concordato, rispetto alla precedente formulazione della norma quale introdotta dal d. lgs. n. 5/2006, che richiedeva il voto favorevole dei creditori che rappresentassero la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle singole classi. Al riguardo, da parte di taluni si è perciò paventato il rischio che la divisione in classi si traduca in « uno strumento di pericoloso abuso tramite cui relegare in una certa classe i creditori dissenzienti e sostanzialmente “sterilizzare” il dissenso stesso, rendendolo inutile ai fini del voto » (70); anche se occorre pur sempre considerare che il controllo del tribunale circa il corretto utilizzo dei criteri per la formazione delle classi (che l'art. 125, 3° comma, prevede avvenga *prima* della comunicazione della proposta ai creditori) è precisamente diretto, quanto meno *in thesi*, a scongiurare una siffatta eventualità.

8. - *Il giudizio di omologazione e quello di reclamo.*

La riforma del 2006 ha sensibilmente innovato la disciplina della fase finale della procedura concordataria, come testimoniano la riformulazione degli artt. 129, 130 e 131 e l'abrogazione degli artt. 132, 133 e 134.

Nel nuovo sistema sono previsti e diversamente regolati due distinti procedimenti: il primo riguarda il caso in cui non siano state proposte opposi-

(68) SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, 397.

(69) Donde il chiarimento che la norma si riferisce anche ai decreti di ammissione tardiva di crediti.

(70) Così SANZO, *op. cit.*, 441.

zioni nel termine fissato dal giudice delegato; il secondo si applica alle ipotesi in cui, al contrario, siano state proposte opposizioni da parte dei creditori dissenzienti o di altri interessati, ovvero la proposta sia stata approvata soltanto dalla maggioranza delle classi e il proponente abbia presentato la richiesta di approvazione.

Convien quindi esaminare nel dettaglio lo sviluppo di questi due percorsi alternativi; non senza prima ricordare, tuttavia, in che modo si arriva al « bivio » prefigurato dal legislatore.

La legge prevede infatti, in primo luogo, che il curatore, decorso il termine stabilito per le votazioni, presenti al giudice delegato una relazione sul loro esito. Se la proposta risulta approvata, il giudice delegato dispone che il curatore ne dia immediata comunicazione al proponente, affinché questi richieda l'omologazione del concordato, nonché al fallito (ove persona diversa dal proponente) e ai creditori dissenzienti. Il giudice inoltre, con proprio decreto da pubblicarsi a norma dell'articolo 17, fissa un termine non inferiore a quindici giorni e non superiore a trenta giorni per la proposizione di eventuali opposizioni da parte di qualsiasi interessato. Lo stesso termine vale anche per il deposito da parte del comitato dei creditori di una relazione motivata recante il parere definitivo di quest'organo ⁽⁷¹⁾; con la precisazione che, se il comitato non provvede tempestivamente, la relazione va redatta e depositata dal curatore nei sette giorni che seguono allo spirare di detto termine.

Il 2° comma dell'art. 129 non stabilisce alcun limite di tempo per il deposito dell'istanza di omologazione ad opera del proponente, ma esso si ricava dal disposto dell'art. 26 (richiamato dal 3° comma dell'art. 129), ai sensi del quale il termine perentorio per la presentazione del ricorso è di dieci giorni ⁽⁷²⁾.

Se tale richiesta viene depositata tardivamente (o non viene presentata affatto), il tribunale non può che disporre l'arresto della procedura; ciò non sembra precludere, tuttavia, la riproposizione della domanda di concordato, con la conseguenza che, in questo caso, il procedimento ricomincia daccapo.

Parti necessarie del giudizio sono il proponente il concordato e, in ogni caso, il fallito, anche ove la domanda di concordato non provenga da lui;

⁽⁷¹⁾ Rispetto alla legge del 2006, il decreto « correttivo » ha stabilito che la relazione conclusiva sia depositata dal comitato dei creditori anziché dal curatore; e ciò rappresenta la logica conseguenza della modifica dell'art. 125, 3° comma, nella parte in cui si prevede che spetta al comitato dei creditori, e non più al curatore, dare il parere favorevole sulla proposta di concordato.

