



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA SPECIALISTICA IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA IN DIRITTO FALLIMENTARE

**LA RISOLUZIONE
DEL CONCORDATO PREVENTIVO**

Relatore: Chiar.mo Prof.

Lorenzo Stanghellini

Tesi di laurea di:

Laura Germinara

Anno Accademico 2011/2012

A mio padre, per la scintilla dell'idea

A mia madre, per l'amore di ogni suo gesto

A mia sorella, per la sua insostituibile presenza

Ai miei amici, per l'affetto dimostraromi

*A Fabrizio Franchi, per avermi illuminato la strada
della professione*

A Costantino, per la pazienza di ogni rilettura

*Ai miei colleghi di studio, per la comprensione ed il
supporto*

INDICE

Introduzione	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

LA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO

1. La procedura di concordato preventivo nel testo del R.D. n. 267/1942 vigente per le procedure dichiarate sino al 16 marzo 2005.....	9
1.1 Il concordato preventivo con garanzia	13
1.2 Il concordato preventivo con cessione dei beni	15
1.3 Il concordato preventivo “misto”.....	20
1.4 Cenni su alcuni aspetti procedurali del concordato preventivo.....	25
2. Le fasi della riforma della Legge fallimentare.....	28
3. La procedura di concordato preventivo nel testo del R.D. n. 267/1942, come modificato e corretto dal D. Lgs. n. 169/2007.....	38
3.1 Requisito soggettivo.....	41
3.2 Requisito oggettivo.....	43
3.3 La domanda di ammissione ed il piano del concordato.....	45
3.4 La consultazione dei creditori.....	51
3.5 L’omologazione.....	53
3.6 Esecuzione, risoluzione ed annullamento.....	54
4. Le principali novità introdotte dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 – c.d. Decreto Sviluppo.....	56
4.1 Il ricorso con riserva <i>ex art.</i> 161, comma 6, l.f.....	56
4.2 Lo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione.....	58
4.3 Il contenuto del ricorso e del piano	59
4.4 L’attestazione del piano modificato.....	59
4.5 Gli effetti del ricorso.....	61

4.6 La votazione dei creditori.....	62
4.7 La sospensione delle norme relative alla ricapitalizzazione delle società....	64
4.8 Il concordato preventivo con continuità aziendale <i>ex art.</i> 186-bis l.f.	65
4.9 I finanziamenti.....	67
4.10 La sanzione penale.....	69
5. Le principali novità introdotte dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 – c.d. Decreto Sviluppo- <i>bis</i> come modificata dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228 (cd Legge Stabilità 2013).....	71
6. Natura del concordato preventivo e risoluzione per inadempimento.....	74
6.1 La privatizzazione del concordato preventivo.....	81
6.2 La votazione dei creditori nel concordato preventivo.....	86
7. Il controllo del Tribunale sul merito della proposta, all’ammissione ed all’omologa – cenni.....	98
8. Provvedimenti del Tribunale in caso di omologa di concordato preventivo con cessione dei beni.....	118

CAPITOLO II

LA RISOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Introduzione.....	131
1.1 La disciplina della risoluzione del concordato preventivo prevista dal R.D. n. 267/1942 nel testo vigente per le procedure dichiarate sino al 16 luglio 2006.....	150
1.2 La disciplina della risoluzione del concordato preventivo prevista dal R.D. n. 267/1942 nel testo vigente per le procedure dichiarate dal 16 luglio 2006.....	154
2. La disciplina della risoluzione del concordato preventivo prevista dall’art. 186 l.f. nel testo attualmente vigente.....	156
3. Il termine	158

4. L'oggetto dell'inadempimento.....	163
4.1 Nel concordato preventivo con garanzia.....	165
4.2 Nel concordato preventivo con cessione dei beni.....	169
5. La misura dell'inadempimento.....	184
6. L'elemento soggettivo.....	192
7. Casi di irrisolubilità del concordato preventivo.....	196

CAPITOLO III
IL PROCEDIMENTO DI RISOLUZIONE
DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Introduzione	198
2. Legittimazione attiva	200
2.1 Individuazione dei creditori che hanno la legittimazione attiva <i>ex art. 186 l.f.</i>	200
2.2 Informativa ai creditori sulla fase esecutiva del concordato.....	204
3. Competenza.....	206
4. Procedimento di risoluzione del concordato preventivo.....	206
4.1 Termine di decadenza.....	207
4.2 Convocazione.....	208
4.2.1 Convocazione del garante	210
4.3 Mezzi istruttori	218
5. Forma e contenuto del provvedimento del Tribunale sia di rigetto che di accoglimento.....	220
5.1 Adempimento, nelle more del giudizio di risoluzione, da parte del debitore o di un soggetto terzo, neo garante.....	223
6. Mezzi di impugnazione.....	223
6.1 Avverso il provvedimento emesso dal Tribunale.....	223
6.2 Avverso il provvedimento emesso dalla Corte d'Appello	224
7. Gli strumenti alternativi alla richiesta di risoluzione del concordato preventivo	225

CAPITOLO IV
GLI EFFETTI DELLA RISOLUZIONE
DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Introduzione.....	229
2. Ripetibilità dei pagamenti o di altri atti satisfattivi dei creditori posti in essere in corso di procedura od in esecuzione di essa	231
3. Effetti della risoluzione del concordato preventivo nel successivo fallimento.....	234
3.1 Sorte degli atti posti in essere in pendenza di procedura o dopo la sua omologazione, ma prima della dichiarazione di fallimento.....	234
3.2 Teoria della consecuzione delle procedure concorsuali. Azione revocatoria e decorso degli interessi.....	236
4. Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di procedura e successivamente all'omologazione	244
5. Sorte delle garanzie prestate per l'adempimento del concordato.....	249
6. Effetti fiscali della risoluzione del concordato preventivo.....	250
6.1 Il concordato preventivo: sopravvenienze attive e plusvalenze.....	251
6.2 La risoluzione del concordato preventivo: sopravvenienze passive e minusvalenze.....	257
6.3 Risoluzione del concordato preventivo e transazione fiscale <i>ex art 182-ter l.f.</i>	262
 Conclusioni	 271
 Bibliografia	 288
 Ringraziamenti	 315

Introduzione

La procedura di concordato preventivo, disciplinata dagli articoli 160 e seguenti del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ha subito una progressiva metamorfosi, a partire dalle riforme alla legge fallimentare intervenute dal 2005 in avanti, abbandonando sempre più il ruolo di paracadute verso un fallimento quasi sicuro, per assumere quello di strumento a disposizione dell'imprenditore, anche soltanto in crisi, per trovare un nuovo equilibrio economico-finanziario, ristrutturando i debiti, grazie alle soluzioni più diversificate e beneficiando degli effetti protettivi del patrimonio connessi alla presentazione al Tribunale della domanda di ammissione alla procedura, primo fra tutti quello dell'inibizione delle procedure esecutive individuali *ex art. 168 l.f.*

Con l'entrata in vigore delle Leggi 7 agosto 2012, n. 134 e 17 dicembre 2012 n. 221, modificata dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, la procedura di concordato preventivo ha cambiato definitivamente volto, e oggi si può senz'altro dire che essa, se correttamente utilizzata, può divenire addirittura una grande opportunità, sia per l'imprenditore in crisi che per i protagonisti del tessuto economico in cui questo si muove, potendo egli, sotto l'egida del Tribunale, al contempo ristrutturare i debiti, acquisire nuova finanza, garantire la continuità dell'esercizio dell'attività, e innescare una miccia virtuosa che nel medio periodo può generare nuova ricchezza, il tutto usufruendo della tutela conservativa rafforzata in seguito all'entrata in vigore della citata l. n. 134/2012, la quale ha esteso il divieto di cui all'art. 168 l.f. anche alle azioni cautelari sul patrimonio del debitore ed ha introdotto l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato nel Registro Imprese.

L'opportunità c'è, così come quella di sagomare la proposta di concordato ai creditori su misura per ogni imprenditore, potendo spaziare da soluzioni più fantasiose a quelle più tradizionali, prima tra tutte la *cessio bonorum*, che sino ad oggi ha fatto da padrona, modellando la proposta stessa ed il piano in base ad alcuni parametri, quali, ad esempio, le dimensioni della crisi e dell'azienda, la volontà dell'imprenditore di proseguire o meno l'attività, di cederla o trasformarla, le risorse finanziarie a disposizione, le garanzie rilasciate ai creditori e quelle acquisibili da terzi per la realizzazione degli impegni assunti, la possibilità o meno di reperire risorse extra da aggiungere a quelle patrimoniali proprie dell'impresa.

Qualsiasi sia la proposta offerta ai creditori, il piano che la supporta deve essere fattibile e gli obblighi assunti devono essere adempiuti.

Con il decreto di omologazione *ex art.* 180 l.f., infatti, la procedura di concordato preventivo si chiude e ha inizio la fase esecutiva, in cui il debitore od il liquidatore devono porre in essere tutte quelle operazioni che permettano di pervenire all'adempimento del "patto concordatario", attribuendo ai creditori tutto (e solo o almeno) quello che nella proposta è previsto.

In caso contrario, il concordato non raggiunge il suo scopo ed il creditore ha diritto, alle condizioni indicate nell'art. 186 l.f., di chiedere al Tribunale che esso venga risolto, sì da ottenere il caducamento dell'effetto esdebitatorio proprio di tale procedura concorsuale, e, quindi, tornare ad essere titolare del valore nominale del proprio credito, che sarà soddisfatto in via individuale od insinuato al passivo fallimentare.

Lo scopo del presente lavoro è quello di accendere il riflettore sulla fase esecutiva del concordato preventivo, con particolare riferimento alla sua patologia, ovvero, al caso in cui gli obiettivi prefissati nel piano non sono raggiunti, le obbligazioni non sono

adempite, la proposta non è rispettata ed i creditori si dolgono di ciò, rivolgendosi al Tribunale perché pronunci la risoluzione del concordato.

Prima di addentrarmi nell'esegesi dell'art. 186 l.f., dedicato, appunto alla risoluzione ed all'annullamento del concordato preventivo, ho ritenuto doveroso inquadrare l'istituto, tratteggiandone i caratteri salienti, anche grazie ad un breve *excursus* storico, che ha permesso di capire meglio la disciplina attualmente vigente.

Il primo capitolo, infatti, è un sentiero che si sviluppa dall'antico istituto della *cessio bonorum ex lege julia*, a quello della moratoria fallimentare del codice di commercio del 1882, sino ad approdare al concordato preventivo come accolto dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge fallimentare), soffermandosi brevemente sui tratti distintivi delle due forme codificate del concordato con garanzia e con cessione dei beni, e su quella figlia della prassi del concordato cosiddetto "misto".

Negli anni '80 si leva un vento riformatore, che stenta però a tradursi in un organico progetto di riscrittura del testo della legge fallimentare, sì da renderlo più consono al contesto economico e sociale, profondamente modificatosi rispetto alla realtà che aveva generato il Regio Decreto n. 267/1942.

Dopo aver ripercorso le tappe singhiozzanti degli interventi legislativi in materia, dal D.L. 14/03/2005 n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80, al D. Lgs. 19 settembre 2007 n. 169, sino alle recenti L. 7 agosto 2012 n. 134 e L. 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (cd. Decreto Sviluppo-bis, recante Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), già modificata dalla Legge 24 dicembre 2012, n. 228 (cd. Legge Stabilità 2013), ho descritto la procedura di concordato preventivo, come profondamente rinnovata rispetto al passato dal D. Lgs. n. 169/2007, per poi indicare le principali ed altrettanto incisive modifiche introdotte dalla L. 134/2012.

Delineato il perimetro normativo, ho affrontato alcuni temi di particolare interesse, iniziando con una riflessione sulla natura della procedura di concordato preventivo, illustrando le ragioni sostenute dai fautori della tesi contrattualistica e le argomentazioni di coloro che, invece, ne affermano la natura pubblicistica, per poi riflettere più approfonditamente sulla cosiddetta “privatizzazione” della procedura, sulla sua effettiva esistenza, sulla sua reale portata e sui suoi effetti, anche ai fini della risoluzione della procedura, in connessione anche con il meccanismo della votazione di cui all’art. 177 l.f., che si sintetizza nella regola dell’approvazione a maggioranza del credito ammesso al voto, cui fa da contraltare, tuttavia, la norma che prevede l’efficacia del concordato per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese, *ex art. 184 l.f.*

Dopodichè ho spostato l’attenzione su un tema a questo connesso, quello dell’ammissibilità o meno di un controllo di merito del Tribunale sulla proposta di concordato, e dei limiti in cui esso è consentito, e, infine, mi sono soffermata sul concordato preventivo con cessione dei beni, sviluppando, attraverso l’analisi dell’art. 182 l.f., la riflessione sulla tematica concernente la possibilità o meno del Tribunale di integrare il piano di liquidazione dei beni proposto dal debitore ed eventualmente entro quali limiti, con particolare riferimento alla nomina del liquidatore.

Nel secondo capitolo ho posto l’attenzione su due concetti chiave, quello del piano del concordato, e quello della sua fattibilità, cercando di darne una definizione, per poi identificare le obbligazioni che scaturiscono dall’omologazione del concordato e, quindi, quando si possa affermare che esse non sono state adempiute e, in generale, cosa debba intendersi per inadempimento della proposta e del piano e, in connessione diretta con la fattibilità, ho parlato dell’importante ruolo del professionista che tale fattibilità deve attestare ai sensi dell’art. 161 l.f..

Mi sono chiesta, poi, se una proposta attuata con modalità diverse da quelle indicate nel piano, ma centrando comunque l'obiettivo del soddisfacimento dei creditori, possa o meno essere risolta, se il piano possa essere adeguato e modificato in modo elastico in base allo svolgersi della sua esecuzione rispettando l'offerta di soddisfacimento concordata con i creditori, o se invece debba essere considerato rigido ed immutabile, tanto da ritenere che qualsiasi oscillazione di esso possa essere causa di risoluzione del concordato.

Per rispondere a tali interrogativi, ho ripercorso la precedente disciplina, la portata delle novità introdotte dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, entrato in vigore il 16 luglio 2006, per poi procedere con l'esegesi dell'art. 186 l.f., come riformulato dal D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, norma appunto dedicata alla risoluzione del concordato preventivo, la quale prevede che la risoluzione possa essere chiesta dai creditori per inadempimento e che essa non può essere pronunciata se l'inadempimento ha scarsa importanza.

Mutuando la cognizione di inadempimento dalla disciplina contrattualistica, ne consegue che per poter parlare di inadempimento occorre in primo luogo che la prestazione sia esigibile. Mi sono chiesta, allora, se l'indicazione del termine di adempimento sia un requisito essenziale della proposta di concordato e cosa accade qualora esso non sia indicato, e, infine, se esso possa essere prorogato o modificato nella fase esecutiva della procedura.

Il secondo argomento trattato è quello dell'oggetto dell'inadempimento, ovvero, quali siano le obbligazioni che scaturiscono dalla omologazione della procedura, sia nel caso di concordato con garanzia che con cessione dei beni, ponendomi, con riguardo a quest'ultimo, due interrogativi: se sia obbligatorio formulare la proposta di concordato con indicazione della percentuale di soddisfacimento offerta ai creditori; quale sia il momento in cui può dirsi che dalla

liquidazione dei beni non si otterranno le risorse necessarie per rispettare gli impegni fissati nella proposta di concordato e, quindi, che il concordato possa essere risolto.

Il secondo comma dell'art. 186 l.f. ha introdotto, innovando rispetto al passato, il principio contrattuale dell'importanza dell'inadempimento. Ecco allora che, chiarito quale sia l'oggetto dell'adempimento, sono passata ad occuparmi della misura dell'inadempimento che rende accoglibile l'istanza di risoluzione, concetto ontologicamente relativo, per il quale occorre stabilire il termine di raffronto, e, in particolare, se la gravità debba essere valutata con riferimento alla singola posizione del creditore istante o, invece, al complesso degli obblighi concordatari.

Inoltre, l'avvicinamento della risoluzione del concordato preventivo all'istituto della risoluzione contrattuale *ex art. 1455 c.c.* ha generato la domanda se l'inadempimento, oltre che di non scarsa importanza, debba essere, ancor prima, imputabile al debitore.

Infine, ho chiuso il secondo capitolo con l'indagine del terzo comma dell'art. 186 l.f., il quale prevede casi in cui il concordato preventivo non può essere risolto.

Il terzo capitolo è dedicato al procedimento di risoluzione del concordato preventivo, per la cui ricostruzione è necessario combinare quanto disposto dagli articoli 186, 137, 138 e 15 della legge fallimentare, soffermandomi sui soggetti a cui il legislatore ha riconosciuto la legittimazione attiva e su come essi possono o devono essere informati circa lo stato della fase esecutiva del concordato stesso, per poi passare ad individuare il Tribunale competente ed il termine entro cui l'azione deve essere esercitata, quali siano i soggetti che devono essere chiamati al contraddittorio, e quali i mezzi istruttori che possono essere esperiti dalle parti.

Dopodichè mi sono occupata della forma e del contenuto del provvedimento del Tribunale, sia di rigetto che di accoglimento della domanda di risoluzione, cercando di capire anche cosa accada se nelle more del giudizio il concordato venga adempiuto, anche da parte del garante o di un soggetto terzo, neo garante.

Sono passata poi ad illustrare i mezzi di impugnazione, sia avverso il provvedimento emesso dal Tribunale che dalla Corte d'Appello, per poi concludere illustrando gli strumenti alternativi alla richiesta di risoluzione del concordato preventivo.

Nell'ultimo capitolo mi sono chiesta quali siano gli effetti della risoluzione del concordato, sia nel caso in cui il debitore torna *in bonis* sia nell'ipotesi in cui ad essa segua la dichiarazione di fallimento, e se, in tal caso, siano applicabili le norme dettate in materia di prededuzione e revocatoria ed in che modo, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 69-*bis* l.f., per la cui applicabilità in concreto mi sono domandata se possa essere ancora oggi valida ed utile, con gli opportuni adattamenti, la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, per poi spostare l'attenzione sulla sorte delle garanzie prestate a favore del concordato preventivo.

Infine, mi sono soffermata sugli effetti fiscali connessi alla risoluzione del concordato preventivo, ricordando in prima battuta le norme previste in materia di imposte sui redditi circa la tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze e vedendo poi come esse si atteggiino qualora la procedura di concordato venga meno.

Dopodichè, ho posto l'attenzione sul quinto comma dell'art. 182-*ter* l.f., che prevede che con l'omologazione della procedura si determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi oggetto di transazione fiscale. Mi sono allora domandata cosa accada qualora il concordato sia successivamente risolto, sia con riferimento all'eventuale ripresa del contenzioso, sia con riferimento

all'intangibilità o meno del credito tributario, oggetto del ricorso, ricercando una soluzione rispettosa sia dei principi concorsuali che della natura impugnatoria del processo tributario e del diritto di difesa del contribuente.

Capitolo I

La procedura di concordato preventivo

1. La procedura di concordato preventivo nel testo del R.D. n. 267/1942 vigente per le procedure dichiarate sino al 16 marzo 2005

L'istituto del concordato preventivo mutua storicamente la propria origine dalla *cessio bonorum ex lege julia*, la quale poneva i beni del debitore in condizione di indisponibilità, senza che fossero trasferiti ai creditori e senza liberare l'obligato, che veniva solo preservato dall'infamia dell'esecuzione coatta¹.

Nel codice di commercio del 1882 era disciplinato l'istituto della moratoria fallimentare, che permetteva all'imprenditore che aveva cessato i pagamenti, di ottenere una dilazione nel caso in cui fosse stato dichiarato il fallimento (con sospensione degli effetti della sentenza), o di evitare l'apertura della procedura qualora giustificasse con valide prove che la cessazione dei pagamenti era la conseguenza di avvenimenti straordinari ed imprevedibili ovvero comunque scusabili, e dimostrasse con documenti o con prestazioni di idonea garanzia che l'attivo del suo patrimonio fosse superiore al passivo (artt. 819 *ss* cod. comm. 1882)².

L'istituto ebbe scarsa fortuna quale strumento di dilazione in vista del recupero della solvibilità, a causa della sua configurazione incerta e di difficile applicazione, mentre trovò maggior uso quale “arma persuasiva” per il debitore, il quale riusciva a concludere accordi fortemente remissori con i creditori, prospettando loro esiti ancor peggiori nel successivo fallimento³.

La legge 24 maggio 1903 n. 197 abrogò l'istituto della moratoria ed introdusse, su esempio della legislazione francese, quello del concordato

¹ A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008, 679 *ss*.

² V. Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2010, 5.

³ L. Stanghellini, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, fascicolo 2, 1993, (estratto), Giuffrè, Milano, 250-251.

preventivo, proponendosi lo scopo, tra l'altro, attraverso tale procedura, di limitare il ricorso ad accordi stragiudiziali⁴ e di offrire in concreto all'imprenditore la possibilità, attraverso l'accordo con tutti i suoi creditori, di liberarsi dai suoi debiti e di evitare la distruzione del complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ed ai creditori di ottenere un migliore soddisfacimento rispetto a quello conseguibile in una liquidazione fallimentare, imponendo il rigoroso rispetto del principio della *par condicio creditorum*⁵.

L'art. 2 della L. n. 197/1903 prescriveva che il debitore indicasse “i patti e le condizioni che intende proporre ai suoi creditori”, e l'art. 3 subordinava l'ammissione alla procedura alla circostanza che il debitore offrisse “serie garanzie, reali o personali, di poter pagare almeno il quaranta per cento del capitale dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o da pegno”.

Non era previsto, invece, che il debitore potesse proporre ai creditori un concordato attraverso la cessione dei beni in quanto tale soluzione appariva aleatoria, non garantendo affatto ai creditori chirografari la sicurezza di realizzare dalla liquidazione dei cespiti una somma sufficiente a pagare loro una percentuale almeno pari al quaranta per cento del loro credito⁶. Tuttavia in dottrina⁷ vi era chi sosteneva l'ammissibilità di un concordato di siffatto genere, a condizione che la cessione dei beni fosse sufficiente a coprire

⁴ La decisione di ricorrere all'accordo stragiudiziale poteva scaturire da diverse ragioni: da quella di evitare gli impacci derivanti dal controllo degli organi della procedura, a quello dell'esigenza di un trattamento differenziato ai creditori aventi la medesima collocazione ma interessi non omogenei, a quello dell'esigenza di una gestione unitaria della crisi di più imprese appartenenti allo stesso gruppo.

⁵ Lo scopo della legge era “quello di dare ai creditori l'immediato affidamento alla restituzione di una parte notevole e non la nuda speranza di un pagamento anche integrale, fondata su un miraggio”, così si legge nella relazione al progetto Gianturco del 1897, citato da L. Stanghellini, in *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 272.

⁶ In questo senso L. Bolaffio, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, UTET, 1932, 105 ss.

⁷ A. Butera, *Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti*, UTET, Torino, 1938, 172 ss.

almeno la percentuale di pagamento del quaranta per cento ai creditori chirografari⁸.

L'istituto del concordato preventivo, rivisitato attraverso le Leggi 17 aprile 1925 n. 473 e 10 luglio 1930 n. 995⁹, fu ridisegnato dal legislatore nell'ambito degli articoli 160-186 del R.D. n. 267/1942, quale procedura concorsuale minore idonea ad evitare, o meglio, a prevenire, il fallimento¹⁰.

Il legislatore del 1942, nel disciplinare l'insolvenza, oltre al fallimento, tratteggiò anche altre procedure in grado di assicurare, al tempo stesso il rispetto del fondamentale principio della *par condicio creditorum* e la conservazione del patrimonio del debitore, pur se entro ristretti limiti ed in presenza di determinate condizioni; lo scopo era, per dirlo con le parole utilizzate dal Guardasigilli nella relazione al R.D. n. 267/1942, di “*offrire al debitore onesto, ma sfortunato, il mezzo per evitare l'inesorabile distruzione della sua impresa, per sé stessa vitale, con danno per la pubblica economia*”, prevedendosi di realizzare, contestualmente, l'eliminazione dell'insolvenza ed il soddisfacimento, sia pure in percentuale, delle ragioni creditorie.

L'imprenditore commerciale era l'unico titolare¹¹ della facoltà di richiedere di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, che si

⁸ Tale interpretazione fu condivisa dal legislatore il quale introdusse tale forma di concordato nell'art. 160 del R.D. n. 267/1942.

⁹ La L. n. 995/1930 introdusse espressamente la risoluzione del concordato, prima ammessa solo implicitamente, e cioè, si giungeva ai medesimi effetti attribuendo a ciascun creditore la legittimazione a richiedere la dichiarazione di fallimento, nel quale ciascuno concorreva per l'importo originario, così L. Stanghellini, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 252 e 254, il quale alla nota 17, p. 252, spiega che questa “concezione fu il frutto dell'opera di Bolaffio, e alla sua idea della risoluzione del concordato come atto che giovava solo al richiedente; la *par condicio*, invece, secondo quell'autore, doveva essere tutelata anche in sede di risoluzione, non potendosi ammettere una risoluzione per qualcuno e non per tutti, ed inoltre non doveva esserci un lasso di tempo fra risoluzione e dichiarazione di fallimento, durante il quale i creditori più lesti potessero rompere la *par condicio* (...) In realtà, si riteneva implicita nella sentenza dichiarativa di fallimento la risoluzione del concordato preventivo”. Sostenevano questa seconda tesi G. Bonelli, *Del fallimento*, nel *Commentario al Codice di Commercio*, vol. VIII, t. 3, Milano, s.d., alla nota 8, 338; A. Rocco, *Postilla a Bolaffio*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 260.

¹⁰ G. Acciario - G.C. Fenu - A. Marchegiani - C. Volpe, *Guida al concordato preventivo*, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2011, 13 ss.

¹¹ D. Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene Editore, Napoli, 1986, 525 rileva che: “il carattere volontario è limitato solo all'iniziativa, alla quale è legittimato solo il debitore, perché questa dà luogo ad un processo di cui, nell'ambito della sua più grande natura esecutiva, non può negarsi, per la struttura e la possibilità di contrasti in relazione al permanente conflitto tra debitore e creditori in ordine al pagamento (comune ad ogni procedura concorsuale), un carattere contenzioso”.

concretizzava, in pratica, o in una proposta di pagamento dilazionato, assistita da garanzie reali o personali, o di pagamento parziale, assistita da garanzie reali o personali, o, infine, in una proposta di pagamento mediante cessione dei beni ai creditori.

Più specificamente, l'imprenditore poteva formulare o la proposta¹² di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato, offrendo serie garanzie reali o personali e, se era proposta una dilazione maggiore, offrendo le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi, oppure offrire in cessione ai creditori tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli strettamente personali indicati nell'art. 46 della Legge fallimentare, semprechè la valutazione di tali beni facesse fondatamente ritenere che i creditori privilegiati venissero pagati epr l'intero ed i chirografari potessero essere soddisfatti nella misura del 40%¹³. Il debitore non poteva offrire ai creditori una parte soltanto dei suoi beni, magari sul presupposto che l'attivo fosse superiore al passivo, ma, anzi, si intendevano compresi anche i beni sopravvenuti al debitore durante la procedura, sino all'omologazione del concordato¹⁴.

Quest'ultima declinazione dell'istituto, in particolare, ha rappresentato una novità rispetto al sistema originario che prevedeva soltanto il concordato con garanzia da cui, peraltro, nella prassi era scaturito il concordato di liquidazione, mediante il quale veniva consegnato ad uno o più liquidatori il patrimonio dell'imprenditore, ovviandosi con la garanzia patrimoniale

¹² Per ulteriori approfondimenti, R. Provinciali-G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1988, 791 ss; B. Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Ipsoa Informatica, 1981, 9 ss; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1976, 703 ss; "Prospettive della Riforma della legge fallimentare", Atti del Convegno Nazionale di Studio, Mantova, 21-22-23 ottobre 1988, Giuffrè, Milano, 1989; S. Bonfatti-P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2004, 277 ss; F. Abate-S. Merz, *Le procedure concorsuali, commento pratico - formulario - aspetti fiscali*, Cedam, Padova, 1987, 191 ss.

¹³ In entrambi i casi, era sottinteso che le spese di procedura, quelle in prededuzione ed i creditori privilegiati fossero pagati integralmente.

¹⁴ Nell'ipotesi che al termine della liquidazione i creditori fossero stati soddisfatti integralmente con quanto ricavato dalla vendita di una parte dei beni ceduti, i beni rimasti (e non liquidati) gli sarebbero stati restituiti. Così S. Bonfatti-P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 280-281.

generale alla mancanza di garanzie estrinseche. Nella Relazione del Guardasigilli, a commento dell'art. 160, è scritto: "E' però anche noto che nella pratica questo istituto aveva finito col deviare – ed era inevitabile – dalla originaria concezione: ed era diventato un mezzo per il debitore di superare onorevolmente il dissesto e ottenere la sua liberazione attraverso la cessione dei suoi beni ai creditori. Di fronte a questa realtà, la legge, anziché resistere e perpetuare la finzione, ha ritenuto che il miglior partito fosse quello di provvedere a disciplinarla: anche perché la cessione dei beni è sovente l'unico mezzo per conservare l'impresa, sia pure attraverso il mutamento del suo titolare"¹⁵.

1.1 Il concordato preventivo con garanzia

Il concordato preventivo con garanzia era conservativo, non essendo prevista la liquidazione del patrimonio del debitore, ed il soddisfacimento dei creditori era realizzato attraverso pagamenti eseguiti dal debitore stesso o da garanti. Pertanto, all'atto della domanda, il debitore doveva dimostrare di poter prestare le garanzie promesse, che potevano essere tipiche, reali o personali, od anche atipiche, mentre la concreta costituzione avveniva, su richiesta del commissario giudiziale, dopo l'ammissione e prima dell'adunanza dei creditori, in modo che questi ultimi potesse esprimere il voto dopo aver esaminato la sussistenza, l'entità e la serietà delle garanzie date.

Le garanzie atipiche potevano consistere, ad esempio, nell'offerta irrevocabile da parte di un terzo di rilevare tutto il patrimonio del debitore (od i cespiti maggiormente significativi) ad un prezzo superiore o pari a quello portato nella situazione patrimoniale rassegnata al tribunale, che comunque doveva essere sufficiente per pagare ai creditori le percentuali previste dalla legge. In tal caso la garanzia consisteva nella possibilità di ricavare più di quanto avrebbe potuto ottenersi dalla vendita dei beni o comunque nella

¹⁵ L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, 394.

possibilità di evitare una lunga e rischiosa liquidazione del patrimonio, il cui risultato era garantito a priori dall'acquirente¹⁶.

La disciplina dell'esecuzione, risoluzione ed annullamento era contenuta nell'art. 186 l.f., che rinviava all'art. 137 l.f., in tema di risoluzione di concordato fallimentare, anche se la giurisprudenza¹⁷ aveva aggiunto che tale richiamo dovesse intendersi alle norme "in quanto applicabili", essendo diversi gli effetti della risoluzione nelle due fattispecie, non fosse altro per il fatto che in caso di risoluzione del concordato fallimentare il fallimento veniva riaperto, mentre nel concordato preventivo il fallimento veniva dichiarato.

Una volta omologata la procedura, il debitore aveva l'obbligo di effettuare, in primo luogo, il pagamento dei creditori privilegiati, nei cui confronti, la proposta non poteva assumere alcun contenuto dilatorio; dopodichè, alle scadenze fissate nel piano, quelli a favore dei creditori chirografari, mentre se vi erano dei crediti contestati, per natura od entità, il pagamento veniva effettuato sotto forma di accantonamento delle somme, tramite deposito, nei modi fissati dal giudice delegato, presso un istituto di credito¹⁸.

Durante l'esecuzione del concordato, la sorveglianza degli organi della procedura¹⁹ era piuttosto attenuata, essendo limitata all'accertamento dell'adempimento e volta ad evitare il compimento di atti pregiudizievoli per i creditori, ma non si determinava alcun vincolo di indisponibilità del

¹⁶ Così G. Lo Cascio, citato da B. Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, cit., 22.

¹⁷ Cass. 15 marzo 1961 n. 581, in *Foro it.*, 1961, c. 596.

¹⁸ Mancando nel concordato preventivo una fase di accertamento dello stato passivo, i creditori venivano soddisfatti (e così ancora oggi, non essendo mutata la disciplina del concordato preventivo sotto tale profilo) ordinariamente sulla base delle risultanze dell'elenco verificato dal commissario giudiziale ex art. 171, I co., l.f. o delle determinazioni adottate dal giudice delegato nell'adunanza dei creditori, che però non pregiudicavano le pronunce definitive sulla sussistenza dei crediti (art. 176, I co., l.f.). Ove fossero insorte controversie sulla sussistenza, entità e rango dei crediti, queste andavano risolte in un ordinario giudizio di cognizione (Cass. 18 agosto n. 8116, in www.leggiditalia.it), in contraddittorio con il debitore.

¹⁹ La sorveglianza dell'esecuzione del concordato era affidata soltanto al Commissario giudiziale, non essendo costituito un Comitato dei Creditori (art. 185, I co, l.f.).

patrimonio, né era prevista alcuna autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione²⁰.

La procedura di concordato preventivo con garanzia poteva risolversi se la garanzia promessa non veniva costituita in conformità della proposta o se il debitore non adempiva regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato o dalla sentenza di omologazione, sempreché non fosse trascorso più di un anno dalla scadenza dell'ultimo adempimento²¹.

La risoluzione poteva essere chiesta dai creditori, sia privilegiati che chirografari, ed anche essere pronunciata d'ufficio, mentre si riteneva fosse esclusa la possibilità della risoluzione individuale perché contraria alla *par condicio*²², e che la stessa potesse essere chiesta dal debitore²³.

1.2 Il concordato preventivo con cessione dei beni

Il concordato preventivo con cessione dei beni era di regola liquidatorio, essendo prevista, appunto, l'alienazione dei cespiti del debitore, in forme diverse da quelle percorribili nell'ambito della procedura fallimentare, e proprio dalla liquidazione erano tratte le risorse destinate a pagare i creditori chirografari, almeno nelle percentuali previste dall'art. 160 l.f..

In realtà, esisteva un certo margine riconosciuto all'autonomia privata, che consentiva anche forme di cessione non liquidative. Infatti, nella

²⁰ Tribunale di Roma, 10 marzo 1961, in *Dir. fall.*, II, 369; Cass. 9 maggio 1959 n. 1519, in *Dir. comm.*, 1959, II, 85.

²¹ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 1979, 232. La giurisprudenza si era orientata sia nel senso di ritenere che nel termine annuale non solo dovesse essere presentata la domanda di risoluzione, ma che essa dovesse anche essere pronunciata (Tribunale di Napoli, 2 aprile 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, 524), sia nel senso che l'azione di risoluzione dovesse essere ritualmente proposta entro l'anno della scadenza dell'ultimo pagamento, anche se nelle more del procedimento il termine fosse poi scaduto (Cass. 21 maggio 1955 n. 1485, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1142). Inoltre, la giurisprudenza aveva anche affermato che in caso di inadempimento agli obblighi del concordato, il creditore del debitore concordatario, oltre a proporre al Tribunale istanza per la dichiarazione di risoluzione del concordato, potesse anche agire giudizialmente per l'adempimento degli obblighi derivanti dallo stesso (Cass. 19 febbraio 1964 n. 372, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 496, con nota di L. Bianchi D'Espinosa, *Risoluzione del concordato e domanda di adempimento*).

²² Cass. 22 gennaio 1940 n. 263, in *Foro it.*, 1940, I, c. 975; P.A. Capotosti, *Osservazioni in tema di azione individuale del creditore insoddisfatto susseguente ad inadempimento del concordato fallimentare*, nota a Cass. 19 febbraio 1964 n. 372, in *Dir. comm.*, 1964, II, 448.

²³ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 1979, 232-233.

Relazione al R.D. n. 267/1942 il Guardasigilli scriveva: “la legge non ha voluto stabilire schemi rigidi di cessione, lasciando agli interessati di raggiungere l’accordo nel modo più conveniente sotto la guida prudente e vigilante del giudice. Così la cessione potrà assumere la forma del trasferimento dei beni ai creditori in proprietà, o quella di una procura irrevocabile o quella di una liquidazione giudiziale vera e propria (...) Non è del resto da escludersi che i creditori possano anche mettersi d’accordo per rilevare l’impresa e gestirla nell’interesse comune”.

Dalla *cessio bonorum* erano esclusi i beni impignorabili, ma potevano essere inclusi quelli di terzi obbligati in solido con l’imprenditore verso i creditori sociali od anche di terzi non responsabili (quali il coniuge o i soci limitatamente responsabili).

Perché la domanda di concordato preventivo con cessione dei beni potesse essere ammessa dal tribunale, era indispensabile che la valutazione dei cespiti ceduti facesse fondatamente presumere di poter soddisfare integralmente i creditori privilegiati ed i creditori chirografari nella misura del quaranta per cento. La giurisprudenza²⁴ aveva più volte ribadito che tale fondata opinione dovesse essere intesa quale “quasi certezza” che in base all’*id quod plerumque accidit* la liquidazione dei beni stessi avrebbe fornito i mezzi necessari al predetto soddisfacimento.

Secondo la concezione tradizionale²⁵, la cessione concordataria dei beni andava ricondotta alla figura di cui all’art. 1977 c.c., consistendo in una forma di mandato irrevocabile *in rem propriam* con effetti meramente e necessariamente obbligatori. La Suprema Corte aveva precisato che mancando l’effetto traslativo della proprietà, ove la cessione avesse riguardato un complesso aziendale, si sarebbe dovuto escludere la configurabilità di un

²⁴ Cass. 9 aprile 1989 n. 2809 in www.leggiditalia.it; Cass. 28 luglio 1989 n. 3527 in www.leggiditalia.it; Cass. 21 gennaio 1999 n. 531 in www.leggiditalia.it.

²⁵ Per i puntuali riferimenti a dottrina e giurisprudenza, si rinvia a A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2000, *sub* art. 160, 669, nonché B. Quatraro, *Concordato preventivo per cessione dei beni*, in Atti del *Convegno sul tema “Il concordato Preventivo”*, tenutosi a Fabriano il 18-19 marzo 1988, Buffetti Editore, Roma, 1988, 129 *ss.* Il tema viene ulteriormente approfondito nel presente elaborato, *infra* pag. 77.

trasferimento d'azienda, dovendosi conseguentemente negarsi che i rapporti di lavoro fossero proseguiti con la massa dei creditori o con il liquidatore nominato in sede di omologazione del concordato, e che costoro rispondessero in solido dei debiti inerenti a tali rapporti.

Una parte della dottrina, viceversa, individuava nella cessione dei beni una *datio in solutum* con liberazione immediata del debitore, mentre altri autori ed anche la giurisprudenza di merito rilevarono che la natura giuridica del concordato preventivo con cessione dei beni non poteva essere stabilita a priori, potendosi ipotizzare forme diverse di cessione che dovevano essere individuate caso per caso nel contenuto concreto del concordato e della relativa sentenza di omologazione. La cessione poteva avere, infatti, efficacia traslativa della proprietà dei beni in capo ai creditori, con immediata liberazione dei creditori, se espressamente previsto, come invece, al contrario, in mancanza di un'esplicita previsione in tal senso, la cessione comportava soltanto il traferimento in favore degli organi della procedura della legittimazione a disporre dei beni ceduti, e soltanto al momento dell'effettivo conseguimento da parte dei creditori sul ricavato della liquidazione delle somme loro spettanti, si produceva la liberazione del debitore.

Nella prima ipotesi si verificava una cessione *pro soluto*, con attribuzione ai creditori dell'eventuale eccedenza attiva ricavata dalla liquidazione, trattandosi di cessione con effetti reali²⁶. Viceversa, la cessione con effetti obbligatori era compatibile, secondo il contenuto della proposta, sia con il diritto del debitore alla restituzione del residuo attivo della liquidazione dopo il soddisfacimento dei creditori privilegiati e della percentuale concordataria dei crediti chirografari (cessione *pro solvendo*), sia con il diritto dei creditori all'eventuale ricavo superiore alla percentuale minima del

²⁶ Tribunale di Salerno, 06/03/1979, in *Fall.*, 1979, 906; Tribunale di Roma, 15/04/1976, in *Giur. comm.*, 1976, II, 532.

quaranta per cento, salvo il diritto del debitore all'eccedenza una volta soddisfatti integralmente i creditori chirografari²⁷.

Nel concordato preventivo con cessione dei beni non era prevista una formale costituzione di garanzie, poiché, ritenuto congruo il valore dei beni ceduti rispetto all'entità del passivo, era insita nella stessa cessione la fondata previsione del soddisfacimento delle ragioni creditorie, anche se niente impediva al debitore di rafforzare l'appetibilità della proposta concordataria offrendo ai creditori chirografari un'ulteriore tutela attraverso la costituzione di una qualche forma di garanzia.

Diverse teorie furono elaborate circa la natura e la funzione del liquidatore della *cessio bonorum*.

Parte della dottrina²⁸ e la giurisprudenza minoritaria²⁹, infatti, facendo coincidere il momento della chiusura della procedura di concordato preventivo con la ripartizione finale dell'attivo, riteneva che la natura pubblicistica della procedura si estendesse anche alla fase della liquidazione e, pertanto, vedeva il liquidatore quale organo della procedura medesima. Così si esprimeva un illustre autore³⁰: “L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale di questi anni, ha sempre di più riconosciuto il carattere pubblicistico della fase di liquidazione giudiziale, estendendo l'indagine ed il controllo del Giudice Delegato, del Tribunale e dello stesso Commissario Giudiziale sull'operato del liquidatore. Questa indiscutibile giurisdizionalizzazione del procedimento di liquidazione dei beni non può non comportare il recupero di una previsione pubblicistica della figura del liquidatore nominato dal Tribunale al quale, perciò, non può non riconoscersi la qualità di organo della procedura. (...) Del

²⁷ Cass. 13/05/1998 n. 4801, in www.leggiditalia.it, ha affermato che nell'ipotesi in cui il ricavato della liquidazione dei beni ceduti superi il capitale e gli interessi dovuti ai creditori, questi ultimi non possono agire sul residuo al fine di ottenere il pagamento degli interessi che sarebbero spettati al di fuori della procedura concorsuale e la cui decorrenza è rimasta invece sospesa, a norma degli articoli 169 e 55 l.f., per tutta la durata della procedura.

²⁸ Per i riferimenti, si rinvia a B. Quatraro, *Concordato preventivo per cessione dei beni*, in Atti del convegno su “Il concordato preventivo”, tenutosi a Fabriano il 18-19 marzo 1988, Buffetti Editore, Roma, 135.

²⁹ Tribunale di Macerata 1° giugno 1976, in *Riv. it. prev. soc.*, 1977, 122; Tribunale di Parma 16 settembre 1964, in *Dir. fall.*, 1964, II, 463.

³⁰ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 1986, 176-177 e 180.

resto, al liquidatore, in questi ultimi anni, si è via via estesa l'intera disciplina dettata dalla legge fallimentare in materia di liquidazione del compenso, di revoca, di legittimazione sostanziale e processuale inerente alla tutela del patrimonio ceduto, di rendiconto, di liquidazione e di ripartizione dell'attivo, ecc., quasi a volerlo assimilare in tutto e per tutto al curatore".

Secondo un'altra opinione³¹, il liquidatore era un mandatario dei creditori o del debitore³².

Tale tesi non era ritenuta appagante da altra dottrina³³, poiché era del tutto omessa la considerazione che il liquidatore della *cessio* concordataria ricava la sua investitura dalla nomina del tribunale in sede di omologa, e non da parte dei creditori e del debitore o su designazione di questi, e da tale nomina consegue il suo potere-dovere di gestire ed alienare i beni ceduti, in nome dell'imprenditore, ma per conto dei creditori-cessionari, ai quali deve distribuire il ricavato, fino alla concorrenza dei loro crediti, secondo le cause legittime di prelazione³⁴.

Vivamente dibattuto fu anche il problema della risolubilità del concordato preventivo nella forma della cessione dei beni, in quanto il comma 2° dell'art. 186 l.f. prevedeva che "questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento".

L'opinione prevalente si attestò sull'ammissibilità della risoluzione qualora fosse accertata l'impossibilità di corrispondere una qualsiasi percentuale ai creditori chirografari e di soddisfare integralmente i creditori privilegiati, poiché i primi avrebbero dovuto ottenere dal concordato un *quid pluris* rispetto al fallimento ed i secondi non avrebbero dovuto vedere alterare

³¹ Corte Appello Firenze, 6 ottobre 1956, in *Giurisprudenza toscana*, 156, 655.

³² Cass. 9 maggio 1958, n. 1519 in *Dir. fall.*, 1958, II, 429 ss; Cass. 15 novembre 1958, n. 3722, in *Dir. fall.*, 1959, II, 37.

³³ B. Quatraro, *Concordato preventivo per cessione dei beni*, cit., 138.

³⁴ B. Quatraro, *Concordato preventivo per cessione dei beni*, cit., 138, ricorda, poi che: "L'investitura da parte del Tribunale fa assumere al liquidatore dei beni un "ufficio" che, secondo Trib. Catania 12 gennaio 1981 (in *Dir. Fall.*, 1981, II, pag. 118) e Trib. Milano decreto 25 settembre 1980, in *Concordato preventivo IVISC*, inedito, e Ragusa Maggiore, *op. cit.*, pag. 1066 è "pubblico" mentre, secondo Bonsignori, è di "diritto privato", più simile al tutore ed al curatore che al curatore fallimentare od al Commissario Giudiziale o al Commissario Liquidatore".

la propria posizione creditoria, essendo rimasti estranei alla procedura³⁵; secondo alcuni Tribunali, il concordato preventivo doveva essere risolto anche quando la percentuale corrisposta in pagamento ai chirografari fosse di irrisoria entità. Pur verificandosi queste ipotesi, si riteneva che non potesse essere dichiarata la risoluzione nel caso di espressa previsione del trasferimento della proprietà dei beni ceduti, con liberazione immediata del debitore, così come era unanime che fosse risolubile il concordato preventivo per cessione dei beni qualora il debitore non avesse consegnato in tutto od in parte i beni oggetto della cessione, ovvero qualora gli stessi fossero gravati da diritti di terzi che ne avessero pregiudicato la disponibilità.

1.3 Il concordato preventivo “misto”

Nella prassi si diffuse anche una forma atipica di concordato preventivo, che consisteva in una proposta “mista”, caratterizzata, cioè, dalla combinazione degli elementi tipici delle due fattispecie individuate nel secondo comma dell’art. 160 l.f., prevedendo sia la cessione di tutti i beni del debitore sia, ad integrazione, l’offerta di garanzie reali o personali, in modo da assicurare il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati ed il pagamento nella percentuale del 40% o superiore dei creditori chirografari.

Tale forma di concordato, si proponeva, evidentemente, di eliminare il rischio dell’esito della liquidazione per i creditori chirografari, incentivando questi ad accettare la proposta ed il Tribunale ad omologarla, rendendola senza dubbio conveniente, rispetto ad una prospettiva fallimentare; la garanzia poteva essere costituita da fidejussioni bancarie, cessione di beni di terzi con mandato irrevocabile a liquidare, predeterminazione, come patto del concordato, della vendita di un ramo di azienda ad un soggetto e ad un prezzo indicati nella proposta e simili. Invece, più problematica era l’ipotesi del concordato preventivo con assuntore, che prevedesse, cioè, la cessione di tutti i beni ad un assuntore, il quale si impegnava a soddisfare i creditori in una

³⁵ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., sub art. 186, 741, anche per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

percentuale non inferiore a quella legale. Infatti, l'ipotesi non era espressamente contemplata dalla legge, ma la sua legittimità era indirettamente ricavata dal fatto che l'art. 186 l.f., in tema di risoluzione di concordato preventivo, si limitava a richiamare l'art. 137 l.f. (risoluzione del concordato fallimentare), senza escluderne espressamente il quarto comma, che riguardava, appunto, il caso dell'assuntore "con liberazione immediata del debitore"³⁶.