⁽⁷²⁾ Per la stessa precisazione v. SANZO, *op. cit.*, 444.

parti eventuali sono gli opposenti, a cominciare ovviamente dai creditori dissenzienti.

Tanto per la richiesta di omologazione da parte del proponente quanto per le eventuali opposizioni la legge, al 3° comma dell'art. 129, richiede la forma del ricorso *ex art. 26*.

A questo punto si apre il « bivio » di cui si diceva. Se nel termine fissato non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa *tout court* il concordato. Si rende così manifesto che, in tale ipotesi, il tribunale non ha alcun potere di entrare nel merito della proposta di concordato e, quindi, di valutarne la convenienza rispetto alla prosecuzione della procedura fallimentare ⁽⁷³⁾.

Il provvedimento di omologazione, in questo caso, è costituito da un decreto motivato non soggetto a gravame. Esso non è idoneo ad incidere su diritti soggettivi ed è privo di decisorietà.

Ove tuttavia il tribunale ravvisi la presenza di irregolarità tali da inficiare la legittimità del procedimento, deve disporre la rinnovazione degli adempimenti mancanti e degli atti invalidi ⁽⁷⁴⁾.

Nel caso in cui uno (o più) dei soggetti legittimati (ciascun creditore dissenziente, il fallito ove diverso dal proponente e qualsiasi altro interessato) proponga opposizione, la norma prevede che il tribunale assuma i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio e provveda con decreto motivato, pubblicato a norma dell'articolo 17.

La prima parte del penultimo comma dell'art. 129 non dice alcunché in ordine alla possibilità, per il tribunale, di sindacare la convenienza della proposta, ovviamente nella misura in cui ciò sia oggetto di contestazione da parte di uno o più opposenti (dovendo in difetto, *id est* nel caso di opposizioni basate su elementi di ordine formale, osservarsi il principio della necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato). A tutta prima la soluzione parrebbe dover essere positiva, non foss'altro per differenziare il contenuto dell'attività giudiziale a seconda che vengano o meno proposte opposizioni. Va detto tuttavia che, secondo autorevole dottrina, uno scrutinio di tal genere è consentito solo nel caso del c.d. *cram down* (di cui si tratta subito in appresso nel testo) e limitatamente alla posizione dei creditori appartenenti alle classi dissenzienti, essendo comunque preclusa la valutazione della conve-

⁽⁷³⁾ E v., fra gli altri, CAVALAGLIO, *sub art. 129*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 2028.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. CAVALAGLIO, *ibidem*.

nienza del concordato per l'intero ceto creditorio ⁽⁷⁵⁾. E la formulazione letterale dell'ultimo capoverso dell'art. 129 sembra in effetti avvalorare detta impostazione.

La soluzione in parola può, a tutta prima, destare qualche perplessità sotto il profilo della tutela dei creditori dissenzienti nel caso di concordato senza divisione in classi. A ben vedere, tuttavia, un sistema così delineato non appare privo di coerenza, se si reputa che la verifica giudiziale sulla convenienza del concordato rispetto al fallimento rappresenti, per così dire, lo scotto che il proponente deve pagare per aver optato per lo strumento, alquanto duttile e come tale potenzialmente foriero di ben maggiori opportunità, della creazione di classi di creditori ⁽⁷⁶⁾. Né può obiettarsi che, così ragionando, la previsione relativa all'opposizione esperibile da qualunque interessato finirebbe per svuotarsi di significato. È ben vero infatti – com'è stato osservato – che un'opposizione fondata su motivi attinenti alla regolarità della procedura e all'esito della votazione riguarda gli « stessi profili che costituiscono oggetto della verifica officiosa da parte del tribunale anche in assenza di opposizioni, ma la deduzione di questi vizi di legittimità con opposizione ad omologa consente quegli approfondimenti in fatto, attraverso l'assunzione di mezzi istruttori, in assenza dei quali il vizio di legittimità nel procedimento senza opposizioni può non emergere » ⁽⁷⁷⁾. In definitiva, un sindacato giudiziale circa la convenienza del concordato per i creditori appare, in linea generale, precluso, fatta eccezione – si ripete – per l'ipotesi espressamente prefigurata dalla norma; e ciò coerentemente col fatto che – come si è posto in evidenza – « con il decreto correttivo l'interesse del singolo creditore è stato espressamente subordinato alle scelte della maggioranza » ⁽⁷⁸⁾. Il controllo in sede di omologazione può dunque spingersi oltre solo nell'eventualità – oggettivamente remota – in cui la formazione del consenso dei vo-