In ogni caso, seppur coesistessero nella fattispecie elementi delle due forme di concordato, la disciplina, nel suo aspetto caratterizzante, che era quello dell'assunzione o meno del rischio da parte dei creditori chirografari e della conseguente risolubilità o meno del concordato per corresponsione di una percentuale inferiore, era riconducibile allo schema dell'uno o dell'altro tipo di concordato: ad esempio, se il debitore, senza cedere i propri beni, li offriva in garanzia ai creditori, unitamente ad altre garanzie reali o personali³⁷, la fattispecie era quella del concordato con garanzia e ad essa si applicava la disciplina relativa, in particolare quella della risolubilità in caso di mancato pagamento dei creditori chirografari della percentuale promessa; se il debitore cedeva i propri beni e, inoltre, garantiva la corresponsione ai creditori chirografari della differenza tra il quaranta per cento e quanto ricavato dalla liquidazione, la fattispecie era mista, contenendo elementi della *cessio bonorum* e del concordato con garanzia. La disciplina, tuttavia, era quella del concordato con garanzia, assumendo rilievo preminente l'impegno a far conseguire ai creditori chirografari il 40%; di conseguenza, il concordato si risolveva se ad essi veniva corrisposta una percentuale inferiore; se il debitore cedeva i propri beni, prevedendo garanzie per assicurare il realizzo nella misura preventivata, la fattispecie e la disciplina era quella della *cessio bonorum*, poiché ai creditori chirografari non era assicurato il conseguimento del 40%. Infatti, se per l'effetto dell'emersione di altri debiti o per altra causa,

³⁶ S. Bonfatti-P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 283.

³⁷ Cass. 11 aprile 1989 n. 1737, in www.leggiditalia.it.

il realizzo preventivato non era sufficiente a corrispondere ai chirografari la suddetta percentuale, il concordato non si risolveva³⁸.

Il concordato misto, in presenza di adeguati investimenti da parte dell'eventuale acquirente dell'azienda, rappresentò uno strumento idoneo a rilanciare l'impresa e, nella prassi, andò anche ad occupare lo spazio riservato dal legislatore all'amministrazione controllata, procedura destinata specificamente al risanamento delle imprese in "temporanea difficoltà" di adempiere le proprie obbligazioni, che non aveva avuto grande applicazione, anche per i tempi molto stretti di durata della procedura, che spesso non consentivano un adeguato risanamento³⁹. Si andò affermando, infatti, la prassi di inserire nella domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo la cessione o l'affitto dell'azienda, con l'obiettivo di salvaguardare il valore economico dell'impresa e di mantenere i livelli occupazionali.

Tali soluzioni conservative apparivano⁴⁰ il frutto di una forzatura interpretativa, poiché la cessione dell'azienda non trovava riscontro nella legge fallimentare, e non era pacifica in giurisprudenza la sua compatibilità con il concordato preventivo con cessione dei beni, qualora la cessione fosse

³⁸ L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., 397.

³⁹ Essendo l'amministrazione controllata una semplice moratoria, questa sola agevolazione si era dimostrata insufficiente a risolvere la crisi d'impresa comportando, spesso, con il sommarsi di nuovi debiti prededucibili, un peggioramento rispetto alle condizioni iniziali. Il problema appariva poi tanto più grave in riferimento a quelle imprese la cui esclusione dalla sfera di applicazione dell'amministrazione straordinaria dipendeva esclusivamente dall'arbitrarietà dei presupposti fissati dalla legge che, ponendo appunto come criterio d'accesso l'indebitamento verso determinate categorie di creditori, impediva l'applicazione della procedura alla generalità delle grandi imprese in crisi, quando addirittura non determinava un incremento anche artificioso dei propri debiti, onde rientrare nei presupposti voluti dalla legge. Così F. Mancinelli, *Il concordato preventivo nell'ordinamento italiano ed in altri Paesi occidentali*, in Atti del Convegno su *Il concordato preventivo*, tenutosi a Fabriano il 18-19 marzo 1988, Buffetti Editore, Roma, 1988, 13. Ma vi fu anche chi, come B. Libonati, *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988, I, 462, prese atto che accanto alla mancanza di strumenti giuridici vi era anche una mancanza di seri incentivi economici in chi avrebbe potuto promuovere la riorganizzazione, con la inevitabile conseguenza della mancata formazione di una classe di operatori con un certo grado di professionalità e specializzazione, e chi suggerì che, *de iure condendo*, la soluzione "sarebbe probabilmente quella di affidare l'opera di riorganizzazione e di liquidazione (termini a questo punto non necessariamente antitetici) ad operatori professionali, in possesso di determinati requisiti di onorabilità e professionalità, che operino in regime di trasparenza e di assoggettamento a vigilanza (...) i quali gestiscano con criteri imprenditoriali e con congrui margini di profitto il patrimonio delle imprese meritevoli", L. Stanghellini, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., nota 68, p. 265.

⁴⁰ E. Frascaroli Santi, *L'incidenza del "pactum de non petendo" sull'insolvenza, alla luce delle recenti sentenze della Cassazione*, in Atti del Convegno S.I.S.C.O. *Crisi dell'impresa e procedure concorsuali*, tenutosi a Pescara il 21-22 ottobre 1994, S.I.S.C.O., Milano, 1994.

stata disposta prima dell'omologazione. Tuttavia, questa tendenza trovava una sua logica nel convincimento manifestatosi negli anni che, per una migliore tutela degli interessi dei creditori, fosse più vantaggioso valutare il patrimonio del debitore nella sua complessità, comprensivo, cioè, di beni materiali ed immateriali, quali marchi, brevetti, contratti, dipendenti e, quindi, in definitiva l'azienda nel suo complesso ed il suo avviamento⁴¹. La sensibilità verso la conservazione dell'occupazione trovava riscontro anche sul piano legislativo: infatti nel 1993 fu emanata la legge n. 223, che attribuiva il diritto di prelazione all'affittuario che avesse assunto la gestione anche parziale di aziende appartenenti ad imprese assoggettate a procedure concorsuali e, in particolare, a concordato preventivo con cessione dei beni⁴².

⁴¹ Parlano del concordato preventivo quale strumento utilizzabile per il risanamento dell'impresa D. Di Gravio, *I problemi del concordato preventivo*, De Cristofaro Editore, Roma, 1991, 132 ss; L. Guatri, *Turnaround – Declino, crisi e ritorno al valore*, EGEA, Milano, 1995, 292, ss. Quest'ultimo, in particolare, sostiene che “Il risanamento può infatti essere visto, nell'ottica dei creditori concordatari, come veicolo per valorizzare le attività materiali e soprattutto immateriali dell'impresa disastata, evitandone il realizzo a stralcio. Il risanamento dell'impresa può, in tal caso, essere condotto per due vie: a) per via indiretta, quando si svolge mediante la cessione a terzi del complesso aziendale o di rami o parti dell'azienda (col Concordato per cessione dei beni); b) per via indiretta, quando si compie, nell'ambito giuridico della stessa impresa disastata, a seguito di un accordo di stralcio e rateazione dei debiti o di alcune categorie di debiti (col Concordato finanziario)”. In quest'ultimo caso, il concordato preventivo era visto “come una sorta di Amministrazione controllata protratta nel tempo, con un Piano di rimborso di una parte dei crediti (sono infatti esclusi per legge i crediti privilegiati) definito dalla partenza e caratterizzato da una (eventuale, ma praticamente immancabile) decurtazione”.

⁴² La giurisprudenza, tuttavia, sottolineò che il concordato preventivo non doveva diventare lo strumento di salvataggio dei livelli occupazionali, posto che altrimenti il rischio sarebbe stato quello di negare all'imprenditore la scelta di far cessare l'impresa. Cfr. Tribunale di Verona, 18 marzo 1991, in *Nuovo diritto*, 1991, II, 805; Tribunale di Verona 6 marzo 1991, in *Dir. fall.*, 1992, I, 819. E così si esprimeva G. Siracusa, nel suo intervento “*Insolvenza ed etica nell'impresa*”, in Atti del Congresso Nazionale sul tema “*L'insolvenza delle imprese. Aspetti giuridici ed economici*”, tenutosi a Palermo, il 5-6 giugno 1987, estratto da *Dir. fall.*, n. 4/88, 599-600: “Il rischio ed il profitto sono due fatti non eliminabili nell'impresa, ma sono anche gli estremi di una catena lungo la quale c'è il lavoro, la produzione di beni e servizi, c'è l'adempimento a quello che è il vero ruolo sociale dell'imprenditore. Non possono essere ammesse scorciatoie o elusioni a questa catena. Elusioni, come osserviamo quotidianamente, rappresentate dal tentativo di supplire alle inefficienze con la sponsorizzazione politica o con ammiccamenti al potere politico al fine di eliminare il rischio trasferendolo sulle spalle della collettività. Per riequilibrare la dicotomia <<economia-etica>>, l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza deve essere dichiarato fallito. Gli operatori del diritto debbono tenere fermo tale punto e non lasciarsi lusingare, come purtroppo sovente avviene, dai problemi dell'occupazione perché lo pseudo-salvataggio di una impresa in decozione si risolve in un grave danno per la collettività, che ne paga le spese (...) perché i finanziamenti ad essa corrisposti sono denaro di tutti con la grave conseguenza di eliminare dall'economia, con effetti disastrosi, quell'etica che deve stare alla base di tutti i rapporti”.

La dottrina⁴³ osservò che lo strumento dell'affitto d'azienda, ampiamente utilizzato per la conservazione dell'impresa, fosse in realtà scarsamente efficiente, sia perché non consentiva all'affittuario nulla di più dell'ordinaria gestione, escludendo alla radice ogni possibilità di riorganizzazione, sia perché la suddetta limitazione in ordine al futuro cessionario andava a scapito della libera concorrenza sulla futura vendita dell'azienda, e quindi, dell'interesse dei creditori al massimo realizzo.

Non mancò chi parlò di “processo di snaturalizzazione” del dato normativo, per definire l'*iter* che aveva condotto alla disfunzione delle procedure concorsuali, evidenziando che “il problema principale dell'esercizio della giurisdizione nel dissesto dell'impresa è sicuramente quello della determinazione o più esattamente della ridefinizione dei principi sui quali l'intervento del Giudice deve fondarsi. Quei principi, fissati nel testo del 1942 con sufficiente chiarezza, sono stati sensibilmente deformati ovvero sono stati soppiantati da nuovi, opposti principi affermatasi in un clima socio-politico-culturale completamente diverso da quello nel quale i primi sono stati concepiti (...). Tale conflitto di principi ha determinato la più grande incertezza nell'applicazione della legge che, privata del supporto concettuale unitario sul quale si reggeva, si è difatto sgretolata rendendo più appariscenti gli originari difetti e divenendo comunque non più idonea al suo uso. (...) Un esame particolare merita la variegata congerie di interventi legislativi che hanno contribuito in misura determinante al processo di elusione del principio di tutela creditoria. Norma come l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, l'affitto d'azienda, etc. innestandosi in un determinato quadro culturale e politico hanno determinato un uso che può legittimamente definirsi strumentale delle procedure concorsuali. Ciò in quanto si è voluto affiancare, se non in alcuni casi totalmente sostituire, all'interesse del ceto creditorio l'interesse dell'impresa intesa come autonoma entità ed in quanto tale destinataria meritevole dell'intervento della collettività. In tal modo la tutela

⁴³ L. Stanghellini, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 270-271.

creditoria è stata ed è del tutto repressa e resa evanescente nell'ottica di un'illusoria tutela di pubblici interessi che ha invece, il più delle volte, contribuito all'accrescimento abnorme del debito pubblico a causa dell'alto costo delle procedure stesse. Non si vuole, con tali argomentazioni, disconoscere la necessità dell'intervento dello Stato in situazioni di particolare rilevanza socio-economica ma lo stesso non può determinare un sacrificio della tutela creditoria e, soprattutto, non può impedire che il patrimonio del debitore venga destinato al soddisfacimento realmente paritario della ragioni creditorie. E' quindi necessario che la legge di riforma traendo spunto dagli errori del passato, riporti tutta la materia concorsuale sui suoi originari binari»⁴⁴.

1.4 Cenni su alcuni aspetti procedurali del concordato preventivo

Il concordato preventivo era strutturato in tre fasi, una prima riservata alle attività, controlli e verifiche della presenza delle condizioni di ammissibilità della domanda, una seconda che riguardava le attività volte ad organizzare l'adunanza dei creditori ed il giudizio di omologazione, la terza atteneva, infine, all'esecuzione del concordato.

La procedura era caratterizzata dalla rilevanza del ruolo dell'organo giurisdizionale, il quale aveva, in un primo momento, il compito di controllare la presenza delle condizioni previste dalla norma per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, e, in un secondo momento, nell'ambito del giudizio di omologazione, esercitava un controllo di merito sulla proposta, il quale poteva anche vanificare il consenso prestato dai creditori nell'apposita adunanza.

Discussa era in giurisprudenza e dottrina l'individuazione di una quarta fase, di natura eventuale, relativa alla risoluzione o all'annullamento del concordato.

⁴⁴ L. Moscardino, *La tutela creditoria nel sistema normativo concorsuale tra indirizzi interpretativi e prospettive di riforma*, in Atti del Convegno dell'Osservatorio Procedure Concorsuali sul tema "Crisi d'impresa e prospettive legislative", tenutosi a Napoli, il 23-24 maggio 1996, Edizione Area di Ricerca di Napoli C.N.R., 1997, 173 ss.

Merita spendere qualche parola circa l'accertamento che il tribunale era chiamato a compiere in sede di omologazione.

L'art. 181 L.F., così recitava: "Il tribunale, accertata la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura, deve valutare:

- 1) la convenienza economica del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa;
- 2) se sono state raggiunte le maggioranze prescritte dalla legge, anche in relazione agli eventuali creditori esclusi che abbiano fatto opposizione all'esclusione;
- 3) se le garanzie offerte danno la sicurezza dell'adempimento del concordato e, nel caso previsto dall'articolo 160, comma 2, numero 2, se i beni offerti sono sufficienti per il pagamento dei crediti nella misura indicata nell'articolo stesso;
- 4) se il debitore, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta, è meritevole del concordato.

Concorrendo tali condizioni, il Tribunale pronunzia sentenza di omologazione del concordato; in mancanza dichiara il fallimento del debitore.

Nella sentenza di omologazione il tribunale determina l'ammontare delle somme che il debitore deve depositare secondo il concordato per i crediti contestati. Determina altresì le modalità per il versamento delle somme dovute alle singole scadenze in esecuzione del concordato o rimettendo al giudice delegato di stabilirle con decreto successivo.

Si applicano gli ultimi due commi dell'articolo 130".

Ebbene, il tribunale era chiamato a svolgere un giudizio di merito circa la convenienza economica della procedura per i creditori, dovendo raffrontare, in termini quantitativi, i prevedibili risultati della liquidazione concordataria con quella fallimentare, ma dovendo anche guardare ad un concetto più ampio

di utilità⁴⁵, consistente nella “sollecita finalità del recupero in denaro, oltre che la conservazione dell’impresa in vista della sua “guarigione”, del suo “riassetto” e, dunque, della sua “produttività” nel vantaggio comune”.

La giurisprudenza di merito⁴⁶ ravvisava la convenienza economica nel fatto che l’azienda potesse essere conservata alla sua attività, anche per una migliore liquidazione di essa, e nella comparazione tra il risultato, mediamente realizzabile nella procedura fallimentare e quello statisticamente migliore, realizzabile nelle soluzioni concordatarie⁴⁷.

Con particolare riferimento, poi, alla delicata questione sulla giusta interpretazione dei limiti del giudizio di convenienza del Tribunale nei concordati con cessione dei beni e, quindi, circa il grado di probabilità necessario e sufficiente sulla congruità dei beni ad assicurare il pagamento del 40% del credito chirografario, fu osservato⁴⁸ che ciò che davvero conta è che la valutazione dei beni e la valutazione della convenienza poggiino su elementi di giudizio seri e concreti e che siano dirette ad evitare che il procedimento si trasformi in un mezzo legale per eludere la propria responsabilità con il pagamento di una somma modesta ai creditori.

D’altra parte, anche per la giurisprudenza di merito⁴⁹ era pacifico che per la valutazione dei beni ceduti dovesse necessariamente farsi riferimento non già al valore intrinseco dei beni, bensì al valore effettivo di realizzo degli stessi, vale a dire al prezzo concreto ricavabile dalla vendita tenendo conto della situazione di mercato prevedibile nel periodo della liquidazione. E così,

⁴⁵ Così U. Apice, *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1989, 317 ss.

⁴⁶ Tribunale di Napoli, 29 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1234; Tribunale di Udine, 3 luglio 1981, in *Fall.*, 1982, 244; Tribunale di Salerno, 6 marzo 1979, in *Fall.*, 1979, 906; Tribunale di Pavia, 17 marzo 1976, in *Dir. fall.*, 1976, II, 246; Tribunale di Parma, 25 luglio 1968, in *Dir. fall.*, 1968, II, 876.

⁴⁷ Appello Genova, 19 maggio 1981, in *Giur. comm.*, 1982, 855; Appello Catania, 25 novembre 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 609; Tribunale di Catania, 30 ottobre 1982, in *Giur. comm.*, 1983, 555; Tribunale di Bari, 5 luglio 1982, in *Fall.*, 1983, 678; Tribunale di Palermo, 13 maggio 1980, in *Fall.*, 1981, 165; Tribunale di Roma, 13 luglio 1978, in *Fall.*, 1979, 260; Tribunale di Milano, 13 aprile 1978, in *Fall.*, 1979, 141; cfr. rassegne di giurisprudenza di S. Pacchi Pesucci, in *Giur. Comm.*, 1979, I, 884.

⁴⁸ G. Lo Cascio, *La tutela creditoria nel concordato preventivo*, in Atti del Convegno di San Remo, 28-30 ottobre 1983, in *Fall.*, 1984, 67 ss.

⁴⁹ Tribunale di Alessandria, 5 aprile 1985, in *Fall.*, 1985, 972; Corte Appello Ancona, 11 novembre 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 706.

la giurisprudenza⁵⁰ era concorde nel ritenere che qualora i beni offerti fossero insufficienti a soddisfare integralmente i creditori privilegiati e nella misura almeno del quaranta per cento quelli chirografari, il tribunale dovesse dichiarare il fallimento, nonostante risultasse accertata la convenienza economica del concordato rispetto al fallimento, anche contro la volontà contraria dei creditori ed anche se il fallimento avrebbe consentito pagamenti inferiori a quelli proposti.

2. Le fasi della riforma della Legge fallimentare

Era dunque presente, nel 1942, una concezione pubblicistica delle procedure concorsuali, contrapposta all'altra tradizionale privatistica, avendo ritenuto il legislatore, allora, che la normativa dovesse da un lato tutelare i creditori, ponendo in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di tali interessi non fosse intralciata per alcuna ragione, prevedendo, però, dall'altro, nella consapevolezza del danno che l'insolvenza dell'impresa arreca all'economia generale, modelli di preservazione, per quanto possibile, dell'impresa⁵¹.

Nella pratica, però, l'istituto, deviando dall'originaria concezione, era divenuto per lo più un mezzo per il debitore per superare il dissesto ed evitare, attraverso la cessione dei beni di sua proprietà ai creditori, il fallimento che come misura era certamente grave e punitiva, date le incapacità personali che da essa derivavano.

La parziale espropriazione delle ragioni creditorie che tale procedura consentiva poteva, tuttavia, realizzare, in presenza di particolari condizioni di mercato che lo rendessero possibile, il risanamento integrale dell'impresa o, quanto meno, il parziale recupero di alcune unità o rami di essa, qualora, in luogo della disgregazione di un bene ancora produttivo, fosse stato possibile

⁵⁰ Tribunale di Genova, 23 marzo 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, 854; Tribunale di Biella, 13 aprile 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 84; Tribunale di Roma, 18 ottobre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, 1086.

⁵¹ A. Caiafa, *Lezioni di diritto concorsuale*, CEDAM, Padova, 2003, 4.

perfezionare, in alternativa, una vicenda circolatoria e mediante questa la continuità dell'impresa attraverso l'integrità del complesso aziendale.

Il recupero di efficienza e produttività, però, era (e lo è ancora oggi) fortemente condizionato dal tempestivo avvio della procedura e ciò, non solo perché dal momento dell'ammissione si verificava la cristallizzazione delle ragioni creditorie che ne agevolano il risultato, ma anche e soprattutto perché se richiesta tardivamente, quando la crisi ha assunto il carattere di assoluta irreversibilità, il beneficio dell'ammissione poteva risultare del tutto inadeguato o, addirittura, inutile per realizzare qualsiasi tentativo di conservare l'impresa e di rimanere nel sistema produttivo, mantenendo una propria vitalità⁵².

Si è così assistito, nel caso del concordato preventivo, a quel fenomeno di riluttanza dell'imprenditore⁵³ verso tale procedura, poichè il beneficio era fruito nel momento in cui la crisi era ormai giunta al suo livello patologico, cosicchè, non essendo più possibile un recupero di efficienza produttiva e reddituale, la procedura, proprio perché non tempestivamente attivata, finiva per essere uno strumento del tutto inidoneo a consentire la realizzazione di quelle finalità che si erano intese realizzare con la sua previsione⁵⁴.

Non solo, ma risultati analoghi a quelli espressamente previsti nella legge fallimentare potevano essere realizzati dall'imprenditore attraverso il ricorso ad un concordato stragiudiziale, con la conseguenza che la domanda di ammissione veniva rivolta al Tribunale nel momento in cui veniva constatata l'impossibilità di realizzare l'accordo a livello privatistico, per accedere alla

⁵² A. Fiale, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Simone, Napoli, 2006, 848; A. Costagliola – D. Di Majo, *La riforma del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Finanze & Lavoro, Napoli, 2006, 248.

⁵³ Così si esprimeva R. Viale, in *L'amministrazione controllata ed il concordato preventivo*, in Atti del Convegno nazionale di studio sul tema "Prospettive della riforma della Legge fallimentare", tenutosi a Mantova il 21-22-23 ottobre 1988, Giuffrè, Milano, 1989, 95: "Il concordato con cessione dei beni, il quale – come indicato – si risolve in un'ambigua fase di liquidazione senza ragionevoli certezze soddisfatorie, è stato relegato da tempo in ambiti sempre più ristretti, e questa dimensione, che ci avvicina alle legislazioni d'oltre confine in cui la composizione negoziale della insolvenza costituisce la regola, è valsa a fornire una precisa traccia per il progetto di riforma, con correlativo suo spostamento da un superato contenuto premiale per il debitore verso confini di più marcato vantaggio per i Creditori".

⁵⁴ G. Lo Cascio, *Concordato preventivo e conservazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 1988, 543 ss.

prevista efficacia obbligatoria che la procedura concorsuale ha per tutti i creditori, una volta raggiunte le maggioranze previste dalla legge⁵⁵.

In sostanza, l'imprenditore, nel momento in cui avvertiva lo squilibrio finanziario dell'azienda in un primo momento tentava la strada stragiudiziale, dialogando con i fornitori, in cerca di accordi di dilazione e/o di riduzione del debito.

Solo come estrema *ratio*, accettava di sottoporsi al vaglio di meritevolezza del Tribunale per accedere alla procedura di concordato preventivo, che progressivamente diventò uno strumento sempre meno efficace per il risanamento dell'impresa, attraverso l'eliminazione dell'insolvenza, per essere la crisi ormai irreversibile. "Era dunque cambiato il modo stesso di concepire la validità dell'istituto che, voluto almeno nelle intenzioni del legislatore, come strumento valido per l'individuazione di una soluzione della crisi di impresa, aveva finito, nella pratica, per essere uno strumento teso ad eliminare le conseguenze che al debitore sarebbero derivate dal fallimento"⁵⁶.

L'esigenza di una riforma delle procedure concorsuali era avvertita fortemente dalla dottrina e dagli operatori della materia. Già negli anni '80 vi era chi affermava che "l'esigenza di una profonda riforma delle procedure concorsuali è stata da tempo avvertita anche nel nostro paese. In un primo tempo, in effetti, ci si è limitati ad auspicare una revisione delle norme di schietto contenuto processuale, per armonizzarle e meglio coordinarle con l'ordinamento del processo delineato nel codice di rito. Successivamente si è posto l'accento sulla necessità di una revisione della legge alla luce dei principi fissati nella costituzione e la verifica di costituzionalità della legge fallimentare (divenuta sempre più incalzante dagli inizi degli anni settanta) ha dato luogo a sentenze di vasta risonanza. Ma tale verifica, se ha consentito di eliminare dall'ordinamento giuridico norme palesemente in contrasto con i principi del diritto alla difesa, non ha potuto ovviamente attenuare le

⁵⁵ A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008, 683.

⁵⁶ A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit, 684-685.

disfunzioni congenite delle procedure concorsuali e, meno che mai, ridurre le distanze tra la filosofia complessiva sottesa alla legge fallimentare e la diversa concezione della disciplina della crisi delle imprese espressa nel frattempo dai contesti sociali. Negli ultimi anni, pertanto, si è sostenuta con sempre maggiore insistenza la necessità di andare più in profondità ed è divenuta meno pressante l'istanza di una revisione formale o di tecnica legislativa⁵⁷. Ed ancora "Oltre mezzo secolo di applicazione della legge fallimentare induce a tracciare un bilancio critico di questa disciplina normativa e più in generale del complesso di norme predisposte nel nostro ordinamento per regolare la crisi dell'impresa. Questo periodo è stato anche troppo lungo. Esso è stato segnato da profonde trasformazioni; i percorsi ciclici dell'economia hanno messo periodicamente a dura prova le strutture economiche inizialmente fragilissime e via via rafforzatesi, ma pur sempre piene di contraddizioni; lo sviluppo tumultuoso ha lasciato dietro di sé molte vittime ed ha richiesto frequenti applicazioni degli istituti del diritto concorsuale, dando luogo ad una ricchissima casistica; la vocazione dello stato ad una forte presenza nell'economia ha contribuito, oltre che al proliferare delle leggi di intervento nelle crisi di settore ed anche solo di singole imprese, alla dilatazione della presenza pubblica nella gestione diretta dei dissesti; in tempi più recenti la diffusione delle attività finanziarie prive di adeguati controlli ha provocato dolorose insolvenze, richiamando l'attenzione sugli aspetti sanzionatori della disciplina dell'insolvenza che erano stati a torto trascurati per la comprensibile preoccupazione di trovare rimedi alle conseguenze sociali dei dissesti industriali. Da ultimo, le prospettive di più rapidi sviluppi dell'economia hanno posto in evidenza l'esigenza di più moderni interventi sulle crisi d'impresa, che non hanno tuttavia ancora trovato riscontro in adeguati strumenti normativi"⁵⁸.

A partire dal 1999 è stato avviato il processo di riforma che in un primo momento ha interessato la gestione della insolvenza delle grandi imprese (D.

⁵⁷ A. Maisano, *Il concordato preventivo delle società*, Giuffrè, Milano, 1980, 34.

⁵⁸ A. Jorio, *Le crisi d'impresa * Il Fallimento*, Giuffrè, Milano, 2000, 4.

Lgs. 8/07/1999 n. 270) e, successivamente, ha investito anche le procedure concorsuali contemplate nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

In particolare, a partire dal 2000, si sono succeduti vari progetti di riforma della Legge fallimentare, redatti con il contributo di commissioni governative, gruppi parlamentari ed associazioni di categoria.

Tra essi, meritano di essere ricordati il progetto dell'Associazione Bancaria Italiana, che introduceva una procedura innovativa denominata "procedura di gestione delle difficoltà d'impresa", che rappresentava una soluzione stragiudiziale per la rimozione delle crisi di impresa reversibili; il progetto del gruppo parlamentare dei Democratici di Sinistra, che prevedeva diverse modalità di intervento a seconda che l'impresa si trovasse in una situazione di temporanea difficoltà ad adempiere o di insolvenza imminente, insolvenza attuale oppure crisi; il disegno di legge intitolato "Modifiche urgenti al R.D. 16.3.1942, n. 267", approvato dal Consiglio dei Ministri nel marzo del 2002, generalmente indicato come "miniriforma" della legge fallimentare, che aveva lo scopo di realizzare un adeguamento della legge fallimentare alle decisioni della Corte Costituzionale ed agli orientamenti consolidati della dottrina e della giurisprudenza.

Nel dicembre del 2001 un importante ruolo innovativo è stato svolto dalla Commissione ministeriale presieduta dall'Avv. Sandro Trevisanato, la quale, non riuscendo ad elaborare un testo di riforma condiviso dalla platea politica di allora, presentò nel 2003 due distinti schemi di legge delega, uno di maggioranza ed uno di minoranza, per la delega al governo della riforma organica, che corrispondevano a due diversi orientamenti, visioni e concezioni della crisi d'impresa. L'uno, più tradizionale e recepito dalla maggioranza dei componenti, era fondato sull'assunto che la gestione della crisi, gli accordi tra debitori e creditori e la liquidazione dovessero essere assoggettati al controllo del giudice, seppur dotato di minori poteri rispetto a quelli conferiti dal R.D. n. 267/1942; l'altro, minoritario, più innovativo, era caratterizzato da un maggior riconoscimento degli accordi stragiudiziali e dalla volontà di lasciare agli

organi non togati della procedura maggior spazio rispetto a quello riconosciuto nella proposta della maggioranza.

La presenza di due disegni di legge generò notevoli incertezze in ordine a quale potesse essere il più adatto al contesto economico italiano e, pertanto, al fine di dirimere le controversie tra i sostenitori dei due progetti di legge, il Governo, nel febbraio 2004, costituì una commissione ristretta, presieduta sempre dall'Avv. Sandro Trevisanato, al quale fu conferito l'incarico di predisporre un terzo testo definitivo del progetto di legge, da sottoporre al Parlamento per la votazione. La Commissione elaborò uno schema di legge di riforma delle procedure concorsuali costituita da oltre duecentocinquanta articoli, reso oggetto di pubblici dibattiti e congressi, che non fu mai presentato al Consiglio dei Ministri.

Tale schema di decreto, in particolare, prevedeva oltre ai cosiddetti istituti di allerta e prevenzione orientati a far emergere tempestivamente la crisi di impresa, sì da poter intervenire efficacemente per il suo superamento, due procedure concorsuali di ampio respiro:

- la procedura concordata della crisi d'impresa, finalizzata a consentire al debitore di superare la crisi o comunque lo stato di insolvenza proponendo ai creditori un piano avente finalità conservative, liquidatorie o miste;
- la procedura di liquidazione concorsuale, destinata a sostituire la procedura di fallimento, diretta a soddisfare i creditori concorsuali attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la successiva distribuzione del ricavato ovvero attraverso un piano di regolazione dell'insolvenza alternativo alla liquidazione del curatore.

In particolare, la procedura di composizione della crisi nasceva con l'obiettivo di valorizzare gli accordi tra debitore e creditori e sintetizzava in un'unica procedura l'istituto del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata. In estrema sintesi, l'istituto prevedeva che il debitore avrebbe potuto mantenere, di regola, la gestione dell'impresa a tutela della cui ordinata

prosecuzione erano previsti effetti protettivi quali il divieto di azioni esecutive ed inefficacia degli atti costitutivi di diritti di prelazione, utili anche al mantenimento della *par condicio creditorum*; per essere ammesso alla procedura, il debitore avrebbe dovuto presentare un piano di composizione della crisi, contenente l'indicazione delle attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e di quelle destinate alla dismissione, nonché l'indicazione delle previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa e delle modalità di copertura del fabbisogno finanziario. Il piano avrebbe potuto prevedere la suddivisione dei creditori in classi, purchè ai creditori appartenenti a ciascuna classe fosse riservato un trattamento uniforme.

Il modello proposto dall'Avv. Trevisanato non trovò seguito, in quanto il Governo improvvisamente mutò orientamento, optando per una riforma parziale della vecchia Legge Fallimentare del 1942.

E' stato quindi emanato il D.L. 14/03/2005 n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, concernente alcune modifiche alla legge fallimentare, in materia soprattutto di azione revocatoria e concordato preventivo.

Quest'ultimo, infatti, è stato completamente ridisegnato, richiamando in linea di massima quello che era lo schema della procedura di liquidazione concordata della crisi, proposto dalla Commissione Trevisanato.

Il D.L. 35/2005 è stato quindi convertito nella Legge 14/05/2005 n. 80⁵⁹, con la quale è stata anche conferita una delega al Governo per la riforma organica della legge fallimentare, delega alla fine esercitata con il D. Lgs. 09/01/2006 n. 5, entrato in vigore il 16/07/2006.

Successivamente, l'istituto del concordato preventivo è stato corretto ed integrato in forza del D. Lgs. 19/09/2007 n. 169, emanato dal Governo in virtù dell'ulteriore delega conferitagli dall'art. 1, co. 5-bis, L. 80/2005, aggiunto

⁵⁹ Il D.L. n. 35/2005, convertito in L. 80/2005, ha enfatizzato il ruolo e la funzione delle soluzioni stragiudiziali e concordate della crisi d'impresa, andando a modificare la disciplina della revocatoria fallimentare ed introducendo alcuni istituti quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento e andando a novellare profondamente la procedura di concordato preventivo.

dall'art. 1, co. 3, L. 12/07/2006 n. 228. Tale intervento legislativo è andato ad incidere massicciamente sulle procedure concorsuali, sia per quanto riguarda i requisiti soggettivi di accesso ad esse, sia per gli aspetti procedurali, nonché per la ridefinizione delle attribuzioni degli organi delle procedure; attraverso di esso, hanno trovato ingresso nel diritto fallimentare italiano l'istituto della esdebitazione e della transazione fiscale *ex art. 182-ter* l.f., seppur limitatamente, il primo, alla procedura fallimentare, ed il secondo a quella di concordato preventivo.

Con il D.Lgs. n. 169/2007, il legislatore ha voluto correggere e ritoccare alcuni precedenti interventi, come ad esempio revisionando nuovamente l'area della non fallibilità, od estendendo l'applicabilità di alcuni istituti, quale la transazione fiscale, anche all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis* l.f.

Il legislatore, nel ridisegnare la procedura di concordato preventivo, ha utilizzato alcuni modelli di riferimento, sia stranieri (ed in particolare quello della disciplina contenuta nel *chapter 11* statunitense⁶⁰), sia interni⁶¹, quali la disciplina sulla crisi della grande impresa, introducendo un modello di procedura più duttile e flessibile, con un'impronta privatistica e negoziale più marcata rispetto al passato ed in cui la figura del giudice è più arretrata, in favore della valorizzazione della volontà dei creditori e della possibilità per il

⁶⁰ Dalla procedura statunitense sono stati mutuati alcuni aspetti relativi al piano di riorganizzazione dell'impresa, che deve essere approvato dai creditori raggruppati in classi, il quale deve poi essere omologato dall'autorità giudiziaria.

⁶¹ Dalla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi è stata recepita la possibilità di superamento dell'insolvenza e di recupero dell'attività imprenditoriale attraverso la cessione di complessi aziendali o tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento. Alcuni aspetti del nuovo concordato preventivo risultano inoltre assai simili al piano di risanamento previsto dal D.L. 23/12/2003 n. 347, convertito con L. 18/02/2004 n. 39, utilizzato per la gestione della crisi Parmalat Spa, il quale consente al commissario straordinario di prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, che può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei; trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse; la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma tecnica o giuridica, anche mediante accollo, fusione o altra operazione societaria. In particolare, la proposta di concordato può prevedere l'attribuzione ai creditori o ad alcune categorie di essi, nonché a società da questi partecipate, di azioni o quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari o titoli debito; l'attribuzione ad un assunto delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato.

debitore di individuare con essi le forme più idonee per la soluzione della crisi⁶².

Allo scopo di agevolare ulteriormente l'adozione da parte delle imprese in stato di crisi, od anche di insolvenza, della procedura di concordato preventivo e l'utilizzo dell'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il legislatore è tornato ad intervenire sulla legge fallimentare nel 2010, con il D.L. 31/05/2010 n. 78, convertito in L. 30/07/2010 n. 122, soprattutto in tema di prededucibilità dei crediti⁶³ ed in materia penale, al fine di favorire l'accesso al credito⁶⁴. Infatti, l'art. 182-*quater* l.f. riconosce la prededucibilità,

⁶² Si veda, per le prime riflessioni dottrinali ed applicazioni giurisprudenziali del D. Lgs. N. 16/2007, AA.VV., *Il fallimento...atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, collana diretta da Luciano Panzani, IPSOA, 2008.

⁶³ In dottrina, A. Mazzoni, *La Responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in "Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità", Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 205, così si è espresso: "Il nuovo diritto fallimentare ricommercializza le procedure concorsuali ed è amico delle imprese cui è applicabile. La ricommercializzazione è ravvisabile nella evidente compressione di valori tipicamente presidiati dal diritto civile e dal diritto processuale civile in favore della concessione di un ben maggiore spazio alle soluzioni commerciali direttamente negoziate tra debitore e creditori: in ciò è ravvisabile una sorta di legificazione delle tecniche care alla prassi, che aveva comunque tenacemente perseguito soluzioni dello stesso tipo anche quando la vecchia legge fallimentare le ignorava o era loro ostile". Per maggiori approfondimenti di questi importanti aspetti, M. Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 898 ss, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 1 ss; L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 70 ss; S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, in atti del convegno sul tema "Le procedure di composizione delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità", tenutosi a Reggio Emilia, l'8 ottobre 2010, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 91 ss; S. Cecconi, *Principali modifiche della manovra correttiva in materia fallimentare. Dalla transazione fiscale alla disciplina dei crediti prededucibili*, in *La settimana fiscale*, 27/2010, 37 ss; R. Bonsignore, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno "Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi", tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 37 ss; G. La Croce, *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno "Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi", tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 47 ss; L. Salvato, *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno "Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi", tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 87 ss.

⁶⁴ A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in "Corso di perfezionamento Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 221 ss; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l.fall.*, in *Dir. pen. comm.*, Le società, 2/2011, 201, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 235 ss; F. Mucciarelli, *L'esonazione dai reati di bancarotta*, in *Diritto penale e processo*, 12/2010, 1474 ss, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 249 ss; R. Lottini, *Il*

in caso di successivo fallimento, ai finanziamenti ottenuti dall'impresa sia da terzi, quali le banche e gli intermediari finanziari, in esecuzione o in funzione di un concordato preventivo od accordo *ex art. 182-bis l.f.*, sia dai soci, i quali erogino risorse a titolo di finanziamento e non di capitale di rischio, nei limiti dell'ottanta per cento delle somme prestate. La disciplina viene completata dall'*art. 217-bis l.f.*, che prevede l'esenzione dai reati di bancarotta per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 l.f. o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis l.f.*, ovvero del piano attestato di risanamento *ex art. 67, III co., l.f.*⁶⁵.

Infine, il più recente intervento sul R.D. n. 267/1942 è avvenuto con l'emanazione di due leggi nel corso del 2012. La prima è la Legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione, con modificazioni, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 – C.d. Decreto Sviluppo, che ha introdotto delle novità significative in merito agli istituti finalizzati alla composizione negoziale della crisi, relativamente alla presentazione della domanda di concordato anche con la riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'*art. 161 l.f.*; alle modalità di votazione; all'anticipazione degli effetti protettivi; alla prededucibilità dei crediti necessari alla continuità aziendale; alla possibilità di sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione; alle attestazioni rese dal professionista, alle regole su patrimonio netto delle società di capitali, solo per citare alcune delle modifiche più salienti⁶⁶.

nuovo art. 217 bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative, in *Fall.*, 2010, 1366 ss, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 263 ss; M. Zincani, *Il nuovo art. 217 bis l.fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2010, 516 ss, estratto da Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", cit., III, 273 ss.

⁶⁵ Infine, con il D.L. 22 dicembre 2011 n. 212, convertito in L. 17 febbraio 2012 n. 10, è stata introdotta nel nostro ordinamento una procedura rivolta al debitore che non sia assoggettabile alle procedure concorsuali disciplinate dal R.D. n. 267/1942. Per i primi commenti, L. Panzani, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 9 ss – Diritto Fallimentare, a cura di L. Panzani; M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, in www.ilcaso.it, sezione II dottrina e opinioni - doc. 278/2012.

⁶⁶ Per i primi commenti di dottrina, L. Panzani, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 14 settembre 2012; C. D'Attilio-S.Fabiani, *Domanda di concordato preventivo: novità*, in *Il Sole 24 ore, Guida pratica aziende* – n. 11 novembre 2012, 36 ss; S. Cerato-M. Bana, *Decreto "Sviluppo 2012"* –

La seconda è la Legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (cd. Decreto Sviluppo-*bis*, recante “Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”), già modificata dalla Legge 24 dicembre 2012, n. 228 (cd. Legge Stabilità 2013), che, all’art. 17, ha introdotto profonde modifiche alla disciplina delle comunicazioni degli atti nelle procedure concorsuali, in linea con le innovazioni immesse nel processo civile, verso l’attuazione di un sistema-giustizia digitale⁶⁷.

3. La procedura di concordato preventivo nel testo del R.D. n. 267/1942, come modificato e corretto dal D. Lgs. n. 169/2007

La disciplina della procedura di concordato preventivo, racchiusa per lo più negli artt. 160⁶⁸ e ss della legge fallimentare, stabilisce che l’imprenditore con la proposta preveda la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti nelle forme disposte della cessione dei beni, dell’accollo o attraverso altre operazioni dirette ad attribuire agli stessi creditori quote di partecipazione o, ancora, a società da essi partecipate, nonché, in alternativa, l’attribuzione di ogni attività ad un assuntore riconoscendo, peraltro, che tali possano costituirsi, ancora una volta, i creditori medesimi o società da loro partecipate, con attribuzione di distinte partecipazioni.

Crisi d’impresa. Novità concorsuali. Primi chiarimenti della giurisprudenza, in *La settimana fiscale*, n. 40 del 2 novembre 2012, 25 ss; F. Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it; F. Rolfi, *La generale intensificazione dell’automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fall.*, 2012, 1137 ss; V. Lenoci, *Ruolo e responsabilità dell’esperto. L’indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in www.ilfallimentarista.it; F. Mucciarelli, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni”*, in www.ilfallimentarista.it; S. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies, l. fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 13 settembre 2012; A. Tron-R. Tiscini, *Il ruolo dell’attestatore nei piani di risanamento*, in *ilfisco*, 1/2013, 58 ss.

⁶⁷B. Armeli, *Speciale Decreto Sviluppo-*bis*. Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: una prima lettura*, in www.ilfallimentarista.it.

⁶⁸A proposito nella nuova rubrica dell’art. 160 L.F. *Presupposti* per l’ammissione alla procedura, (da *Condizioni* per l’ammissione alla procedura), è stato osservato che: “la differenza tra condizione, evento futuro e incerto, e presupposto, elemento che deve preesistere alla decisione (...) potrebbe essere interpretata come intenzione del legislatore di mettere in evidenza che si tratta di circostanze che debbono essere valutate dal tribunale, in quanto presenti al momento iniziale del ricorso, prima che dai creditori, mentre se fossero condizioni, si tratterebbe di un elemento futuro, da valutarsi dai creditori successivamente, al momento del voto”, F. Severini, in AA.VV. *Il fallimento...atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, cit., 58-59.

Le novità più importanti concernenti la procedura di concordato preventivo possono essere così sintetizzate⁶⁹:

- ampia libertà lasciata all'imprenditore nella gestione delle risorse attive, potendo perseguire la soddisfazione dei creditori, "attraverso qualsiasi forma";
- possibilità di formare delle classi di creditori⁷⁰;
- possibilità di non pagare integralmente i creditori assistiti da causa legittima di prelazione, previa attestazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 l.f., che i beni dell'imprenditore sono incapienti rispetto ai creditori privilegiati che su tali beni dovrebbero soddisfarsi in via poiziore;
- estensione del requisito oggettivo: alla procedura l'imprenditore può accedere quando si trova in stato di crisi, che non è ancora insolvenza;
- la domanda di ammissione alla procedura deve includere un piano, in cui siano racchiuse le scelte strategiche dell'imprenditore per il superamento della crisi o la negoziazione dell'insolvenza, con indicazione delle modalità di soddisfazione delle ragioni creditorie e di ogni altra indicazione utile, perché essi possano esprimere la propria adesione o meno, al momento della votazione;
- il piano della domanda deve essere fattibile⁷¹ e deve fondarsi su dati contabili veritieri; perciò, è previsto che la domanda medesima sia

⁶⁹ M. Pollio, *Gli accordi per gestire la crisi d'impresa e la predisposizione del piano stragiudiziale di risanamento*, Euroconference Editore, Verona, 2009, 43.

⁷⁰ In dottrina e giurisprudenza è aperto il dibattito circa la facoltatività od obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi e sul potere di controllo del Tribunale sulla corretta formazione delle classi medesime. Un importante contributo sul tema è stato fornito anche dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 98 del 12 marzo 2010, la quale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 163 I co., in relazione all'art. 162, II co., ed all'art. 160 l.f., sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, poiché, in assenza di un esito interpretativo accettato dalla giurisprudenza comune – cosiddetto "diritto vivente" – non può essere esclusa l'interpretazione secondo la quale il tribunale può sindacare la mancata formazione di classi da parte dell'imprenditore che propone una domanda di concordato preventivo, anche in considerazione della mancata, adeguata tutela dei creditori nella fase di omologazione. Per una approfondita analisi della questione, G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 80 ss, nota a commento di Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98, *Giur. comm.*, 2011, II, 78-80.

- corredata dall'attestazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 l.f., che, appunto, attesti tali caratteristiche;
- approvazione della proposta concordataria dalla maggioranza semplice del credito ammesso al voto, mentre non è richiesta anche la maggioranza per teste. In caso di creditori divisi in classi, la maggioranza deve essere raggiunta anche nella maggioranza delle classi;
 - in sede di omologazione, il Tribunale può omologare la procedura, in presenza di opposizione di un creditore appartenente a classe dissenziente che contesti la convenienza della procedura, qualora “ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”;
 - gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione di un concordato preventivo non sono soggette a revocatoria in caso di successivo fallimento, e così i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza in funzione dell'accesso alla procedura medesima.

Affinché si realizzi concretamente il risanamento dell'impresa, tuttavia, non è sufficiente che all'imprenditore sia consentita la mera prosecuzione dell'attività d'impresa, ma occorre individuare un piano idoneo per il superamento della crisi, che sarà tanto più efficace quanto più tempestiva sarà la decisione del proponente di intervenire e consentire, attraverso la ristrutturazione economico-finanziaria, l'avvio del procedimento di conversione e riorganizzazione, in assenza del quale il recupero dell'impresa rimane una pura utopia.

E l'obiettivo del legislatore della riforma è stato proprio quello di attribuire alle procedure concorsuali tradizionalmente considerate minori, l'effettiva capacità di anticipare la manifestazione della crisi dell'imprenditore

⁷¹ In dottrina, anche per gli ampi riferimenti bibliografici sul tema, S. Ambrosini, *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Il fallimento... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, La riforma fallimentare, collana a cura di L. Panzani, Ipsoa, 2008, 125 ss.

(non ancora insolvente), favorendo una composizione negoziale della crisi stessa, orientata non più o non solo alla tutela del ceto creditorio, ma anche e soprattutto dell'impresa in difficoltà⁷².

L'art. 167 l.f. prevede, infatti, che il debitore durante la procedura conservi l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa, anche se sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato.

Ebbene, la permanenza della titolarità e dell'amministrazione dei beni, organizzati per l'esercizio dell'impresa, trova una sua giustificazione soprattutto nel caso in cui la procedura sia in effetti diretta all'effettivo risanamento di essa attraverso la eliminazione della situazione di crisi che l'affliggeva, finalità questa che può realizzarsi, appunto, con il consenso del ceto creditorio, con l'offerta di pagamento delle somme maturate a credito nella misura percentuale accettata nelle forme considerate all'art. 160, lettera c), l.f..

3.1 Requisito soggettivo

Come per il fallimento, anche per l'accesso alla procedura di concordato preventivo sono necessari due presupposti, quello soggettivo e quello oggettivo⁷³.

Quanto al presupposto soggettivo, occorre che il debitore sia un imprenditore commerciale, secondo il combinato disposto degli artt. 1, 1° co. l.f. e 2221 c.c.⁷⁴

Il nuovo testo dell'art. 1 l.f. prevede che non sono soggetti alla dichiarazione di fallimento ed al concordato preventivo gli imprenditori che dimostrino⁷⁵ di essere contestualmente in possesso di tre requisiti:

⁷² M. Pollio, *Gli accordi per gestire la crisi d'impresa e la predisposizione del piano stragiudiziale di risanamento*, cit., 40.

⁷³ N. Rocco di Torrepadula, *Il concordato preventivo*, in G. Fauceglia-N. Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, Bologna, 2010, 321.

⁷⁴ G. Fauceglia-N. Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, Bologna, 2010, 321 ss; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008, 221 ss; M. Sandulli, *La rilevanza dimensionale dell'impresa nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *Id. (a cura di), I soggetti esclusi dal fallimento*, Ipsoa, Milano, 2007, 38; Cass. 13 agosto 2004 n. 15769, in *Fall.*, 2005, 87.