⁽⁷⁵⁾ CENSONI, *op. cit.*, 377.

⁽⁷⁶⁾ Non a caso, la dottrina prevalente afferma che il sindacato di merito da parte del tribunale è circoscritto all'ipotesi di cui all'art. 129, ult. cpv.: GUGLIELMUCCI, sub *art.* 129, in *Codice commentato del fallimento*, cit., 1253 ss.; TEDESCHI, *op. cit.*, 496; CAVALAGLIO, *op. loc. ult. cit.*; CAIAFA, *Il giudizio di omologazione*, cit., 140; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Torino, 2008, 371. Per il rilievo in base al quale non sembra ipotizzabile, negli altri casi, « un giudizio di merito pieno, dato che il legislatore ha riservato una simile indagine ad un'unica e specifica ipotesi: quella dell'opposizione del creditore appartenente ad una classe dissenziente »; v. anche NARDECCHIA, *op. cit.*, 242-243, nonché GIANI, *op. cit.*, 206, la quale adombra tuttavia un sospetto di incostituzionalità, ad avviso di chi scrive di dubbio fondamento.

⁽⁷⁷⁾ GUGLIELMUCCI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁷⁸⁾ GUGLIELMUCCI, *op. loc. ult. cit.*

tanti risulti viziata per effetto di gravi errori od omissioni contenute nei pareri del curatore e del comitato dei creditori, ma non anche nelle situazioni in cui la maggioranza sia stata conseguita col voto determinante di creditori in conflitto d'interessi (come nel caso di soggetti convenuti in revocatoria, o comunque passabili di tale azione da parte del curatore) ⁽⁷⁹⁾, giacché in quest'ipotesi trova applicazione, tanto più a seguito dell'accentuata natura negoziale del concordato, il principio dell'irrelevanza dei motivi della conclusione del contratto, a meno che siano illeciti e comuni ai paciscenti (art. 1345 c.c.).

Per l'eventualità, di cui si è detto testé, che un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza della proposta, la seconda parte del comma in questione stabilisce che il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Sebbene la norma parli di semplice contestazione, non par dubbio che i rilievi del creditore dissenziente vadano formulati attraverso una vera e propria opposizione all'omologazione ⁽⁸⁰⁾, stante l'impossibilità per il tribunale, ai sensi del 4° comma dell'art. 129, di entrare nel merito della proposta in assenza di opposizioni.

Il decreto di omologazione acquista efficacia, in base al disposto dell'art. 130, dal momento in cui scadono i termini per presentare opposizione all'omologazione, ovvero da quelli in cui si esauriscono le impugnazioni previste dall'articolo 129 ⁽⁸¹⁾.

Quando esso diventa definitivo, il curatore deve presentare al giudice delegato il rendiconto, esponendovi analiticamente le operazioni contabili e le attività di gestione della procedura, secondo quanto prescritto dall'art. 116; dopodiché il tribunale dichiara chiuso il fallimento con decreto, da pubblicarsi nelle forme di stabilite dall'art. 17.

Contro il decreto emanato dal tribunale ai sensi dell'art. 129 è ammesso reclamo davanti alla corte d'appello ⁽⁸²⁾. Legittimati all'impugnativa sono, in base alla regola della soccombenza nel giudizio di prime cure ⁽⁸³⁾, il propo-

⁽⁷⁹⁾ Così, invece, NARDECCHIA, cit., 243.