- 1) avere avuto nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad € 300.000,00⁷⁶;
- 2) avere realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad € 200.000,00;
- 3) avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad € 500.000,00.

I tre parametri, riferiti alle dimensioni dell'impresa, sono stati ritenuti idonei dal legislatore del 2007 per identificare altresì la dimensione dell'insolvenza che giustifichi e legittimi l'intervento pubblico per la sua gestione.

In particolare, i primi due criteri sono parametri oggettivi volti ad individuare le dimensioni dell'impresa, mentre il terzo, che riguarda l'ammontare dei debiti, anche non scaduti, ha come obiettivo quello di individuare l'intensità dell'insolvenza.

Con l'introduzione della nuova norma sui presupposti, viene eliminato ogni richiamo alla figura del piccolo imprenditore e, pertanto, deve ritenersi tacitamente abrogato l'art. 2221 c.c., che esclude la procedura di fallimento e concordato preventivo per i piccoli imprenditori.

Il legislatore ha in definitiva ritenuto di individuare i medesimi requisiti soggettivi di accesso alla procedura di fallimento e di concordato preventivo, escludendo pertanto un cospicuo numero di imprenditori dal poter

⁷⁵ Il dato testuale non consente l'accesso al concordato preventivo a quegli imprenditori che sono al di sotto dei tre limiti dimensionali. Ma vi è chi non ha esitato ad osservare che: "alla base della disposizione vi è un equivoco. Se, infatti, è lo stesso imprenditore che richiede il concordato che è tenuto a dimostrare di avere i requisiti dimensionali ivi previsti per essere escluso dalla procedura, appare chiara la contraddizione. In altri termini non vi è alcun motivo per cui chi chiede l'ammissione ad un concordato preventivo avrebbe interesse a dimostrare di non potervi accedere. E' evidente, infatti, che la disposizione ha una logica per il fallimento ma non per il concordato preventivo", G. Fauceglia- N. Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., 321.

⁷⁶ E' evidente il riferimento all'art. 2424 c.c. – contenuto dello stato patrimoniale; così anche F. Severini, in AA.VV. *Il fallimento...atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, cit., 58.

proficuamente utilizzare lo strumento del concordato preventivo, vista, invece, con grande favore quale alternativa, non solo al fallimento, ma anche all'utilizzo delle soluzioni stragiudiziali, nonché quale utile mezzo idoneo ad evitare l'aggravarsi della crisi⁷⁷.

Non vi sono ostacoli per ammettere l'accesso alla procedura da parte della società in liquidazione che, anzi, spesso, vengono poste in liquidazione proprio quale atto prodromico all'accesso alla procedura concordataria, conferendo l'assemblea dei soci al liquidatore ogni e più ampio potere di accedere ad una procedura concorsuale⁷⁸.

Il concordato preventivo non si estende automaticamente al socio illimitatamente responsabile; tuttavia, il pagamento della percentuale concordataria "salvo patto contrario"⁷⁹, ha effetto anche verso il socio illimitatamente responsabile.

Rispetto al passato, infine, sono scomparse le condizioni personali di ammissibilità alla procedura. Si trattava di previsioni, quali l'iscrizione nel registro delle Imprese, la tenuta della contabilità regolare, l'assenza di condanne, che servivano ad identificare l'imprenditore onesto e sfortunato⁸⁰.

3.2 Requisito oggettivo

Per far ricorso al concordato preventivo è necessario che l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi o d'insolvenza (art. 160, 1° e ult. co, l.f.).

⁷⁷ Come detto, il Legislatore è recentemente tornato sulla materia, disciplinando nella L. 17/02/2012 n. 10 la gestione del sovraindebitamento del debitore non fallibile.

⁷⁸ Si ricorda che si applica l'art. 152 l.f. che prevede che la proposta e le condizioni del concordato, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentino la maggioranza assoluta del capitale e, nelle società per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori. In ogni caso, la decisione o deliberazione, deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 c.c.. la proposta, tuttavia, sarà approvata solo in "bozza", potendo essere modificata, anche *in pejus*, sino all'apertura della votazione ai sensi dell'art. 175 l.f..

⁷⁹ Art. 184, ult. co., l.f.

⁸⁰ Tali condizioni erano, più precisamente: iscrizione nel registro imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed aver tenuto una regolare contabilità per la stessa durata; non essere stati dichiarati falliti nel quinquennio precedente la proposizione di domanda di concordato preventivo o non essere già stato ammesso a quest'ultima; non essere stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

Per quanto concerne il concetto di stato di crisi, la relazione ministeriale al disegno di legge relativo alla procedura di liquidazione concordata della crisi, predisposta dalla commissione Trevisanato, aveva cercato di fornire alcuni elementi idonei ad individuarne i confini, intendendo per stato di crisi “la situazione patrimoniale, economica e finanziaria in cui si trova l’impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza”. Al fine di distinguere lo stato di crisi dal più patologico stato di insolvenza e facilitarne l’individuazione temporale ed i momenti cronologici in cui essi si manifestano, aveva anche confermato che lo stato di insolvenza indica, invece, la situazione in cui l’imprenditore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, ovvero “la situazione palese o meno nella quale si riscontra un accentuato squilibrio rispetto ai normali assetti gestionali, siano essi di natura economica, finanziaria o patrimoniale (...) in cui lo squilibrio, come concetto di portata generale, deve essere cronico, cioè compenetrato nella stessa struttura aziendale.

Le difficoltà interpretative e le possibili situazioni di stallo che si sarebbero potute venire a creare, ha spinto il Legislatore ad intervenire per integrare l’art. 160 nella formulazione del requisito oggettivo, e con il D.L. 273/2005 ha introdotto l’ultimo comma dell’art. 160 l.f., secondo il quale “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

Ciò non toglie, tuttavia, che a prescindere dai suoi rapporti con l’insolvenza, la crisi abbia comunque caratteri propri. Ad esempio, a differenza di quanto accade per l’insolvenza, che necessita della manifestazione, la crisi può non exteriorizzarsi, non divenendo conoscibile a terzi e rimanendo nella stretta sfera dell’imprenditore, il che giustifica il fatto che la procedura di concordato preventivo è nella esclusiva disponibilità di quest’ultimo e che non siano previsti indici che consentano di percepire la

presenza della crisi, la cui esistenza legittima di per sé l'apertura della procedura, indipendentemente dalle cause che l'hanno generata⁸¹.

A ciò va aggiunto che la crisi costituisce un vero e proprio stato, destinato ad evolversi; uno stato che rappresenta la fotografia dell'imprenditore ad una certa data e che si traduce in un giudizio attuale, anche se in una visione prospettica. In altre parole, l'imprenditore può essere attualmente in grado di soddisfare i suoi creditori, ma ritenere che a breve non ne sarà più capace, per cui la crisi, se non scompare, è destinata a trasformarsi in insolvenza. Il giudizio attuale dell'imprenditore è positivo, ma la prognosi è negativa.

Da ciò consegue che la crisi può essere definita come rischio di insolvenza.

Vale la pena sottolineare che una corretta delimitazione dello stato di crisi permette di uscire indenni da una pericolosa morsa: da un lato vi è l'esigenza di allargarne l'ambito al fine di renderne effettiva la prevenzione, così da favorire la sua tempestiva emersione ed ampliare il campo di applicazione dell'istituto; dall'altro, vi è la necessità opposta di restringerne il perimetro allo scopo di evitare gli abusi. Vi è il rischio, infatti, che possano trovare terreno fertile comportamenti opportunistici del debitore, che anticipi il ricorso alla procedura in un momento in cui non vi è crisi, per sfruttare il beneficio esdebitatorio della procedura concordataria⁸².

3.3 La domanda di ammissione ed il piano del concordato

La domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che assume la forma del ricorso, va depositata presso il Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale, rimanendo irrilevante il

⁸¹ N. Rocco di Torrepadula, *Il concordato preventivo*, in G. Fauceglia-N. Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, Bologna, 2010, 324.

⁸² M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria dell'interesse fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 587, osserva che il nuovo presupposto oggettivo presenta il rischio di "traghetta al suo salvataggio anche imprenditori sleali o deliberatamente artefici delle insolvenze, soprattutto verso creditori istituzionali (fisco, previdenza) o involontari (danneggiati da attività produttive pericolose)".

trasferimento della stessa avvenuto l'anno precedente, e deve essere comunicata al pubblico ministero.

Il cuore della proposta è costituito dal piano, che può essere redatto liberamente dall'imprenditore, l'unico vincolo essendo quello che lo stesso deve essere fondato su dati veritieri e che deve essere fattibile, requisiti questi che devono essere attestati da un professionista, incaricato dall'imprenditore, avente i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) l.f.

Secondo quanto recita l'art. 160 l.f., il piano proposto può prevedere, a titolo esemplificativo⁸³:

⁸³ Art. 160 L.F. *Presupposti per l'ammissione alla procedura.*

L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, 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; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la 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 di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di relazione.

Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.

Nell'originaria formulazione del R.D. n. 267/1942 il legislatore, prima di definire il contenuto della proposta, utilizzava la formula "la proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni", formula che non lasciava dubbi circa la necessità che essa si dovesse conformare ad alcuni modelli prestabiliti e che dovesse prevedere necessariamente alcuni elementi specificamente enunciati nell'art. 160. Questa impostazione è stata completamente ribaltata dal legislatore della riforma, il quale ha voluto utilizzare una formula aperta, di possibilità, destrutturando il contenuto della domanda, non ponendo, almeno in prima battuta, vincoli o condizioni. Così G.B. Nardecchia, *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del Tribunale nella fase di liquidazione*, in *Fall.*, 2012, 92 ss, nota a decreto Tribunale di Milano del 28/10/2011 Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor, *ivi*, 78 ss. In realtà il Tribunale di Milano ritiene che nel caso di concordato preventivo per cessione di beni, che non comporti l'immediato trasferimento della proprietà ai creditori, la proposta debba prevedere necessariamente l'indicazione specifica del trattamento che viene assegnato a ciascun credito o a ciascuna classe di creditori, cioè la percentuale di soddisfacimento del credito che tale attribuzione patrimoniale potrà garantire: pertanto, sarebbe inammissibile una proposta che non preveda alcun soddisfacimento determinato per i creditori, ma solo la messa a disposizione dei creditori medesimi di tutti i beni del debitore. Cass. 23 giugno 2011 n. 13817, in www.leggiditalia.it, al contrario, ha sottolineato come "nessuna specifica disposizione prevede espressamente l'onere di indicare la percentuale di soddisfacimento che, in esito alla liquidazione, i creditori otterranno". Infatti, l'interpretazione dei giudici milanesi, seppur muova da ragioni di tutela dei creditori, determinerebbe l'abrogazione del concordato nella forma della cessione dei beni pura, che diverrebbe ammissibile solo nella forma del concordato cosiddetto misto, in cui la

- 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;
- l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore: possono costituirsi assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;
- la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;
- trattamenti differenziati tra crediti appartenenti a classi diverse.

La norma specifica, poi, al secondo comma, che la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non vengano soddisfatti integralmente, purchè il piano ne preveda la 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 di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) l.f.⁸⁴.

cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire ai creditori una percentuale minima di soddisfacimento.

⁸⁴ L'art. 160, secondo comma, mette in collegamento la priorità nel pagamento, a cui dà accesso la causa legittima di prelazione, secondo l'ordine stabilito dalla legge, ed i valori patrimoniali attivi destinati a soddisfare la legittima aspettativa di pagamento dei creditori. O, in altre parole, esplicita ciò che è già insito nel meccanismo dei privilegi, in quanto essi hanno un senso nei limiti in cui il debitore abbia un patrimonio (vedi art. 2740 c.c.), e questo abbia un sufficiente valore. Qualora l'attivo societario (o il patrimonio del debitore) sia incapiente rispetto al debito portato dai creditori privilegiati, pignorati ed ipotecari, essi vengono trattati alla stregua dei creditori chirografari, con riconoscimento del diritto di voto, in quanto la garanzia riconosciuta *ex lege*, rimane di fatto nominativa. Ciò vale per tutti i creditori, anche per gli Enti di Previdenza ed Assistenza e per l'Erario, come confermato anche dalla giurisprudenza di merito e da autorevole dottrina, tra cui Tribunale di La Spezia 1° luglio 2009, in www.ilcaso.it; Corte di Appello di Genova R.G.V.G. n. 1032/2009, in www.unijuris.it; Tribunale di Prato 12 ottobre 2011, inedito; Enrico Stasi, "Anche L'IVA è falcidiabile – Tribunale di Milano 12 ottobre 2009, in *Fall.* 2009, 1484 ss. A tale proposito è intervenuta recentemente la Suprema Corte, con una sentenza alquanto discutibile, in cui prendendo le mosse da

L'imprenditore non è tenuto a depositare le scritture contabili, salvo quanto disposto dall'art. 170 l.f.⁸⁵; tuttavia è obbligato ad allegare la situazione

quanto previsto in materia di Iva nell'art. 182-ter L.F. riservato alla transazione fiscale, ha ritenuto che l'Iva sia un tributo che debba sempre essere pagato integralmente. Infatti, in Cass. 12 ottobre 2011, n. 22931, in www.leggiditalia.it, si legge che: "ciò che convince dell'inderogabilità della disposizione qualunque sia l'opzione del creditore è la natura stessa in quanto non si tratta di norma processuale come tale connessa allo specifico procedimento di transazione fiscale, ma di norma sostanziale in quanto attiene al trattamento dei crediti nell'ambito dell'esecuzione concorsuale dettata da motivazioni che attengono alla peculiarità del credito e prescindono dalle particolari modalità con cui si svolge la procedura di crisi". Dopo aver affermato che, quindi, non vi è differenza tra applicazione dell'istituto della transazione fiscale e pagamento del debito verso Iva in procedura di concordato preventivo che non preveda l'applicazione di tale disciplina, dovendo salvare l'applicabilità dell'art. 160 l.f., che, diversamente, non avrebbe ragion d'essere, essendo il credito dell'Erario per Iva posto dal legislatore all'ultimo posto nell'ordine dei privilegi, continua affermando che: "deve escludersi che la necessità dell'integrale pagamento dell'Iva comporti quella dell'integrale pagamento di tutti i creditori privilegiati con grado anteriore in ossequio al principio secondo cui "Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione" (...) ciò che rileva è l'erroneo richiamo alla disciplina della graduazione dei crediti. La disposizione che sostanzialmente esclude il credito IVA da quelli che possono formare oggetto di transazione, quanto meno in ordine all'ammontare del pagamento, è una disposizione eccezionale che, come si è osservato, attribuisce al credito in questione un trattamento peculiare ed inderogabile". In altre parole, è come se il credito dell'Erario per Iva fosse una "superprededuzione", nella sola ipotesi di procedura di concordato preventivo, mentre non lo sarebbe in ipotesi di procedura fallimentare. L'Agenzia Delle Entrate, che notoriamente esprime raramente il consenso alle proposte di concordato preventivo, ha avuto l'assist per barricarsi dietro un no senza appello a tutte le proposte formulate ex art. 160 con falcidia dei creditori privilegiati incapienti che riguardino il tributo Iva, con buona pace della lettera della legge, che è stata del tutto bypassata da una interpretazione della Suprema Corte, che fa legge assai di più della legge medesima. E' auspicabile che la Suprema Corte torni su tale problematica, anche chiarendo come possa conciliarsi questa "superprededuzione" dell'Iva con il generale impianto dei privilegi e delle prededuzioni previste sia dalla norma civilistica che da quella concorsuale, considerando anche il fatto che se la naturale conseguenza giuridica dell'essere l'Iva un tributo europeo, ed in quanto tale soggetto ad una disciplina comunitaria sulla riscossione che interagisce e prevale su quella nazionale, è quella che essa non possa essere oggetto di pagamento parziale (perché non ogni pagamento parziale è una transazione, come nel caso di cui all'art. 160 l.f. in cui il pagamento non avviene integralmente semplicemente perché il retratto stimato della miglior liquidazione di tutti i cespiti su cui i creditori possono far legittimo conto per soddisfare le proprie pretese non è sufficiente. Non si tratta, cioè, di chiedere all'erario di rinunciare ad una parte che altrimenti potrebbe avere, si tratta soltanto di dare atto che le risorse sono oggettivamente inferiori al credito vantato dall'erario per Iva. Ed infatti molto spesso la domanda di concordato che sfrutta il secondo comma dell'art. 160 l.f. fa ricorso a finanza di terzi per offrire un qualche pagamento ai creditori chirografari per natura o privilegiati falcidiati) allora non avrebbe alcun senso l'art. 2752 c.c. e sarebbe del tutto superflua la precisazione di cui all'art. 182-ter l.f., in quanto intrinseco nella natura stessa del tributo che la sua riscossione debba avvenire in maniera integrale, anche a scapito delle ragioni creditorie da sempre maggiormente tutelate, almeno nel nostro ordinamento, come quelle dei dipendenti, ed anche quando il soggetto non ha più alcuna capacità contributiva. E, a quel punto, non dovrebbe più esserci distinzione se tale pagamento debba avvenire in costanza di liquidazione ordinaria, di esecuzione forzata, di liquidazione concordataria, fallimentare o concordataria fallimentare. Così anche G. La Croce, *Il credito erariale Iva tra orientamenti U.E. e arresti della Cassazione*, in *Fall.*, 2012, 153 ss, il quale auspica "un immediato revirement della Suprema Corte con il quale possa chiarire come nell'ambito del concordato preventivo l'Iva non debba essere soddisfatta integralmente in ipotesi di totale o parziale incapienza del patrimonio del debitore".

⁸⁵ L'art. 170 l.f. prevede che i libri contabili debbano essere depositati dopo l'emissione del decreto di ammissione, perché il giudice possa fare l'annotazione sotto l'ultima scrittura. Dopodiché i libri sono restituiti al debitore, che deve tenerli a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale.

particolareggiata dell'attivo e del passivo, in base alla quale il piano è stato redatto.

Per quanto concerne il passivo, nel concordato preventivo non è prevista la formazione di uno stato passivo, alla stregua di quanto invece accade per la procedura fallimentare.

E' l'imprenditore che indica le singole poste del passivo, ed anche le modalità della ristrutturazione dei debiti e del soddisfacimento dei creditori. Si tratta di due punti qualificanti del piano che si differenziano tra loro per la presenza o meno di un accordo: la ristrutturazione dei debiti presuppone, infatti, la presenza di un preventivo accordo con i creditori, che, invece, non è necessario per il normale soddisfacimento dei crediti. Quest'ultimo può avvenire nelle forme più diverse, che verranno analiticamente illustrate nella proposta medesima, cosicché i creditori possano esprimere il proprio voto avendo ricevuto le adeguate informazioni in merito al trattamento loro riservato ed agli effetti della omologazione della procedura⁸⁶.

Per quanto concerne l'attivo, questo può rimanere all'imprenditore, che può offrire delle garanzie ai creditori per il loro pagamento (come nella tradizionale forma del concordato con garanzia), oppure può essere liquidato dai creditori (concordato preventivo con cessione dei beni) o ceduto ad un assuntore, non escludendosi forme miste; in sostanza vi è ampia autonomia nell'allocazione dei beni o meglio dell'impresa, che può anche rimanere nelle mani dell'imprenditore⁸⁷. Il legislatore, peraltro, mostra di favorire la circolazione della stessa nella sua integrità, tramite cessione o affitto di azienda, o cessione dei beni in blocco, scegliendo la disgregazione e la cessione dei beni *uti singuli* come estrema *ratio*.

⁸⁶ In dottrina, per un recente contributo circa l'inquadramento del concordato preventivo tra gli istituti di risanamento, anche per la possibilità di ricorrere ad operazioni straordinarie ed a finanziamenti in funzione od esecuzione del piano del concordato, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall.*, 2012, 137 ss.

⁸⁷ Il Tribunale di Pescara, con decreto dell'11/10/2011, in www.ilcaso.it, ha omologato una procedura di concordato preventivo che prevede la messa a disposizione dei creditori concordatari del ricavato (al netto di quanto necessario per la soddisfazione dei debiti propri) della liquidazione dei beni della srl ***, previo conferimento degli stessi in trust autodichiarato con indicazione quale *trustee* di ***, quale *protector* del Commissario Giudiziale e quale beneficiario della massa dei creditori del concordato preventivo".

La volontà di non limitare il debitore che si accinge a modellare il piano concordatario, ma anzi, l'ambizione di costruire una normativa volta a facilitare il bilanciamento di interessi tra i creditori dell'impresa in crisi od insolvente ed il debitore stesso, stanno alla base della lettera c) dell'art. 160 l.f., che espressamente prevede che l'imprenditore possa suddividere i creditori in classi, secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei.

Una volta formate le classi, è possibile prevedere trattamenti differenziati per i creditori di ciascuna classe, con l'unico limite che il trattamento differenziato non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Appare chiaro, quindi, che lo snodo principale della questione è la formazione delle classi, che non può essere rimessa nelle mani esclusive dell'imprenditore. Ecco perché il Tribunale in sede di ammissione deve entrare nel merito del piano, valutando la correttezza dei criteri di formazione delle classi di creditori; solo ove sia stata rispettata l'omogeneità tra creditori, la procedura potrà essere aperta.

Il piano deve essere accompagnato da vari documenti, tra cui: un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause legittime di prelazione; l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà od in possesso del debitore; la quantificazione del valore dei beni e l'elencazione dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

A ciò va aggiunta una relazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° co, lettera d), l.f., che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità⁸⁸ del piano. Tale relazione permette, in sostanza, al

⁸⁸ Il problema della fattibilità del piano, tuttavia, accompagna l'intera procedura di concordato preventivo e non è definitivamente risolto neppure con la omologazione della procedura. S. Ambrosini, *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Il fallimento... atto*

Tribunale di non entrare nel merito del piano concordatario, ma sarà oggetto essa stessa di valutazione in ordine alla completezza ed alla analiticità degli accertamenti svolti dal professionista, e, ove ritenuto opportuno, potrà chiedere, ai sensi del 1° co dell'art. 162 l.f., di integrare il piano o la documentazione depositata, concedendo il termine di quindici giorni. La proposta di concordato preventivo può essere modificata, comunque, fino all'inizio delle operazioni di voto, secondo quanto disposto dall'art. 175, 2° co., l.f..

3.4 La consultazione dei creditori

Una volta aperta la procedura di concordato preventivo, il commissario giudiziale deve procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori rispetto alle scritture contabili, apportando le necessarie rettifiche, e deve redigere l'inventario del patrimonio del debitore.

Inoltre, il commissario giudiziale deve avvisare i creditori, tramite raccomandata o telegramma, della data di convocazione dell'adunanza e della proposta del debitore.

Al fine di rendere edotti i creditori per le opportune determinazioni da prendersi nella successiva adunanza, il commissario giudiziale predispone una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulla proposta del concordato e sulle garanzie offerte ai creditori.

L'adunanza dei creditori costituisce uno dei momenti più importanti della procedura⁸⁹, è presieduta dal giudice delegato e ad essa partecipano il

terzo: primi spunti di sottrina e giurisprudenza, La riforma fallimentare, collana a cura di L. Panzani, Ipsoa, 2008, 132, ritiene che “la legge affidi all'istituto della risoluzione del concordato la tutela delle aspettative che legittimamente i creditori abbiano riposto nelle valutazioni del debitore e del commissario in ordine alle loro possibilità di soddisfacimento”.

⁸⁹ O almeno, così è avvertita dal legislatore anche se, nella prassi, si registra un forte assenteismo dei creditori, i quali molto spesso fanno pervenire la propria espressione di voto a mezzo fax o corrispondenza, ancor prima di aver preso visione della relazione del Commissario giudiziale. Questo a conferma che il creditore spesso ha motivazioni interiori del tutto scisse da quello che può essere la “valutazione di convenienza” di soggetti terzi quali il Commissario giudiziale o il Tribunale. E non mancano pronunce di tribunali di merito che hanno omologato procedure di concordato nonostante il parere negativo del Commissario Giudiziale, a fronte di una relazione *ex art. 172 l.f.* esauriente ed esaustiva circa le criticità della realizzabilità del piano proposto ed il rischio a carico dei creditori.

commissario giudiziale, il debitore (che solo in caso di assoluto impedimento può farsi rappresentare da un mandatario speciale) ed i creditori, sia quelli che hanno diritto di voto, sia quelli che ne sono privi. Il commissario giudiziale deve illustrare la propria relazione e la proposta definitiva, dopodichè il giudice delegato apre la discussione, a cui possono partecipare i creditori ed il debitore, che, oltre a contestare eventualmente i crediti, ha facoltà di replicare ed è obbligato a fornire al giudice gli opportuni chiarimenti.