⁽⁸⁰⁾ Conforme SANZO, *op. cit.*, 445.

⁽⁸¹⁾ Sull'efficacia del provvedimento a seconda che vengano o meno proposte opposizioni cfr., *ex aliis*, BONFATTI, *L'efficacia del decreto di omologazione del concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 207 ss.

⁽⁸²⁾ In argomento v., da ultimo, FRANCONIERO, *Il reclamo*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 219 ss.

⁽⁸³⁾ Richiamata pure da CAVALAGLIO, *sub art. 131*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 2043.

nente se la richiesta di omologazione è stata respinta, ovvero gli oppositori se il concordato è stato omologato.

Il nuovo art. 131 modella il procedimento di reclamo alla stregua di uno schema uniforme di rito camerale fallimentare (schema che – come si vedrà – funge da paradigma anche per il reclamo avverso il decreto di annullamento e quello di risoluzione del concordato fallimentare, in virtù di altrettanti richiami testuali). La norma detta puntualmente la procedura di proposizione, trattazione e decisione del ricorso (con le previsioni riportate in appresso ⁽⁸⁴⁾), accordando alle parti le opportune garanzie affinché siano rispettati il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa.

Il reclamo va proposto con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto fatta dalla cancelleria del tribunale ⁽⁸⁵⁾. Esso deve contenere i requisiti prescritti dall'articolo 18, 2° comma, numeri 1), 2), 3) e 4).

Ricevuto il ricorso, il presidente della corte, nei cinque giorni successivi al deposito, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso. Quest'ultimo, unitamente al pedissequo provvedimento di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto, al curatore e alle altre parti (che si identificano, se non sono reclamanti, nel fallito, nel proponente e negli oppositori); con l'avvertenza che fra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un lasso di tempo minimo di trenta giorni. Le parti resistenti devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, ed anche l'intervento di qualunque interessato deve aver luogo non oltre il termine stabilito per la costituzione dei resistenti e con le stesse modalità. La costituzione si effettua mediante il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti. All'udienza il collegio, sentite le parti, assume (anche d'ufficio) i mezzi di prova, delegandovi, se del caso, un suo componente. All'esito dell'eventuale istruttoria

⁽⁸⁴⁾ Per un più diffuso commento della norma (seppur nella versione antecedente al decreto « correttivo ») v. CAVALAGLIO, *op. ult. cit.*, 2042 ss.

⁽⁸⁵⁾ Come noto, la Corte costituzionale, con sentenza 12 novembre 1974, n. 255, in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale derivata dei commi 1° e 3° del vecchio art. 131 (nonché dell'u. comma dell'art. 183, in materia di concordato preventivo) nella parte in cui tali disposizioni facevano decorrere dall'affissione i termini, rispettivamente, per proporre appello contro la sentenza che omologava o respingeva il concordato fallimentare (e per ricorrere in cassazione contro quest'ultima sentenza), nonché per ricorrere in cassazione contro la sentenza di appello che decideva in merito alla omologazione o reiezione del concordato preventivo.

la corte provvede con decreto motivato, il quale viene pubblicato a norma dell'articolo 17 e notificato alle parti, a cura della cancelleria. Contro di esso l'u. comma dell'art. 131 ammette che sia presentato ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla notificazione.

9. - *Esecuzione ed effetti del concordato.*

Il deposito del decreto che dichiara chiuso il fallimento non comporta il venir meno delle funzioni di giudice delegato, curatore e comitato dei creditori, bensì la loro conversione in compiti di vigilanza, essendo essi chiamati a sorvegliare l'adempimento degli obblighi concordatari secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione ⁽⁸⁶⁾.

Destinatari del precetto sono anzitutto il curatore e il comitato dei creditori, che devono poi riferire al giudice ogniqualvolta ne ravvisino l'opportunità. Ad essi spetta la verifica del puntuale adempimento di quanto promesso nella domanda di concordato (a cominciare dalla costituzione di eventuali garanzie) e di quanto prescritto dal tribunale in sede di omologazione, sotto il profilo sia dei modi che dei tempi di esecuzione degli impegni assunti dal proponente.

Fino alla completa esecuzione del concordato il fallito, che pure torna *in bonis* per effetto del decreto di chiusura, non riacquista la disponibilità del proprio patrimonio, stante il vincolo di soddisfazione che su di esso grava nell'interesse dei creditori. Ne consegue che è precluso al fallito il compimento di ogni atto idoneo, anche solo astrattamente, a compromettere l'esecuzione degli obblighi concordatari ⁽⁸⁷⁾.

Se vi sono creditori contestati, condizionali ⁽⁸⁸⁾ o irreperibili, il giudice delegato stabilisce i modi nei quali vanno depositate le somme ad essi spettanti.

Solo a seguito dell'accertamento della completa esecuzione del concordato, il giudice delegato, con provvedimento pubblicato ed affisso ai sensi dell'art. 17, ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia, adottando altresì ogni misura idonea al conseguimento delle sue finalità.

Il concordato – recita il 1° comma dell'art. 135 – è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla apertura del fallimento, compresi quelli che non

⁽⁸⁶⁾ Sugli adempimenti esecutivi del concordato cfr. BERNARDI, *L'esecuzione del concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 295 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. CENSONI, *op. cit.*, 380.

⁽⁸⁸⁾ Per la nozione di crediti oggetto di contestazione o sottoposti a condizione si veda, nel presente volume, il capitolo riguardante la formazione dello stato passivo.

hanno presentato domanda di ammissione al passivo. A questi però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi ⁽⁸⁹⁾.

Ciò significa che nessun creditore del fallito, ancorché il suo credito non risulti collocato nello stato passivo, può pretendere, nei confronti del debitore tornato *in bonis*, pagamenti in misura superiore alla percentuale concordataria. E tale efficacia liberatoria si produce *ipso jure* dal momento in cui vengono a scadenza i termini per l'opposizione all'omologazione senza che ne sia proposta alcuna (ovvero nel successivo momento in cui si esauriscono le impugnazioni avverso il decreto di omologazione: art. 130) ⁽⁹⁰⁾.

Secondo l'opinione dottrinale prevalente ⁽⁹¹⁾, il concordato si sostanzia, da questo punto di vista, in un *pactum de non petendo* con i creditori, che appunto in virtù di esso rinunciano ad iniziative di sorta dirette al recupero della parte residua di credito. Ove tuttavia il debitore paghi spontaneamente al di là di quanto dovuto in base al concordato, non vi è modo di ripetere il pagamento, giacché, trattandosi di obbligazione naturale *ex art. 2034 c.c.*, l'*accipiens* può legittimamente invocare la *soluti retentio*.

Al fine di incentivare i creditori ad aderire alla soluzione concordataria il legislatore, già nell'originaria formulazione del 2° comma dell'art. 135 (rimasta inalterata), ha previsto che i creditori conservino la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso.

Questo precetto, che costituisce una vistosa deroga al principio *accessorium sequitur principale*, è stato correttamente ritenuto, in passato, insuscetibile di applicazioni analogiche al caso in cui si chiuda in via concordataria una procedura concorsuale « amministrativa », atteso il silenzio serbato sul punto dal vecchio art. 214 in tema di liquidazione coatta amministrativa ⁽⁹²⁾. Oggi il problema risulta superato dal tenore del nuovo art. 214 (richiamato dall'art. 78 della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), ai sensi del cui u. comma « gli effetti del concordato sono regolati dall'art. 135 » ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ Sulle problematiche sollevate da entrambi i commi dell'art. 135 v., *funditus*, PACCHI, *sub art. 135*, in *op. cit.*, 2051 ss., cui *adde*, da ultimo, JACHIA, *Gli effetti del concordato*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 262 ss.

⁽⁹⁰⁾ CAVALAGLIO, *op. cit.*, 2036 ss.