Chiusa la discussione si passa alla votazione e da questo momento non è più possibile modificare la proposta, poiché l'accettazione o il rifiuto espresso dal creditore tramite il proprio voto deve riguardare una proposta certa.

Sono legittimati al voto i creditori chirografari, mentre non lo sono i creditori privilegiati, salvo che rinuncino, anche parzialmente al privilegio, o siano trattati dalla proposta alla stregua dei chirografari. La rinuncia al privilegio ha effetto, comunque, solo ai fini del concordato, per cui viene meno se il concordato preventivo non ha luogo, o è annullato oppure risolto. Possono altresì votare i creditori che vantino un privilegio su beni di terzi, mentre sono esclusi dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini fino al quarto grado, i cessionari od aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

I voti vengono espressi nel corso dell'adunanza⁹⁰ e si ritiene per lo più che siano modificabili durante la stessa; essi possono pervenire anche per

Così Tribunale di Prato 14/12/2012. Nel caso di specie, il commissario giudiziale aveva espresso forti dubbi sulla concreta realizzabilità del piano nella relazione *ex art. 172 l.f.* e parere negativo in sede di omologa.

⁹⁰ La prassi della votazione "per fax" o per posta, precedente all'adunanza dei creditori è talmente consolidata, sia per praticità (spesso il creditore non è "un vicino della porta accanto" o, non essendo un esperto della norma fallimentare, ritiene che per partecipare all'adunanza abbia bisogno dell'assistenza di un legale) che per il processo interiore ed autonomo che genera la formazione della volontà del creditore nell'espressione del voto (questo non è il caso degli Istituti di credito, che normalmente votano nei venti giorni, dopo aver preso visione della relazione *ex art. 172 l.f.*) che alcuni Giudici Delegati hanno espressamente chiesto che il Commissario Giudiziale nella comunicazione *ex art. 171 L.F.* invitasse i creditori ad esprimersi solo dopo il deposito della relazione, sì da essere pienamente informato. Così il Giudice Delegato del Tribunale di Prato Dott. Maria Novella Legnaioli in un provvedimento, inedito, del 25/05/2011, depositato il 27/05/2011, appresso

telegramma, lettera o telefax nei venti giorni successivi alla chiusura dell'adunanza.

Il concordato preventivo è approvato se ottiene il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto; se sono previste classi di creditori, il concordato è approvato solo se la maggioranza indicata si riscontra anche nel maggior numero delle classi.

Qualora, invece, non vengano raggiunte le maggioranze, il giudice delegato ne riferisce al Tribunale, che provvede a dichiarare inammissibile la proposta di concordato ed a pronunciare eventualmente il fallimento, su iniziativa di un creditore o del pubblico ministero e se sussistono i presupposti.

Nulla vieta al debitore di depositare al Tribunale una nuova domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, presentando un nuovo piano, fondato su presupposti diversi, anche accogliendo eventuali suggerimenti offerti dal Commissario giudiziale e cercando di ridurre le criticità rilevate, sì da rendere la proposta più appetibile per i creditori.

3.5 L'omologazione

Una volta approvato dai creditori, il concordato preventivo è sottoposto all'omologazione da parte del Tribunale, che deve intervenire entro sei mesi dal deposito del ricorso, termine prorogabile di sessanta giorni, una sola volta, da parte del tribunale stesso.

Il Tribunale, su iniziativa del giudice delegato, fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato ai sensi dell'art. 17 l.f. e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale ed agli eventuali creditori dissenzienti.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi altro interessato devono costituirsi almeno dieci giorni prima

letteralmente trascritto: *“invita i creditori ad esprimere il proprio voto in sede di adunanza e comunque successivamente al deposito della relazione del Commissario Giudiziale”*.

dell'udienza fissata, nello stesso termine il commissario deve depositare il proprio motivato parere.

Se non vi sono opposizioni, il tribunale verifica la regolarità formale della procedura e l'esito positivo della votazione, omologando il concordato con decreto motivato, non soggetto a reclamo.

Qualora, invece, vi sia stata un'opposizione da parte di un creditore escluso dalla votazione o dissenziente, si apre un vero e proprio giudizio, in cui possono esser assunti anche mezzi istruttori.

Se un creditore appartenente a classe dissenziente contesta nell'opposizione la convenienza della proposta, il tribunale può omologare lo stesso il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto nel concordato, comunque in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Nel caso in cui l'opposizione venga accolta, si apre la strada all'eventuale fallimento, se, invece, viene respinta ed il concordato è omologato, il tribunale detta una serie di provvedimenti che riguardano la fase successiva alla chiusura della procedura.

In entrambi i casi il Tribunale provvede con decreto motivato, ma in presenza di opposizione il provvedimento del tribunale è reclamabile innanzi alla Corte D'Appello e, con lo stesso reclamo, è impugnabile anche l'eventuale sentenza di fallimento emessa contestualmente al decreto di rigetto su istanza di un creditore o richiesta dal pubblico ministero ed esistendo i presupposti.

Con il decreto di omologazione il tribunale, in ipotesi di concordato con cessione dei beni, nomina uno o più liquidatori ed un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione, determinandone le altre modalità di liquidazione, ove non previste nel piano proposto dal debitore ed approvato dai creditori.

3.6 Esecuzione, risoluzione ed annullamento

Il decreto di omologazione chiude la procedura di concordato preventivo, da quel momento si apre la fase esecutiva e gli organi della procedura permangono, con competenze attenuate in funzione proprio dell'esecuzione. Il commissario giudiziale sorveglia l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione, riferendo al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare un pregiudizio ai creditori; il debitore resta obbligato all'esatto adempimento degli impegni assunti.

Il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura; una volta soddisfatti nella misura prevista, ogni obbligazione nei loro confronti è estinta, mentre restano impregiudicati i diritti nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso del debitore. Ne consegue che i creditori anteriori possono agire liberamente verso tali soggetti e questi ultimi, una volta pagato, potranno agire in surroga e regresso verso il debitore principale, subendo, però, l'eventuale falcidia concordataria.

Per agevolare il concordato, e conferire stabilità al suo interno, nell'eventuale successivo fallimento gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso non sono oggetto di revocatoria fallimentare, mentre i crediti da finanziamenti sono prededucibili *ex art.182-quater l.f.*; al contempo, le disposizioni penali contenute negli artt. 216, 3° co., e 217 l.f. non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo.

Sono previsti, infine, due rimedi per alcuni vizi del concordato preventivo dal sapore tipicamente contrattuale disciplinati in gran parte per il tramite del richiamo alla disciplina contenuta nel concordato fallimentare: la risoluzione, per il caso di inadempimento, e l'annullamento, per l'ipotesi di accertamento, dopo l'omologazione, di atti o fatti dolosi da parte del debitore.

La risoluzione non opera se l'inadempimento è di scarsa importanza oppure se gli obblighi del concordato sono stati assunti da un terzo con

liberazione immediata del debitore, e non può essere fatto valere se è decorso più di un anno dal termine fissato per l'ultimo pagamento.

4. Le principali novità introdotte dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012 n. 83 – c.d. Decreto Sviluppo

Il Decreto Legge n. 83 del 22 giugno 2012, al comma 1 dell'art. 33 ha previsto rilevanti modifiche della normativa relativa ai procedimenti di composizione della crisi aziendale disciplinati nel R.D. n. 267/1942, da applicarsi ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso, nonché ai piani attestati elaborati successivamente a tale termine.

La legge di conversione è stata emanata in data 7 agosto 2012, n. 134 ed è entrata in vigore il 12 agosto 2012; di conseguenza le nuove norme sono operative per i procedimenti introdotti dall'11 settembre 2012.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano alcune delle novità di rilievo concernenti la procedura di concordato preventivo⁹¹.

4.1 Il ricorso con riserva *ex art. 161, comma 6, l.f.*

L'art. 161 l.f. è stato arricchito con un sesto comma, che ha trovato un grande *favor* negli operatori della materia, in quanto è lo strumento pensato dal legislatore per l'emersione tempestiva della crisi, in quanto riconosce degli immediati benefici agli imprenditori che accettano di rendere palese la propria situazione di difficoltà economica e finanziaria tramite il deposito della domanda di concordato, con la possibilità di integrarla in un momento successivo con la proposta, il piano e l'attestazione del professionista.

Infatti, tale norma prevede che "l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi

⁹¹ P. Martini, *La riforma dei procedimenti di composizione delle crisi aziendali*, Carrara, 2012, Ebook.

tre esercizi⁹², riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo, entro un termine fissato dal giudice, compreso tra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni”; qualora sia pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento, fermo quanto disposto dall’art. 22, primo comma, l.f. il termine è di sessanta giorni, prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni⁹³.

Il legislatore, inoltre, permette all’imprenditore, con la tranquillità di non vedere aggredito il patrimonio aziendale con azioni esecutive individuali o cautelari, e degli altri effetti protettivi di cui all’art. 168 l.f., di valutare con

⁹² Tali documenti sono indispensabili ai fini di valutare i parametri di cui all’art. 1 l.f.

⁹³ L’inciso “fermo restando quanto disposto dall’articolo 22, primo comma”, ha dato nuovo vigore al dibattito dottrinale circa la possibilità di configurare o meno un diritto dell’imprenditore a risolvere o tentare di risolvere il proprio stato di insolvenza tramite l’esperimento della procedura di concordato preventivo in luogo di quella fallimentare o, in altri termini, se sia possibile configurare una pregiudizialità tra le due procedure concorsuali, con obbligo per la Corte di merito di sospendere o dichiarare improcedibile l’istanza di fallimento pendente, ogniquale volta venga depositata domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo. La Corte di Cassazione nella sentenza n. 19214 del 04 settembre 2009, in www.leggiditalia.it, aveva affermato che “la recente riforma della legge fallimentare, per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare”, condividendo la scelta della Corte territoriale di escludere, come considerazione di carattere generale e di principio, che il debitore possa unilateralmente e potestativamente disporre dei tempi del procedimento fallimentare e di negare il rinvio richiesto per depositare la domanda di concordato, laddove sia necessario evitare il pericolo della dispersione dei beni e l’inutile procrastinarsi di una situazione di decozione irreversibile. A tal proposito, e con riferimento ad un caso di specie disciplinato dal testo della legge fallimentare riformato dal D. Lgs. n. 5/2006, la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata in senso negativo (Cass. 24 ottobre 2012, n. 18190, in www.leggiditalia.it), ritenendo fondamentale l’abrogazione dell’inciso dell’art. 160 l.f. che prevedeva la possibilità per l’imprenditore di proporre il concordato preventivo “fino a che il suo fallimento non è dichiarato”, che aveva fondato in passato l’indiscusso ed indiscutibile criterio della prevenzione. Inoltre, la Suprema Corte ritiene che la pregiudizialità necessaria che legittima la sospensione del processo prevista dall’art. 295 c.p.c. (istituto eccezionale che opera con portata limitata al caso in cui l’una situazione sostanziale dedotta nel processo pregiudicato rappresenti il fatto costitutivo di quella dedotta nella causa pregiudicata, come insegna Cass. S.U. del 1 ottobre 2003, n. 14670, in www.leggiditalia.it; né il codice di rito prevede casi di sospensione impropria o atecnica né è possibile ammetterli in via interpretativa) non si verifica nei rapporti tra concordato preventivo e fallimento non essendo sovrapponibili le situazioni rispettivamente esaminate, ma, invece, il predetto rapporto si attegna come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento all’esito negativo della prima procedura) e di assorbimento (dei vizi del decreto di inammissibilità in motivi di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento), che determina una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti. In definitiva, è rimesso al giudice fallimentare il compito di bilanciare, caso per caso, le opposte iniziative, coordinando quella del debitore con gli interessi sottostanti la procedura fallimentare, verificando in concreto il rapporto di priorità tra le procedure, escludendolo laddove sia palese l’intento meramente dilatorio del debitore, e, quindi, un abuso di diritto da parte del medesimo, anche alla luce dell’affrancamento di quest’ultimo dal requisito della meritevolezza.

una certa calma la reale portata dello stato di crisi e scegliere con la dovuta riflessione lo strumento migliore per risolverla, ben potendo depositare, al termine dei giorni concessi dal Tribunale, in alternativa alla proposta di concordato ed al piano, la domanda ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma primo, l.f., con conservazione degli effetti prodotti dal ricorso sino all'omologazione.

Come contropartita del deposito con ricorso con riserva, seguono delle limitazioni al potere gestorio in capo all'imprenditore, il quale può compiere gli atti di ordinaria amministrazione in piena autonomia, ma con la consapevolezza, anche ai fini della propria responsabilità verso gli altri creditori, che i crediti di terzi scaturenti dagli atti legalmente compiuti acquisiscono la qualifica della prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l.f., mentre dovrà munirsi dell'autorizzazione del Tribunale per gli atti di straordinaria amministrazione⁹⁴.

4.2 Lo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione

Facoltà riservata unicamente al curatore fallimentare nel previgente testo del R.D. n. 267/1942, con l'entrata in vigore della L. n. 134/2012 questa possibilità è riconosciuta dall'art. 169-*bis* l.f. anche all'imprenditore che abbia depositato la domanda di concordato, previa autorizzazione del Tribunale o del Giudice Delegato⁹⁵.

Il debitore può, quindi, già in sede di ricorso, o successivamente chiedere di potersi liberare da quei contratti in corso di esecuzione che ritiene antieconomici per l'impresa, oppure che essi vengano sospesi, eccezion fatta per i rapporti di lavoro subordinato, per il preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645*bis* c.c., avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero un immobile ad uso non abitativo

⁹⁴ Sul tema si veda anche M. Fabiani, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. 313/2012.

⁹⁵ Per la combinazione della nuova previsione della sospensione/scioglimento dei contratti pendenti e il concordato preventivo in continuità aziendale, C. Cavallini, *Concordato preventivo "in continuità" e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, in www.ilfallimentarista.it, pubblicato il 23 gennaio 2013.

destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, per i finanziamenti destinati ad uno specifico affare e per la locazione di immobile, nel caso in cui il soggetto che acceda alla procedura concordataria sia il locatore. La sospensione non può essere concessa per più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

Il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, ma tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.

4.3 Il contenuto del ricorso e del piano

Il legislatore ha esplicitato, alla lettera e) dell'art. 161 l.f. che insieme con il ricorso con cui si chiede l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, deve essere presentato un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, dando così esplicita codificazione a quanto sostenuto dalla dottrina, ovvero che domanda, proposta e piano sono tre tessere che vanno a comporre il quadro completo su cui i creditori sono chiamati ad esprimere la propria preferenza; in particolare, il piano è la mappa operativa in cui devono essere resi palesi gli strumenti con cui si intende attuare la proposta, che invece sintetizza in termini economici la soddisfazione offerta ai creditori⁹⁶.

Da segnalare l'importante introduzione della precisazione che nel piano l'imprenditore debba venire allo scoperto e dire senza mezzi termini quali sono i tempi di realizzazione della proposta, assumendosi, pertanto, un preciso obbligo in merito, in quanto ciò consente di poter individuare con maggior certezza l'adempimento o meno da parte del debitore ed attivare lo strumento dell'azione di risoluzione *ex art. 186 l.f.*.

4.4 L'attestazione del piano modificato

⁹⁶ Nella maggior parte dei casi, la percentuale di recupero del credito.

Molto opportunamente, il legislatore ha colmato una grave lacuna del precedente testo normativo, laddove nulla prevedeva circa la necessità di accompagnare le proposte modificative, che andavano a cambiare significativamente quella originaria che aveva ottenuto il vaglio di ammissibilità del Tribunale, da una nuova attestazione del professionista *ex art. 161 l.f. e 160 l.f.*.

Infatti, poteva accadere che in prima battuta venisse presentata una domanda redatta in base ad una situazione contabile di alcuni mesi precedenti la data di deposito della domanda, confezionata in modo tale da ottenere l'ammissione da parte del Tribunale, con le relazioni obbligatorie, che attestavano veridicità dei dati e fattibilità del piano; dopodichè, il debitore depositava una modifica anche strutturale del piano, (ad esempio, da concordato con assuntore a concordato con cessione dei beni), che era sottratto così all'attestazione di fattibilità, redatto prendendo come dati numerici quelli scaturenti da situazioni contabili aggiornate, sottratte all'attestazione di veridicità, col risultato di giungere alla votazione con una domanda nuova, che non era sottoposta ad alcun vaglio, né del Tribunale né del professionista attestatore, ma solo a quello del commissario giudiziale, il quale, tuttavia, ha il compito di effettuare un controllo di secondo livello⁹⁷.

L'art. 161 l.f., al terzo comma, adesso prevede che la relazione che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano "deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano".

E' assai apprezzabile che il legislatore abbia previsto l'obbligatorietà della nuova attestazione in caso di modifica significativa sia del piano che della proposta, in quanto entrambe queste leve sono state utilizzate in passato dal debitore per aggiustare il tiro, in modo non sempre trasparente; forse avrebbe potuto osare di più e prevedere anche che la relazione debba essere resa pubblica, invece di rimanere un atto interno al fascicolo del Tribunale (o tramite la pubblicazione nel Registro Imprese, almeno in estratto, o tramite il

⁹⁷ Nella prassi è accaduto che di fronte a situazioni così estreme il commissario giudiziale abbia chiesto il deposito della relazione di attestazione aggiornata.

tradizionale deposito in cancelleria in copia per la consultazione) ed illustrata ai creditori, per la tutela dei quali essa è stata concepita, ma che in realtà non hanno modo di prenderne diretta cognizione⁹⁸.

4.5 Gli effetti del ricorso

Risolvendo i problemi di coordinamento degli articoli 168 e 184 l.f., i quali, come noto, prevedevano, l'uno, che gli effetti della domanda decorressero dal deposito della stessa in Tribunale, e l'altro che il concordato omologato fosse obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato, con il risultato che un credito sorto nelle more tra il deposito della domanda ed il decreto di ammissione, veniva attratto nel novero di quelli sottoposti a falcidia, senza che venisse garantita la conoscibilità del deposito del ricorso, la riforma del 2012 ha disposto che gli effetti della domanda decorrano, in modo generalizzato, dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese⁹⁹, che diviene così il *dies a quo* a decorrere del quale è previsto sia il divieto, a pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari¹⁰⁰ (art. 168, comma 1, l.f.), sia l'attrazione agli obblighi concordatari dei crediti sorti antecedentemente (art. 184, comma 1, l.f.)¹⁰¹; la pubblicazione della domanda di concordato è onere del cancelliere, il quale deve adempiere entro il giorno successivo ai sensi del comma 5 dell'art. 161 l.f.

Un inedito assai significativo in merito agli effetti della presentazione del ricorso di ammissione alla procedura di concordato preventivo concerne la sorte delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data

⁹⁸ E questo a maggior ragione, visto il ruolo sempre più centrale assunto dalle relazioni di attestazioni nel funzionamento del "rinnovato" concordato preventivo.

⁹⁹ Quale ulteriore incentivo al deposito tempestivo del ricorso, e quindi all'emersione della crisi, in quanto si ha una generalizzata anticipazione di tutti gli effetti della procedura.

¹⁰⁰ L'art. 168 l.f. *ante* riforma prevedeva il solo divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive, mentre niente diceva in merito alle azioni cautelari, che, invece, erano inibite con la dichiarazione di fallimento, dal 2006 in poi, ed anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.f., in seguito alle modifiche introdotte dal D.L. n. 78/2010. La novella legislativa del 2012 pone rimedio a questa distonia, estendendo il divieto anche a qualunque azione cautelare quale effetto della pubblicazione nel registro imprese del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

¹⁰¹ P. Martini, *La riforma dei procedimenti di composizione delle crisi aziendali*, cit., 22.

di pubblicazione della domanda nel registro imprese. Dispone, infatti, l'ultimo comma dell'art. 168 l.f. che esse "sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato"¹⁰².

4.6 La votazione dei creditori

Con un netto cambio di rotta rispetto al passato, e conformemente a quanto da sempre disposto in ambito di concordato fallimentare, con la L. 134/2012 trova cittadinanza anche nel concordato preventivo il principio del "silenzio assenso" nell'approvazione della proposta¹⁰³. L'art. 178, ultimo comma, l.f. prevede che i creditori che non hanno esercitato il voto, di cui deve esser inserito l'elenco nominativo, insieme con l'ammontare dei crediti, nel processo verbale dell'adunanza, possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti.

Tuttavia, è previsto dall'art. 179, comma secondo, l.f., che il voto possa essere modificato, in seguito all'avviso inviato ai creditori da parte del

¹⁰² Sono escluse le ipoteche di altro tipo. La Suprema Corte si è recentemente pronunciata nel senso di negare che l'ipoteca iscritta dall'Agente della Riscossione ai sensi dell'art. 77, comma primo, del D.P.R. n. 602/73, possa rientrare nel novero di quelle giudiziali e, pertanto, sfuggirebbe alla sterilizzazione di cui all'art. 168 ul. co., l.f.. Ciò potrebbe pregiudicare l'efficacia della norma, il cui scopo è quello di favorire la parità di condizioni dei creditori e la conseguente fattibilità del piano. Cfr. Cass. 1 marzo 2012, n. 3232, in www.leggiditalia.it; Cass. 5 marzo 2012, nn. 3397 e 3398, in www.leggiditalia.it; Cass. 18 maggio 2012, n. 7911, in www.leggiditalia.it.

¹⁰³ E ciò in controtendenza con lo sforzo normativo di valorizzare il ruolo dei creditori, sia come organo nella composizione del Comitato dei creditori, sia singolarmente, quali unici in grado di valutare la convenienza del concordato, quasi a prendere atto che in realtà i creditori sono una categoria molto spesso dormiente, dove i pochi decisivi fanno la parte del leone, essendo comunque rimasta la maggioranza solo del credito e non anche per teste. Considerato che i creditori dovrebbero far pervenire il voto dopo il deposito della relazione del Commissario giudiziale ex art. 172 l.f., e che essa deve essere depositata entro i dieci giorni precedenti l'adunanza, e considerato anche il forte assenteismo dei creditori, con il silenzio assenso l'espressione del consenso informato sarà sempre più il grande assente, lasciando il posto all'espressione del dissenso, non necessariamente informato. La disposizione è in linea con la tendenza del legislatore di punire l'inerzia del soggetto titolare di un diritto, che rimanga apatico e, quindi, non meritevole di tutela. Sull'argomento anche D. Finardi, *Le modifiche al regime di voto nel concordato preventivo e le conseguenze sui crediti postergati*, in www.ilcaso.it, Sez. II, doc. 319/2012.

commissario giudiziale, che abbia rilevato, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano¹⁰⁴.

Infine, un'ulteriore modifica connessa all'espressione del voto si ha in sede di omologazione. Infatti, qualora il concordato non preveda la formazione di classi dei creditori, quelli dissenzienti che rappresentino il venti per cento dei crediti ammessi al voto possono contestare la convenienza della proposta ed ottenere, così che il Tribunale omologhi la procedura, solo dopo aver verificato che il credito possa essere soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Avendo adesso distinto nettamente la domanda, la proposta ed il piano, a cui attiene il requisito della fattibilità, viene da chiedersi se i creditori, con la suddetta opposizione in sede di omologazione, possano estendere la contestazione anche al piano o debba limitarsi alla proposta ed alla sua convenienza, indipendentemente da come essa sia attuata.

O meglio, si può dire che in caso di variazione del piano i creditori hanno quale strumento di reazione quello di modificare il voto, mentre in caso di concordato che comunque prosegue verso l'omologazione (magari perché non viene meno la maggioranza del credito ammesso al voto nonostante la modifica del voto da parte di qualche creditore), i creditori rilevanti (o il creditore rilevante), che rappresentino almeno il 20% del credito ammesso al voto, possano contestare il merito della proposta, investendo il Tribunale della valutazione del merito della proposta, tramite l'opposizione di cui all'art. 180 l.f..