⁽⁹¹⁾ FERRARA, *op. cit.*, 635; SATTA, *op. cit.*, 393; BONFATTI, *op. cit.*, 242.

⁽⁹²⁾ BATTAGLIA, *sub art. 214*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, cit., 2702 ss.

⁽⁹³⁾ BONFANTE, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma « organica » al decreto « correttivo »*, cit., 627 ss.

10. - *Risoluzione e annullamento del concordato.*

Il d. lgs. n. 5/2006 era intervenuto sulla disciplina della risoluzione e dell'annullamento del concordato con alcuni adattamenti, certamente non trascurabili, ma tali da non sovvertire l'impianto tradizionale degli artt. 137 e 138.

Con il decreto « correttivo » del 2007, invece, queste norme sono state modificate in modo assai più incisivo ⁽⁹⁴⁾, a cominciare, per quanto attiene specificamente alla risoluzione, dai soggetti legittimati ad innescare il relativo procedimento. Ed infatti, se fino al 1° gennaio 2008 poteva farsi luogo a risoluzione su iniziativa, oltre che del comitato dei creditori e di ogni singolo creditore, anche del curatore e dello stesso tribunale (dunque d'ufficio), in base al nuovo testo dell'art. 137 gli unici legittimati sono oggi i creditori *uti singuli*; nel che sta la conferma della scelta del legislatore di affidare la « gestione » del concordato, per quanto possibile, alla dialettica fra proponente e ceto creditorio, in una prospettiva di marcata « privatizzazione » dell'istituto. La norma soggiunge tuttavia che sono privi di legittimazione i creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell'articolo 124, non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato.

La risoluzione può venire richiesta quando le garanzie promesse non vengono debitamente costituite, o quando il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato.

L'avverbio « regolarmente » (lo stesso utilizzato dall'art. 5 a proposito della nozione di stato d'insolvenza) si riferisce sia ai modi che ai tempi dell'adempimento, in relazione a quanto prefigurato nella domanda di concordato ed a quanto statuito nel decreto di omologazione. A differenza della corrispondente norma in materia di concordato preventivo (art. 186), l'art. 137 non sembra « scriminare » l'inadempimento di scarsa importanza, quantunque non sembri preclusa al tribunale una valutazione in ordine alla gravità dello stesso, dovendosi ritenere irragionevole una pronuncia di risoluzione fondata sul mancato pagamento di un solo credito, tanto più se di non rilevante entità (rispetto all'ammontare complessivo delle obbligazioni concordatarie).

La risoluzione può venire richiesta anche nel caso di concordato con assunzione, a meno che i relativi obblighi siano stati assunti con liberazione immediata del debitore, difettando, in quest'ipotesi, il presupposto applicativo stesso della norma.

⁽⁹⁴⁾ Sul tema v., ampiamente, DE SIMONE, *La risoluzione e l'annullamento del concordato*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., 343 ss.

Al fine di garantire la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici, il 4° comma dell'art. 137 stabilisce che il ricorso per la risoluzione deve proporsi, a pena di decadenza, entro un anno dallo spirare del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato. Trascorso l'anno, il diritto dei creditori falcidiati – com'è stato rilevato – « resta consolidato nella percentuale concordataria; il vecchio fallimento non può più essere riaperto; e al creditore rimasto insoddisfatto non resta che agire individualmente nei confronti dell'*ex* fallito oppure chiedere una nuova dichiarazione di fallimento, qualora l'*ex* fallito continui a rivestire la qualifica di imprenditore commerciale »⁽⁹⁵⁾.

L'art. 138 prevede che il concordato omologato possa essere annullato dal tribunale, su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopra che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

La norma, nello stabilire che « non è ammessa alcuna altra azione di nullità », chiarisce che si tratta dell'unica ipotesi di possibile invalidazione del concordato.