¹⁰⁴ Tale norma, apprezzabile nelle intenzioni, perché permette di tenere in tensione l'imprenditore sino all'omologazione della procedura, potendo sempre incorrere nella revoca del consenso da parte dei creditori e di eliminare tempestivamente concordati non fattibili, appare tuttavia squilibrata, in quanto non è previsto alcun contraddittorio tra il commissario giudiziale ed il giudice delegato né tantomeno con il debitore. E' auspicabile che nella prassi tale confronto almeno tra tali soggetti venga attivato, onde evitare che il debitore possa esser tenuto "sotto scacco" da un commissario giudiziale che si senta un curatore *ante litteram*, e che crei inutili allarmismi con effetto domino, per ben adempiere alla propria funzione informativa. Perché andare poi a cercare le responsabilità a fallimento dichiarato appare magra consolazione. Inoltre, la giurisprudenza dovrà aiutare a delineare i confini di cosa debba intendersi per mutazione delle condizioni di fattibilità, se esse possano essere anche migliorative; se l'informativa debba esserci anche in caso di mutazione neutra ai fini della proposta (modificazione solo del piano, dello strumento operativo, ad esempio, ma non della percentuale offerta), se la modificazione debba superare una soglia di rilevanza o, invece, qualsiasi sia la sua natura e portata, una volta rilevata, implichi l'obbligo di comunicazione.

4.7 La sospensione delle norme relative alla ricapitalizzazione delle società

Il codice civile detta regole inderogabili relativamente alla ricapitalizzazione delle società di capitali, contenute negli articoli 2446 e 2447 c.c. per le Spa e negli articoli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* per le Srl, in caso di perdite di esercizio che abbattano il capitale di oltre un terzo o che, nell'ipotesi più grave, portino il capitale al di sotto del minimo legale.

In tali ipotesi, e con estrema semplificazione, sono previsti degli obblighi in capo all'organo amministrativo di convocazione dell'assemblea dei soci perché deliberi in merito alla copertura della perdita o alla riduzione del capitale con contemporaneo aumento dello stesso sino al minimo legale; altrimenti deve essere accertata senza indugio la causa di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. e l'organo amministrativo, in attesa dei trasferimenti dei poteri al liquidatore, deve gestire la società avendo come unico fine quello della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2486 c.c.. Ciò ha comportato non poche difficoltà alle società in crisi, soprattutto quelle che intendevano proporre un concordato in continuità aziendale, in quanto la disciplina del codice civile, volta a garantire l'integrità ed effettività del capitale sociale, non prevedeva alcuna deroga in loro favore e, pertanto, la posta in liquidazione diveniva una tappa obbligata.

Il legislatore non è intervenuto a livello di diritto societario, ma introducendo un nuovo articolo, il 182-*sexies* all'interno della legge fallimentare, espressamente dedicato alla "Riduzione o perdita del capitale della società in crisi", in cui è disposto che dal deposito della domanda¹⁰⁵ per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva, o della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.*, o della proposta di accordo ai sensi del sesto comma della medesima

¹⁰⁵ Forse sarebbe stato più opportuno fare riferimento alla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese, come per gli effetti di cui agli artt. 168 e 184 l.f..

norma, e sino alla omologazione non si applicano le regole codicistiche sulla ricapitalizzazione e non opera la causa di scioglimento di cui agli articoli 2484, n. 4 c.c., e 2545-*duodecies* c.c., fermo restando che per il periodo anteriore continua a trovare applicazione l'art. 2486 c.c..

4.8 Il concordato preventivo con continuità aziendale *ex art. 186-bis l.f.*

Con il nuovo art. 186-*bis* l.f., il legislatore ha introdotto delle regole specifiche da applicarsi ai concordati preventivi che prevedano la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, fermo restando che il piano possa comunque prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

In merito al contenuto del piano, esso deve essere arricchito con un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa per il tempo previsto nel piano medesimo, delle risorse finanziarie necessarie e delle modalità di copertura; in altre parole, è necessario predisporre un vero e proprio piano industriale, che abbia tutti gli indicatori economici e finanziari e le spie di controllo sul risultato periodico dell'esercizio dell'attività¹⁰⁶.

Inoltre, il piano deve avere un'ulteriore attestazione rispetto a quella concernente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità; infatti, alla lettera b) del secondo comma dell'art. 186-*bis* L.f., si prescrive al professionista di

¹⁰⁶ Attività che potrebbe essere anche in perdita per i primi anni, come è verosimile che sia, essendo l'impresa in crisi, ma che, grazie alla falcidia concordataria ed ai benefici fiscali riconosciuti in merito di non tassazione di plusvalenze e sopravvenienze, può invertire dopo qualche anno il segno e generare flussi di cassa sufficienti per adempiere agli obblighi concordatari e generare utili in futuro. Un tale piano industriale già doveva accompagnare le proposte di concordato in continuità prima della introduzione dell'art. 186-*bis* l.f., per essere attestate come fattibili, ma il legislatore ha voluto sottrarre alla diligenza del professionista la scelta se redigerlo o meno, e ne ha fatto un preciso obbligo di legge.

attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori¹⁰⁷.

Se nel corso della procedura l'attività cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il commissario dovrà darne immediata comunicazione al Tribunale, il quale provvederà ai sensi dell'art. 173 l.f., ovvero aprendo d'ufficio¹⁰⁸ il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori; resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato¹⁰⁹.

Dopo aver indicato gli ulteriori obblighi connessi al concordato in continuità, il legislatore indica alcune agevolazioni a cui il debitore può accedere: la possibilità di prevedere la moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione non hanno diritto di voto; i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso¹¹⁰, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura e sono inefficaci eventuali patti contrari; l'ammissione al concordato non impedisce la continuazione di contratti pubblici, se il professionista che ha attestato il piano

¹⁰⁷ Come noto, il piano del concordato potrebbe prevedere anche che creditori appartenenti a classi diverse abbiano una diversa soddisfazione. In tali casi, allora sembra che all'attestatore sia richiesto di effettuare una sorta di *cram down* alle stregua del Tribunale in sede di omologa o, in altre parole, di stabilire, bilanciando gli interessi in gioco, se come effetto generale la prosecuzione dell'attività porti un *quid* in più rispetto alla sua interruzione, anche se per far ciò è necessario sacrificare la posizione di qualcuno. Il legislatore, inoltre, non specifica che il miglior soddisfacimento sia solo dei creditori ammessi al voto. Viene da chiedersi se ciò possa aprire anche a valutazioni di carattere socio economico, basti pensare a quanto possa essere determinante per i lavoratori continuare a prestare la propria opera oppure no, i quali molte volte sono esclusi dal novero dei votanti in quanto ne è previsto l'integrale pagamento.

¹⁰⁸ Difficile dire che, in questo caso, al giudice non spetti una valutazione di merito circa la fattibilità del piano.

¹⁰⁹ Se essa può essere ancora modificata. Dispone infatti, l'art. 175, al secondo comma, che "La proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto". A meno che non si voglia intendere quella del 186-*bis* l.f. una norma speciale, come un ulteriore *bonus* per favorire l'accesso al concordato in continuità, sapendo che in qualunque momento si interrompa l'attività il piano possa essere convertito in qualcosa di diverso, da sottoporre di nuovo al vaglio dei creditori.

¹¹⁰ Anche qui forse sarebbe stato più opportuno fare riferimento alla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese, come per gli effetti di cui agli artt. 168 e 184 l.f..

od altro avente i medesimi requisiti previsti dall'art. 67 l.f., ne attesta altresì la conformità ad esso e la ragionevole capacità di adempimento¹¹¹; l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara alcuni documenti specifici, indicati alle lettere a) e b) del quarto comma dell'art. 168-*bis* l.f.; il debitore può chiedere al tribunale, ai sensi del comma quattro, dell'art. 182-*quinquies* l.f., di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori¹¹². Tale attestazione, tuttavia, non è necessaria per i pagamenti effettuati sino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

4.9 I finanziamenti

Alla luce dell'introduzione dell'art. 182-*quinquies* l.f. e delle modifiche apportate al 182-*quater* l.f., il frastagliato quadro delle disposizioni relative ai finanziamenti in ambito di procedura di concordato preventivo può essere così ricomposto:

- 1) Art. 182-*quater*, comma 2: i finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di

¹¹¹ Di tale continuazione può beneficiare, ai sensi del medesimo comma tre, dell'art. 186-*bis*, l.f., in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti sono trasferiti.

¹¹² M. Vitiello, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, pubblicato il 21 gennaio 2013, rileva che, in realtà, poco è cambiato rispetto al passato, in quanto il debitore poteva già prima dell'introduzione della norma di cui all'art. 182-*quinquies* l.f., chiedere al giudice delegato di farsi autorizzare a pagare anticipatamente alcuni creditori anteriori, qualificando tale atto come di straordinaria amministrazione ex art. 167 l.f.. L'effettiva portata innovativa sarebbe, quindi, limitata al fatto che "l'autorizzazione al pagamento immediato (ed eventualmente integrale) di un creditore concorsuale chirografario possa essere richiesta, ove quest'ultimo abbia fornito beni e servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa, contestualmente, o immediatamente dopo, la presentazione della domanda di concordato, (teoricamente) anche nelle forme di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., e quindi in una fase antecedente all'emissione del decreto di ammissione alla procedura".

concordato preventivo, se già previsti nel piano, sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.f., se ciò è espressamente disposto nel decreto con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione alla procedura (ovvero l'accordo di ristrutturazione sia omologato). Se tali finanziamenti sono effettuati dai soci, essi, in deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, sono prededucibili fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Tuttavia, vale la regola generale se la qualità di socio è stata acquisita in esecuzione del piano del concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione del debito).

I soggetti finanziatori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato (e dal computo della percentuale dei crediti prevista dall'art. 182-*bis* l.f.).

- 2) Art. 182-*quinquies*, l.f.: il debitore che abbia presentato la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, anche ai sensi del sesto comma dell'art. 160 l.f., e, quindi, con riserva di produzione della proposta, del piano e dell'attestazione, e, di conseguenza, ancor prima dell'ammissione alla procedura medesima, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato a contrarre nuovi finanziamenti, accompagnando la richiesta con la relazione di un professionista designato dallo stesso debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), il quale deve verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione ed attestare che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. Il Tribunale può assumere sommarie informazioni e concedere l'autorizzazione. I crediti scaturenti da tali finanziamenti sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f.. E' discusso in dottrina se la prededucibilità sia riconosciuta anche a finanziamenti effettuati dai soci, non essendo

prevista, come nell'art. 182-*quater* l.f., l'espressa deroga alla normativa societaria¹¹³.

- 3) Art. 182-*quater*, comma 1: i finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati, erogati in esecuzione di un concordato preventivo generano crediti prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.f.. Se tali finanziamenti sono effettuati dai soci, essi, in deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, sono prededucibili fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Tuttavia, vale la regola generale se la qualità di socio è stata acquisita in esecuzione del piano del concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione del debito).

4.10 La sanzione penale

Nel nuovo quadro normativo concorsuale, è fuori discussione che il professionista attestatore sia stato immaginato come una figura centrale, alla quale sono attribuite funzioni tali da assimilarla ad un consulente del giudice o ad un suo ausiliario, se non fosse per il fatto che la sua nomina è riservata al debitore che decide di utilizzare uno degli strumenti, concorsuali e non, previsti dalla legge fallimentare per la soluzione negoziata della propria crisi e che è dallo stesso remunerata.

Essendo fondamentale per il buon funzionamento di tali strumenti che le relazioni del professionista siano predisposte con diligenza, cura,

¹¹³ Pertanto, essi potrebbero o soggiacere integralmente alla norma codicistica che li rende postergati; o essere interamente prededucibili, o, in applicazione analogica con l'art. 182-*quater* l.f., prededucibili nei limiti dell'80%. Quest'ultima sembrerebbe la soluzione più coerente dal punto di vista sistematico, in quanto, delineando un primo embrione di diritto societario della crisi di impresa autonomo rispetto al diritto societario generale, è possibile colmare la lacuna dell'art. 182-*quinquies* l.f. grazie alla forza espansiva dei principi generali che, come visto possono così sintetizzarsi: è visto con favore il finanziamento delle imprese in crisi con riconoscimento del premio della prededucazione del credito per chi eroga tali risorse; il premio è limitato nella misura dell'80% se sono i soci a farlo. *Mutatis mutandis*, anche ai finanziamenti erogati dai soci ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l.f., pertanto, è possibile applicare il medesimo regime giuridico, come efficacemente prospettato dal Prof. U. Tombari nella relazione sul tema "Il diritto societario nella crisi d'impresa: discrezionalità e doveri degli amministratori nel governo della crisi. Il regime della riduzione o perdita del capitale nella società in crisi", esposta al Convegno tenutosi a Firenze presso l'Auditorium Cosimo Ridolfi della Banca CR Firenze il giorno lunedì 5 novembre 2012, sul tema *La soluzione delle crisi d'impresa alla luce del decreto sviluppo (D.L. n. 83/2012 e L. N. 134/2012)*.

completezza di informazioni e di spiegazioni, con razionalità, logicità e grande serietà, il legislatore della riforma del 2012 ha introdotto alcuni correttivi, per responsabilizzare il professionista stesso: in via preventiva, con la precisazione del requisito di terzietà ed indipendenza all'art. 67, comma terzo, lett. d) l.f., ed in via successiva con una sanzionale penale *ad hoc*.

Il legislatore ha coniato, infatti, il nuovo art. 236-*bis*, con cui ha introdotto nell'ordinamento il reato di falso in attestazioni e relazioni, che prevede la reclusione da due a cinque anni e la multa da € 50.000 ad € 100.000 per il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli, 67, comma 3, lett. d), 161, terzo comma, 182-*bis*, 182-*quinquies* e 186-*bis* espone informazioni false od omette di riferire informazioni rilevanti¹¹⁴.

Le condotte punite sono due, quella attiva individuata nell'esposizione di informazioni false, e quella omissiva, consistente nel tacere informazioni rilevanti, l'elemento soggettivo è quello del dolo generico, tra cui rientra anche il dolo eventuale, integrabile qualora il professionista sia consapevole dell'eventualità che le informazioni esposte nella propria relazione non corrispondano al vero o che quanto è stato omesso sia qualificabile come informazione rilevante, accettando il relativo rischio¹¹⁵.

Trattasi di reato di pericolo presunto, in cui l'arretramento della tutela è giustificato dalla particolare importanza del corretto operato del professionista¹¹⁶.

Sono previste anche due circostanze aggravanti.

La prima caratterizzata dal dolo specifico consistente nell'aver agito allo scopo di trarre, per sé o per altri un'utilità di carattere patrimoniale "ingiusta". Recita, infatti, il secondo comma dell'art. 216-*bis* l.f.: "Se il fatto è

¹¹⁴ Si osserva che dall'elencazione è rimasta esclusa la relazione giurata di cui al secondo comma dell'art. 160 l.f.

¹¹⁵ P. Martini, *La riforma dei procedimenti di composizione delle crisi aziendali*, cit., 13.

¹¹⁶ P. Martini, *La riforma dei procedimenti di composizione delle crisi aziendali*, cit., 12.

commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata”¹¹⁷.

Il comma terzo prevede la seconda circostanza aggravante, disponendo che: “Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà”.

Ciò che rileva è qui il danno subito dai creditori come conseguenza della condotta infedele dell’attestatore, danno che, nel silenzio della norma, sembra debba intendersi in senso patrimoniale, ovvero che vi sia un riflesso negativo nel patrimonio dei creditori, la cui quantificazione, però, probabilmente sarà possibile solo ad insolvenza dichiarata¹¹⁸.

5. Le principali novità introdotte dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 – c.d. Decreto Sviluppo-bis, come modificata dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228 (cd. Legge stabilità 2013)

La Legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (cosiddetto «Decreto Sviluppo-bis», recante «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese») ha introdotto importanti modifiche alla disciplina delle comunicazioni degli atti nelle procedure concorsuali.

In particolare, per quanto concerne la procedura di concordato preventivo, le modifiche hanno toccato gli articoli 171¹¹⁹, 172¹²⁰, 173¹²¹ e

¹¹⁷ Osserva F. Mucciarelli, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni”*, cit., 5, che questa circostanza aggravante verrà nella pratica contestata quasi fisiologicamente, in quanto non è facile immaginare un’ipotesi di falso di tal genere commesso senza l’obiettivo di conseguire un profitto per l’agente, che sia “ingiusto”.

¹¹⁸ F. Mucciarelli, *Il ruolo dell’attestatore e la nuova fattispecie penale di “falso in attestazioni e relazioni”*, cit., 5.

¹¹⁹ Art. 171 (Convocazione dei creditori)

Il commissario giudiziale deve procedere alla verifica dell’elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell’art. 161, apportando le necessarie rettifiche.

Il commissario giudiziale provvede a comunicare ai creditori a mezzo posta elettronica certificata, se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall’Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata o telefax presso la sede dell’impresa o la residenza del creditore, un avviso contenente la data di convocazione dei creditori, la proposta del debitore, il decreto di ammissione, il suo indirizzo di posta elettronica certificata, l’invito ad indicare un indirizzo di posta elettronica certificata, le cui variazioni è onere comunicare al commissario. Nello stesso avviso è contenuto l’avvertimento di cui all’articolo 92, primo comma, n. 3). Tutte le successive comunicazioni ai

182¹²² l.f., prevedendo, in estrema sintesi, che il commissario giudiziale debba comunicare la propria PEC al registro Imprese entro dieci giorni dalla nomina

creditori sono effettuate dal commissario a mezzo posta elettronica certificata. Quando, nel termine di quindici giorni dalla comunicazione dell'avviso, non è comunicato l'indirizzo di cui all'invito previsto dal primo periodo e nei casi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, esse si eseguono esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Si applica l'articolo 31-bis, terzo comma, sostituendo al curatore il commissario giudiziale.

Quando la comunicazione prevista dal comma precedente è sommamente difficile per il rilevante numero dei creditori o per la difficoltà di identificarli tutti, il tribunale, sentito il commissario giudiziale, può dare l'autorizzazione prevista dall'art. 126.

Se vi sono obbligazionisti, il termine previsto dall'art. 163, primo comma, n. 2, deve essere raddoppiato.

In ogni caso l'avviso di convocazione per gli obbligazionisti è comunicato al loro rappresentante comune.

Sono salve per le imprese esercenti il credito le disposizioni del R.D.L. 8 febbraio 1924, n. 136.

¹²⁰ Art. 172 (Operazioni e relazione del commissario)

Il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la deposita in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori. Nello stesso termine la comunica a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma.

Su richiesta del commissario il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni.

¹²¹ Art. 173 (Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura).

Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

¹²² Art. 182 (Provvedimenti in caso di cessione di beni).

Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

Si applicano ai liquidatori gli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 in quanto compatibili.

Si applicano al comitato dei creditori gli articoli 40 e 41 in quanto compatibili. Alla sostituzione dei membri del comitato provvede in ogni caso il tribunale.

Le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco devono essere autorizzate dal comitato dei creditori.

Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili.

Si applica l'articolo 33, quinto comma, primo, secondo e terzo periodo, sostituendo al curatore il liquidatore, che provvede con periodicità semestrale dalla nomina. Quest'ultimo comunica a mezzo di posta elettronica certificata altra copia del rapporto al commissario giudiziale, che a sua volta lo comunica ai creditori a norma dell'articolo 171, secondo comma.

e che nella comunicazione ai creditori *ex art. 171*¹²³ egli debba indicare la propria Pec e debba esplicitare l'invito ai creditori medesimi di comunicare la loro, che sarà il recapito per le successive comunicazioni con l'avvertimento che, nell'ipotesi di omessa indicazione, esse saranno effettuate esclusivamente mediante deposito in cancelleria.

Inoltre, il commissario giudiziale dovrà comunicare a mezzo PEC ai creditori la relazione *ex art. 172 l.f.*, entro i dieci giorni che precedono l'adunanza, nonché il decreto di apertura del procedimento di revoca del concordato *ex art. 173 l.f.*.

Infine, nell'ipotesi di omologa di concordato preventivo che preveda la cessione dei beni ai creditori, il liquidatore giudiziale deve, con cadenza semestrale, redigere un rapporto sull'andamento della liquidazione, trasmettendone una copia al comitato dei creditori, unitamente alla documentazione bancaria, per le eventuali osservazioni, ed una copia al commissario giudiziale che, a sua volta, provvede a comunicarla a tutti i creditori ai rispettivi indirizzi PEC o, se non indicati, mediante deposito in cancelleria¹²⁴.

Da ultimo, la L. 24 dicembre 2012, n. 228, pubblicata in G.U. n. 302 del 29/12/2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013, ha apportato ulteriori innovazioni in materia.

In particolare, l'art. 19 della L. 228/12 ha modificato gli articoli 16 e 17 della L. n. 221/12, e ha aggiunto l'art. 16-*bis* concernente l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali, prevedendo che a decorrerre dal 30

¹²³ Oltre alla data di adunanza ed alla proposta del creditore, il commissario giudiziale deve ora comunicare anche il decreto di ammissione, con cui il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato ai sensi dell'art. 163 l.f. Recita, infatti, il nuovo testo dell'art. 171 l.f.

¹²⁴ La legge n. 221/2012 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il giorno 18/12/2012 e per la parte relativa alle procedure concorsuali è entrata in vigore il giorno successivo, ponendo nuovi immediati adempimenti a carico dei curatori fallimentari, dei commissari giudiziali e dei liquidatori dei concordati preventivi, nonché dei commissari delle amministrazioni straordinarie e delle liquidazioni coatte amministrative, anche con riferimento ad una parte delle procedure concorsuali pendenti a tale data. Per i primi approfondimenti in merito, *Comunicazione del Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano Dott. Filippo Lamanna n. 4 del 27/12/2012, avente ad oggetto: indicazioni operative per l'applicazione della nuova disciplina concernente la comunicazione telematica degli atti nelle procedure concorsuali ai sensi del D.L. n. 179/2012 convertito dalla L. n. 221/2012*, in www.tribunale.milano.it.

giugno 2014 il deposito degli atti e dei documenti dovrà avvenire esclusivamente mediante l'utilizzo delle modalità telematiche e che per le procedure concorsuali tale obbligo ricade in capo al curatore fallimentare, al commissario giudiziale, al liquidatore, al commissario liquidatore ed al commissario straordinario¹²⁵.

6. Natura del concordato preventivo e risoluzione per inadempimento

La riforma della legge fallimentare, sviluppatasi in più fasi a partire dal 2005 e conclusa con le recenti L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012 n. 83 – c.d. Decreto Sviluppo e L. 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 – c.d. Decreto Sviluppo-*bis*, ha comportato un profondo e radicale rinnovamento della disciplina della crisi di impresa, aprendo la strada alla negoziazione delle parti nella gestione della stessa e valorizzando l'autonomia privata, sia quando lo squilibrio economico, patrimoniale e finanziario può ancora esser superato con il risanamento dell'impresa *ex art. 182 bis* l.f. o attraverso una sistemazione concordata *ex art. 160 ss l.f.*, sia quando il dissesto si è tramutato in insolvenza definitivamente accertata con la sentenza dichiarativa di fallimento, prevedendo che il fallimento possa essere chiuso per il tramite di un concordato fallimentare.

Ma se l'idea, puramente ideologica, della piena e assoluta capacità di autoregolamentazione delle parti private nella disciplina della crisi di impresa ha rappresentato la vera stella polare del disegno riformatore, avendo il legislatore riportato la crisi d'impresa nella logica del contratto, abbandonando le logiche del passato, frutto dell'esigenza di verifica e controllo pubblico sullo sviluppo dell'azione imprenditoriale ed economica, è anche vero che la regola del diritto privato non deve tradursi in assenza di regole, chè demandare completamente la regolamentazione della crisi d'impresa al patto libero ed

¹²⁵ Circolare n. 2/2013 del Giudice Delegato del Tribunale di Terni Dott. Paola Vella, avente ad oggetto “Nuove modalità di comunicazione telematica di atti in materia concorsuale”, in www.osservatorio-oci.org. Si veda anche P. Vella, *Brevi note sui nuovi adempimenti telematici nelle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, II, 332/2013.

incondizionato delle parti si tradurrebbe nell'affermare e giustificare la legge del più forte¹²⁶.

E vi è chi¹²⁷ non ha mancato di sottolineare che “neppure una fede illimitata del contrattualismo assoluto può far dimenticare alcuni dati di fatto, e cioè che le posizioni dei contraenti del cosiddetto *nexus of contracts* sono difformi, e che questa difformità è origine di sopraffazione e prevaricazione da parte del contraente più forte (...). Nessun contratto potrà mai quindi ricomporre il divario tra le parti e creare quelle situazioni di uguaglianza in partenza che non solo corrispondono ai più elementari requisiti di giustizia, ma rappresentano la condizione necessaria di uno sviluppo economico non squilibrato”.

Copiosi sono stati i contributi in dottrina¹²⁸ circa la natura pubblicistica o privatistica della procedura di concordato preventivo, già nel vigore della precedente normativa, teorie che furono così sintetizzate: “La concezione contrattualistica individua nel concordato un contratto, da alcuni qualificato come transazione, da altri come cessione dei beni ai creditori. In particolare questa teoria sostiene che l'aspetto preminente del concordato è costituito dall'accordo tra i vari creditori, mentre la sentenza di omologazione, successiva a tale accordo, svolge soltanto gli effetti di una *condicio iuris*, disposta soprattutto a garanzia di coloro che non sono stati consenzienti o che addirittura non vi abbiano partecipato. In giurisprudenza si è però consolidata la tesi della natura pubblicistica del concordato.

Si è infatti affermato (v. Cass. 2 luglio 1965, n. 1373) che gli effetti del concordato, preventivo o fallimentare, (con la conseguente riduzione nella

¹²⁶ G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Ipsoa, 2007, 295 ss.

¹²⁷ G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, 26.

¹²⁸ Per maggiori approfondimenti, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 1979, 15 ss; L.A. Russo, *Natura giuridica e finalità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, 221; G. Jachia, *La nuova disciplina del concordato preventivo: i risultati delle prime esperienze sulla nuova procedura*, in *La riforma del diritto fallimentare*, Eutekne, quaderno n. 67, 2005, 203, definisce la procedura di concordato preventivo come: “un procedimento di volontaria giurisdizione di natura esplicitamente camerale volto ad omologare – così attribuendogli effetti costitutivi anche verso i creditori assenti, dissenzienti o dimenticati – un accordo proposto dal debitore ed approvato dalla maggioranza (per capitale) dei creditori”; così anche M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2005, 292.

percentuale stabilita dei crediti chirografari), non derivano dalla decisione delle parti, a contenuto remissorio o liberatorio, sebbene direttamente dalla legge, la quale riconosce l'obbligatorietà del concordato medesimo per tutti i creditori, sia per quelli concorrenti, ma dissenzienti, sia per quelli che non hanno presentato domanda di ammissione e che, perciò, non hanno avuto neanche la possibilità di esprimere il proprio assenso o il proprio dissenso; il che è incompatibile, appunto, con una concezione contrattualistica del concordato che, d'altra parte, sarebbe da escludersi in considerazione dell'intervento del tribunale per il controllo, in sede di omologazione, non solo di legittimità, ma anche di merito, potendo l'omologazione essere negata anche per sole ragioni di opportunità, malgrado la sussistenza delle richieste maggioranze¹²⁹.

E la Suprema Corte¹³⁰ ebbe così ad esprimersi: “Il concordato costituisce una fattispecie complessa al cui perfezionamento concorrono elementi di natura negoziale ed elementi di natura processuale, costituiti i primi dalla proposta del debitore, dal concorso di volontà delle persone che intervengono come garanti e dall'approvazione dei creditori ed i secondi dalle attività di controllo e di valutazione demandate agli organi della procedura; elementi che concorrono alla produzione di particolari effetti che trovano il loro titolo definitivo nella sentenza di omologazione, rispetto alla quale gli elementi di natura negoziale hanno il ruolo di semplici presupposti”.

In dottrina¹³¹ la teoria contrattualistica fu criticata, soprattutto in quanto l'istituto del concordato preventivo “stando ai principi generali che regolano il contratto, non esplicherebbe la sua efficacia obbligatoria sia nei confronti dei creditori che non hanno espresso la propria adesione, sia di coloro che non hanno preso parte al procedimento, né manifestato la loro volontà, rimanendo completamente estranei all'accordo. E' stata così ritenuta inaccettabile la tesi secondo cui il legislatore ha devoluto ad una certa organizzazione il potere di

¹²⁹ B. Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Ipsoa Informatica, 1981, 10-11.

¹³⁰ Cass. 15 luglio 1976, n. 2793 in *Massimario Foro it.*, 1976, c. 572.

¹³¹ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002, 139 ss.

decidere sulla proposta, introducendo il principio di maggioranza. Si è anche rilevato che questo principio non spiegherebbe il carattere vincolante del concordato anche nei confronti dei creditori che non vi abbiano preso parte, per non considerare, poi, che in tale procedimento (sia preventivo, sia fallimentare) non risulta neppure rispettato un principio maggioritario”.

Altra autorevole dottrina¹³² rilevò che la funzione propria dell’istituto del concordato preventivo fosse quella sostitutiva, in termini processuali, del processo esecutivo ordinario e di quello speciale fallimentare. E ciò trovava conferma anche in quanto ricordato e puntualizzato dalla Relazione ministeriale, n. 37, e cioè che di fronte alla realtà giudiziaria di un concordato abbandonato nelle mani dei soggetti privati, e quindi facile mezzo per realizzare situazioni fraudolente, si era preferito trasformarlo nella sua stessa struttura, provvedendosi a disciplinarlo nel suo stesso modo di realizzare i risultati, e quindi recependo nel processo una realtà giuridica usuale.

E che effettivamente si trattasse di un processo esecutivo, lo confermavano la “composita ed armonica convergenza di un consenso di maggioranza e di una duplice omologazione del giudice (duplice perché articolata in due tempi ed anche perché diretta ad identificare un elemento oggettivo come un elemento soggettivo)”¹³³ e “la vigile tutela del giudice che, in posizione imparziale, determina e provvede, approva e controlla ogni passaggio, ogni adempimento, fino al concreto raggiungimento dei risultati dell’istituto. (...) Ciò, pur dovendosi riconoscere che il progressivo allontanamento dallo schema del processo ordinario affievolisce la struttura processuale. (...) Anzi, su questo piano, occorre realisticamente riconoscere che la natura di maggioranza del consenso della massa dei creditori, combinatamente con la natura liberatoria del concordato preventivo, costituiscono indubbiamente momenti di loro natura non pianamente recepibili nel quadro di un processo ed in particolare di un processo esecutivo, apparendo infatti, al limite, specialmente il secondo, come un fatto concettuale

¹³² P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1976, 706-710.

¹³³ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1976, 709-710.

contrastante e antidirezionale rispetto al concetto primordiale di esecuzione”¹³⁴.

In definitiva, il concordato preventivo era concepito come un rimedio speciale, per situazioni speciali, la cui impronta processuale non era di per sé pubblicistica, ed i cui fattori pubblicistici si combinavano con gli elementi privatistici, integrandoli e completandoli, tanto che “una ancor più penetrante indagine di questi istituti consentirebbe forse addirittura di verificare una esaltazione dei fattori volontaristici riconducibili alla autonomia privata, proprio attraverso così massivi inserimenti pattizi nel quadro del processo”¹³⁵.

Anche tale prospettazione giuridica non andò esente da critiche da parte di chi¹³⁶ non riteneva condivisibile separare il momento della domanda dal resto dello svolgimento del processo, qualificando la prima senza considerare il secondo, in quanto, pur essendo vero che a fasi volontarie potevano seguire fasi contenziose in un unico contesto processuale, quest’ultimo, nel concordato preventivo, trovava la sua ragion d’essere proprio nel contenuto della domanda introduttiva, ossia nella proposta di concordato su cui erano chiamati a deliberare i creditori e dall’omologazione alla quale il giudice provvedeva d’ufficio.

Inoltre, fu posto in luce che la procedura di concordato preventivo era caratterizzata da una serie di attività assai distanti da quelle tipiche del processo esecutivo, quali il giudizio sull’ammissibilità della domanda, il controllo dell’amministrazione dei beni, l’approvazione dell’assemblea dei creditori, l’accertamento delle condizioni di legge nel giudizio di omologazione e quello degli adempimenti degli obblighi assunti da parte del debitore concordatario.

L’insostenibilità della tesi che assimilava il concordato preventivo al procedimento contenzioso, indusse una parte della dottrina ad inquadrare tale

¹³⁴ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 709-710.

¹³⁵ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 710.

¹³⁶ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, 2002, cit., 147.

istituto nell'ambito della volontaria giurisdizione¹³⁷, essendo il concordato un processo senza lite, in cui l'intervento del giudice è limitato all'accertamento di tali condizioni ed a provocare la manifestazione della volontà dei creditori e quindi, a prendere atto della loro decisione negativa, dichiarando il fallimento, oppure positiva alla conclusione del negozio, ed omologare il concordato, in presenza dei presupposti di legge. In questo caso, la sentenza di omologazione veniva¹³⁸ qualificata come un requisito di efficacia dell'accordo raggiunto tra debitore e creditori.

Ma tale teoria si scontrava con il dato oggettivo che il concordato preventivo, pur partendo dall'iniziativa del debitore, era strutturato non soltanto in funzione di tale accordo, ma anche dell'interesse generale, avendo previsto il legislatore la possibilità per il Tribunale di non omologare la procedura e di dichiarare il fallimento indipendentemente dalla volontà manifestata dai soggetti interessati alla conclusione ed all'efficacia dell'accordo. Ed infatti, così concludeva un altro autore¹³⁹: "In materia fallimentare, l'omologazione del concordato preventivo è qualcosa di fondamentale. Infatti non si tratta di una mera indagine sulla regolarità formale, ma c'è qualcosa in più perché la valutazione del Giudice ha il doppio carattere di controllo di legittimità e di merito".

Con l'entrata in vigore delle novelle legislative degli anni 2005-2007, il dibattito è tornato a farsi vivace, in quanto gli elementi di novità introdotti hanno sollevato un diffuso vento di "privatizzazione", che è andato a risvegliare l'antico dibattito.

La tesi contrattualistica è tornata alla ribalta nella sua versione più accreditata, ovvero quella che concepisce il concordato giudiziale come un accordo tra debitore e massa dei creditori, raccogliendo pertanto i creditori concorsuali in un insieme, i quali danno origine ad una collettività che viene

¹³⁷ U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 1961, 1581.

¹³⁸ G. De Semo, *Teoria della condizione legale (condicio juris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1960, I, 5 ss.

¹³⁹ V. Sparano, *Disciplina delle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1988, 37-38.

ad identificare un nuovo soggetto giuridico: “l’ente massa”¹⁴⁰. Il soggetto così formato esprime il consenso al concordato, attraverso il procedimento di deliberazione a maggioranza.

Anche se, per autorevole dottrina ¹⁴¹, un tale ragionamento si fonda sulla finzione giuridica dell’esistenza di una soggettività data dalla massa dei creditori, che in realtà non esiste in natura e nemmeno artificialmente costruita quale soggetto collettivo né da un accordo e neppure da norme configurative di diritto positivo, nonché su quella dell’esistenza di un consenso espresso da questo inesistente soggetto, in quanto ad acconsentire o meno alla proposta sono pur sempre i singoli creditori ammessi al voto, coloro che non approvano, piuttosto che acconsentire, non acconsentono, cioè, rifiutano la proposta. L’approvazione del concordato non ne resta necessariamente pregiudicata, essendo il concordato approvato a maggioranza (del credito e non dei creditori) e non all’unanimità.

Ma il concordato approvato a maggioranza, piuttosto che sul consenso dei creditori, o dell’ente massa, si fonda su una deliberazione presa appunto a maggioranza, che non può essere convertita, senza travisarne la natura, in un consenso della massa dei creditori. “E’ proprio questa la ontologica differenza che corre tra contratto e concordato”¹⁴².

La recente riforma ha notevolmente ampliato gli spazi di autonomia negoziale nei concordati, sottraendo la domanda ad ogni precedente vincolo di tipicità, eliminando le iniziative di ufficio degli organi giurisdizionali, sopprimendo il giudizio di meritevolezza del debitore, ampliando il potere di approvazione della maggioranza, abrogando la regola della maggioranza per teste e stabilendo nuove regole per la maggioranza per somme; queste profonde modificazioni all’insegna della “privatizzazione” delle procedure di insolvenza, ossia della riconduzione di tali procedure entro i principi e le

¹⁴⁰ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, p. 92, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi d’impresa* (a cura di F. Di Marzio e F. Macario), Giuffrè, Milano, 2010, 73, ss.

¹⁴¹ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, cit., 92.

¹⁴² F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, cit., 92.

regole del diritto privato e del diritto processuale civile, hanno indotto una diffusa convinzione sulla natura contrattuale dei concordati dopo la riforma.

E'importante però verificare se tale convinzione rispecchi effettivamente il testo normativo, definendone i confini e chiarendone il senso.

6.1 La privatizzazione del concordato preventivo

Indagare la natura dell'istituto del concordato preventivo non è un esercizio di puro stile, ma permette di approdare ad una premessa logica, da cui conseguono importanti risvolti in ordine alla risoluzione di alcune problematiche, come quella della delimitazione dei poteri del Tribunale, del Giudice Delegato, del Commissario Giudiziale, del Comitato dei Creditori e dei singoli creditori e della sindacabilità nel merito della proposta concordataria, nonché in ordine all'interpretazione ed applicazione di alcune norme, come quella contenuta nell'art. 182 l.f. o nell'art. 186 l.f.. Nel primo caso, si tratta di stabilire se ed entro quali limiti possa essere modificata ed integrata la proposta di concordato con cessione dei beni da parte del tribunale in sede di omologa e se siano ammissibili variazioni nelle modalità di esecuzione del piano; nel secondo caso, il dubbio verte sulla possibilità di mutare, nel concordato preventivo, le norme codicistiche in tema di risoluzione del contratto.

Alla dottrina più autorevole¹⁴³ non è sfuggita l'importanza di disegnare il confine della privatizzazione del concordato preventivo perché, se indubbia è stata l'impronta data dal legislatore in tal senso, non può essere dimenticato che il terreno nella negoziazione è pur sempre coperto dal tetto pubblicistico, a tutela di tutti gli interessi che vengono coinvolti nella procedura di concordato preventivo; basti pensare alla definizione di contratto posta dall'art. 1321 del c.c. "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire,

¹⁴³ G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fall.*, n. 9/2008, 991 ss; L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Il Fall.*, n. 3/2008, 253 ss; L. Abete, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, n. 6/2007, 617 ss; M. Fabiani, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, nota a Tribunale di Lodi, 1 marzo 2010, in *Il Fall.* n. 5/2010, 593 ss.

regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” per capire che il concordato preventivo è una procedura complessa, il cui fulcro è costituito da una proposta su cui una pluralità di soggetti, che condividono la posizione giuridica di essere creditori di un unico imprenditore, si trovano a costituire una collettività, subendo le sorti decise dalla maggioranza di essa, che non può essere definita semplicisticamente un contratto.

Peraltro, alcune nozioni circa i requisiti del contratto (l'accordo, causa, oggetto, la forma, come previsto dall'art. 1325 c.c.), devono essere tenuti presenti, quando si va ad interpretare ed applicare l'art. 186 L.F. che ha mutuato dall'area contrattualistica¹⁴⁴ i concetti chiave di risoluzione per inadempimento e di inadempimento di non scarsa importanza¹⁴⁵. “In larga parte della letteratura¹⁴⁶, come icona del nuovo diritto della crisi d'impresa, viene ostentata la tanto declamata privatizzazione della gestione della crisi, tracciata dall'espansione del ruolo riconosciuto ai creditori cui fa da controcanto una attenuazione delle attribuzioni riconosciute all'autorità giudiziaria, variamente modulata a seconda delle diverse letture e dei diversi segmenti di legge”¹⁴⁷. Ma l'impianto normativo, letto in modo sistematico, conferma che il giudice non è completamente spogliato delle funzioni gestorie e che gli accordi tra debitore e creditore fruiscono sì di talune protezioni, ma non quanto taluni si sarebbero aspettati; se la scelta sistemica è stata quella di portare il mercato dentro il fallimento, era indefettibile che vi fosse uno spazio

¹⁴⁴ Art. 1453 c.c. Risolubilità del contratto per inadempimento, I co.: “Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno”.

Art. 1455 c.c. Importanza dell'inadempimento: “Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”.

¹⁴⁵ S. Sanzo – A. Bianchi, *Manuale delle procedure concorsuali*, Il Sole24Ore, 2007, 793.

¹⁴⁶ G. Minutoli, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2008, 214, insiste sulla accentuazione privatistica del nuovo diritto fallimentare, dando atto che la scelta legislativa, non censurabile e allineata all'idea che i creditori debbano rivestire il ruolo di protagonisti, rischia però di porre in una zona d'ombra quegli interessi superindividuali che il legislatore della riforma non ha del tutto pretermesso, laddove non ha cancellato la figura del Pubblico Ministero agente; G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047 ss; F. Betti, *Aspetti negoziali del concordato preventivo: talune riflessioni*, in *Procedure concorsuali e composizione negoziale*, a cura di G. Schiavon, Milano, Giuffrè, 2008, 107 ss.

¹⁴⁷ M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 1101.

adeguato per l'autonomia privata, intesa come espressione di regole di gestione svincolate da modelli rigidi, ma, ad esempio, la presenza del pubblico ministero nel concordato preventivo, quand'anche non pervasiva, e, magari, riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l'uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno della insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto debitore-creditore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori¹⁴⁸. In questo contesto, parlare di "privatizzazione" della crisi appare azzardato, visto che lo Stato vi impiega ancora non poche risorse ed il diritto fallimentare resta un comparto dell'ordinamento in cui lo Stato non si limita a mettere a disposizione delle parti le regole processuali per risolvere i loro conflitti, ma interviene talora per regolarli in via di eteronomia con la presenza del pubblico ministero e con la presenza, sebbene da posizioni più sfumate, del giudice¹⁴⁹. Più coerentemente con il diritto positivo vigente, può affermarsi che lo Stato abbia in parte delegato alle parti il compito di gestire l'insolvenza, perché da un lato sono loro a poter meglio valutare gli interessi coinvolti, e perché dall'altro lato la canalizzazione della gestione verso le parti consente di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari, nell'auspicio che il recupero di risorse possa essere utilmente indirizzato per rendere celeri tutti i processi incidentali che si intersecano con la procedura, ma pur mantenendo la struttura processual-pubblicistica in cui la negozialità deve trovare espressione, il cui emblema è la conservazione del giudizio di omologazione¹⁵⁰.

E, a proposito di privatizzazione della crisi di impresa e diritto privato, dottrina autorevole¹⁵¹ ha optato per la natura deliberativa, ma non contrattuale

¹⁴⁸ M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, cit., 1102-1103.

¹⁴⁹ M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, cit., 1103.

¹⁵⁰ M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, cit., 1103.

¹⁵¹ F. Di Marzio, *'Contratto' e 'Deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* (a cura di F.Di Marzio e F.Macario), Giuffrè, Milano, 2010, 73 e ss.

del concordato preventivo, il quale si risolve in una struttura processuale finalizzata all'elaborazione della decisione a maggioranza riservata ai creditori concorrenti.

Propria del contratto è la forza conformatrice dei rapporti privati, inglobata in un atto che per tradizione vale come legge tra le parti, ai sensi dell'art. 1372 c.c.. Costitutivo del contratto è l'accordo patrimoniale, quale espressione della libertà delle parti manifestata attraverso il consenso sul regolamento pattizio, che costituisce la fonte di legittimazione stessa della figura contrattuale. E lo spazio esplicativo di questa libertà è vastissimo e delimitato soltanto dalla liceità e meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. art. 1322 c.c. e, pertanto, la funzione dell'accordo può essere anche di comporre la crisi d'impresa attraverso la rinegoziazione del debito o attraverso altre soluzioni, variamente configurate, ma concernenti in ogni caso contratti sulla crisi d'impresa¹⁵².

Invece non realizzano contratti sulla crisi d'impresa i concordati; e ciò per la semplice ragione di non essere accordi, ma appunto concordati, ovvero procedure concorsuali. La tradizionale e perdurante concezione dei concordati come contratti tra debitore fallendo o fallito da un lato e la massa dei suoi creditori all'altro, raggiunta al prezzo della finzione data dalla costituzione della 'massa dei creditori' in soggetto giuridico, proprio perché infondata ha contribuito ad occultare la vera natura dei concordati: che si spiega ricorrendo non alla figura contrattuale ma alla figura della deliberazione poiché l'approvazione della proposta concordataria avviene da parte dei creditori a maggioranza del credito ammesso al voto¹⁵³.

Così come avviene nel contratto, la funzione della deliberazione a maggioranza è la composizione, preventiva o successiva al fallimento, della crisi d'impresa, ma, diversamente da esso, la sua legittimazione non è piena e incondizionata, ma subordinata a precise regole processuali, oltre che al generalissimo principio della comunanza di interessi in cui versa un gruppo di

¹⁵² F. Di Marzio, *'Contratto' e 'Deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 94.

¹⁵³ F. Di Marzio, *'Contratto' e 'Deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 94.

soggetti. Comunanza di interessi o costituita da tali soggetti per contratto (così nelle società, nelle associazioni e nei consorzi) oppure determinata da fatti esterni ed indipendenti, come, appunto, possono essere la crisi d'impresa, il fallimento del debitore e la proposta di un concordato¹⁵⁴.

In definitiva, le modificazioni legislative intervenute, pur avendo profondamente inciso sulla natura e struttura dei concordati, non possono costituire argomento per la tesi contrattualistica pura, il che non vuol dire negare la natura negoziale del concordato, ma soltanto che l'autonomia negoziale non si identifica con l'autonomia contrattuale, che invece ne costituisce la specie. Cosicché, se il concordato non può dirsi espressione della libertà contrattuale riconosciuta ai privati, esso può essere invece ritenuto espressione di autonomia negoziale, sia pure realizzata non direttamente sul mercato ma per la mediazione di un procedimento¹⁵⁵. “La confutazione della tesi contrattualistica consente di accantonare il paradigma contrattuale a vantaggio del paradigma deliberativo”¹⁵⁶, il che agevola una descrizione più appropriata della fattispecie “concordato”, che certamente meglio si comprende come istituto privatistico, ma che può cogliersi nella sua specificità solo ponendo attenzione alla deliberazione, intesa non tanto come fase apicale della procedura quanto come ragione ordinante dell'intera struttura normativa. Quest'ultima si contraddistingue per le limitazioni poste alla libertà di articolare la domanda di concordato¹⁵⁷, che sono giustificate dall'essere quella domanda sottoposta non al consenso ma alla deliberazione a maggioranza di creditori¹⁵⁸.

¹⁵⁴ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 94.

¹⁵⁵ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 94.

¹⁵⁶ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 94.

¹⁵⁷ I limiti legali alla articolazione della proposta trovano ragione: a) nel sistema della responsabilità patrimoniale per quanto concerne i creditori prelatizi; b) nella natura dell'atto negoziale di approvazione della proposta per quanto concerne il trattamento dei creditori chirografari e perciò votanti. Senza peraltro sottovalutare che il trattamento dei creditori prelatizi è a sua volta connesso alla modalità di approvazione della proposta di concordato (tanto che, se essa dovesse essere accettata da tutti i creditori, senza poter essere deliberata a maggioranza, non necessiterebbero le regole su un trattamento differenziato dei creditori prelatizi).

¹⁵⁸ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 94.

6.2 La votazione dei creditori nel concordato preventivo

Secondo l'ottica del legislatore della riforma, la gestione dell'insolvenza non deve essere caratterizzata da iniziative pubblicistiche che si sovrappongono a quelle delle parti interessate perché, essendo la gestione dell'insolvenza un fatto privato, l'iniziativa deve essere lasciata al debitore ed ai creditori, ai quali spetta averne il governo.

La procedura è assimilata ad un'organizzazione nella quale i partecipanti, sia che la volontà sia stata liberamente manifestata, sia che abbia operato coattivamente, possono prendere le proprie decisioni ed attuare il programma di tutela creditoria¹⁵⁹.

Tali determinazioni sono assunte in forza del principio di maggioranza, sul presupposto che quest'ultima, per quanto concerne le decisioni sulla produzione di ricchezza (non sulla sua distribuzione, occorrendo in tale sede regole inderogabili a tutela della minoranza)¹⁶⁰, abbia i corretti incentivi ad operare nell'interesse di tutto il gruppo.

Infatti, la deliberazione a maggioranza è una tipica soluzione apprestata dal diritto positivo per disciplinare rapporti giuridici che, pur afferenti a soggetti diversi, non si mostrano separati