Anche per l'annullamento – stante l'*eadem ratio* – è fissato un termine decadenziale per proporre l'azione, individuato in sei mesi dalla scoperta del dolo e comunque in due anni dalla scadenza fissata per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Il procedimento attraverso cui si addivene alla riapertura del fallimento per effetto della risoluzione o dell'annullamento del concordato è comune alle due fattispecie in esame, atteso che l'art. 138 statuisce che nel caso di annullamento « si procede a norma dell'articolo 137 ».

In base a quest'ultima previsione: *a*) si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 15 (norma, questa, volta ad omologare il procedimento allo schema uniforme del rito camerale); *b*) al procedimento è chiamato a partecipare l'eventuale garante; *c*) la sentenza che riapre la procedura di fallimento è provvisoriamente esecutiva; *d*) essa è reclamabile ai sensi dell'articolo 18.

L'art. 139 stabilisce che la sentenza che, nel pronunciare la risoluzione o l'annullamento del concordato, riapre la procedura di fallimento, provvede ai sensi dell'articolo 121, richiamando in ufficio il giudice delegato e il curatore, ovvero rinominandoli, e fissando i termini *ex* art. 16, 1° comma, nn. 4) e 5), se del caso abbreviandoli non oltre la metà. Come negli altri casi di ria-

⁽⁹⁵⁾ CENSONI, *op. cit.*, 382.

pertura del fallimento, inoltre, i creditori già ammessi al passivo possono limitarsi a chiedere la conferma del provvedimento, a meno che intendano insinuare al passivo ulteriori interessi.

Il successivo art. 140 prevede che gli effetti della riapertura siano regolati dagli artt. 122 e 123, ma al tempo stesso introduce alcune varianti. In particolare: (i) i creditori anteriori conservano le garanzie per le somme ad essi ancora dovute in base al concordato risolto o annullato; (ii) concorrono per l'importo del primitivo credito, detratta la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato, e non sono tenuti a restituire quanto già percepito ⁽⁹⁶⁾; (iii) le azioni revocatorie già iniziate e interrotte per effetto del concordato possono essere riproposte (ferma l'esperibilità, ove possibile, di nuove revocatorie).

A dispetto dell'intervenuta pronuncia di risoluzione od annullamento, la legge consente al proponente, una volta che sia stato reso esecutivo il nuovo stato passivo, di presentare un'ulteriore proposta di concordato ⁽⁹⁷⁾. In considerazione di quanto accaduto, peraltro, l'art. 141 precisa che il concordato non può essere omologato ove prima dell'udienza a ciò destinata non siano state depositate, nei modi stabiliti del giudice delegato, le somme occorrenti per il suo integrale adempimento, o non siano state prestate garanzie equivalenti ⁽⁹⁸⁾.

11. - *Il concordato delle società e dei soci.*

La disciplina del concordato di società è venuta ad assumere, nel tempo, un'importanza crescente, dovuta essenzialmente al fatto che il maggior numero di fallimenti, specie nelle zone economicamente più sviluppate del Paese, riguarda soggetti che esercitano l'impresa in forma collettiva.

Già il legislatore del 1942, per vero, aveva dedicato una disciplina *ad hoc*, stabilendo, all'art. 152, le modalità di approvazione e sottoscrizione della proposta e, all'articolo successivo, gli effetti del concordato nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

⁽⁹⁶⁾ Osserva in proposito CENSONI, *cit.*, 384, che « non sono tenuti a restituire quanto hanno già riscosso e concorrono per l'importo del primitivo credito, detratta ovviamente la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato ».

⁽⁹⁷⁾ In argomento, ampiamente, DEMARCHI, *La riapertura del fallimento e la nuova proposta di concordato*, in *Il nuovo concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, *cit.*, 371 ss., cui *adde* COPPOLA, *Presentazione di un nuovo concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Pacchi, *cit.*, 331 ss.

⁽⁹⁸⁾ Osserva in proposito NARDECCHIA, *op. cit.*, 292, che, « evidentemente, vi è una presunzione di scarsa affidabilità del proponente ».

Il d. lgs. n. 5/2006 è intervenuto a modificare parzialmente tale disciplina, per lo più al fine di adattarla al diritto societario *medio tempore* riformato.

Il nuovo art. 152, infatti, dopo aver ribadito, al 1° comma, la necessità che la domanda presentata dalla società fallita sia sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza, detta, al 2° comma, le regole per la sua approvazione; e mentre per le società di persone esso riafferma il *quorum* della maggioranza assoluta del capitale, per le società di capitali prevede che proposta e condizioni del concordato, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, siano deliberate dagli amministratori, con ciò sovvertendo il rapporto regola-eccezione della norma previgente, che sanciva la competenza dell'assemblea straordinaria a meno che il relativo potere fosse delegato agli amministratori.

Questa previsione risulta coerente con la tendenza ordinamentale, in materia di società azionarie, al trasferimento di prerogative assembleari in capo all'organo gestorio, sebbene occorra riconoscere che, in tal modo (e salva la possibilità di un diverso assetto in sede statutaria), i soci di minoranza rimangono privi di voce in capitolo ⁽⁹⁹⁾.

Nel caso in cui lo statuto della s.p.a. contempli la presenza di un consiglio d'amministrazione, si è perciò giustamente osservato, a livello teorico, che « oggi, trattandosi di competenza direttamente attribuita dal legislatore agli amministratori, non paiono sussistere ostacoli all'eventuale delega degli stessi a favore degli organi delegati » ⁽¹⁰⁰⁾; parrebbe tuttavia preferibile, dal punto di vista pratico, adottare una deliberazione collegiale, se non altro sotto il profilo dell'opportuna condivisione di responsabilità rispetto ad una scelta così rilevante.

Sempre con riferimento alla s.p.a. merita ricordare che, ove siano stati emessi titoli obbligazionari, sulla proposta di concordato è chiamata a pronunciarsi anche l'assemblea degli obbligazionisti (art. 2415, 1° comma, n. 3).

La decisione di presentare domanda di concordato – afferma l'u. comma dell'art. 152 – deve risultare da verbale redatto da un notaio e va depositata ed iscritta nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c. Il predetto richiamo non sembra escludere, per quanto concerne la s.r.l., l'adozione del

⁽⁹⁹⁾ Cfr., per analoga osservazione in tema di concordato preventivo, AMBROSINI, *op. cit.*, 65, nota 1, ove l'ulteriore rilievo che « la soluzione accolta può forse destare qualche perplessità con riguardo all'ipotesi di « disallineamento » fra *management* e proprietà, dato il carattere fortemente invasivo di una scelta siffatta rispetto alle sorti dell'impresa ».

⁽¹⁰⁰⁾ Così CAGNASSO, *Il concordato fallimentare della società*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, 50.

metodo della consultazione scritta o del consenso scritto *ex art.* 2475, 4° comma, c.c., anche in ragione del fatto che la norma, all'u. comma, ne sancisce l'inapplicabilità ai soli casi di redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione e scissione e di aumento del capitale ⁽¹⁰¹⁾.

In base all'art. 153, degli effetti del concordato della società beneficiano i soci illimitatamente responsabili ⁽¹⁰²⁾, nel senso che esso, una volta acquistata efficacia *ex art.* 130, fa cessare *ipso jure* i fallimenti dichiarati in estensione. Contro il decreto che dichiara chiuso il fallimento del socio è legittimato ad opporsi non più, come in passato, il solo creditore particolare, bensì, in virtù del rimando all'art. 26, qualunque interessato.

Il fatto che il concordato della società comporti la chiusura anche dei fallimenti dei soci illimitatamente responsabili non esclude che ognuno di essi possa proporre il proprio concordato, indipendentemente da quello sociale. L'ipotesi, anzi, è presa espressamente in considerazione dall'art. 154, che individua i destinatari di tale proposta nei creditori sociali ed in quelli particolari che concorrono nel fallimento del socio.

⁽¹⁰¹⁾ Nello stesso senso CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 51.

⁽¹⁰²⁾ Va qui registrato un difetto di coordinamento rispetto alla formulazione dell'art. 147, 1° comma, ove si parla di « società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili ».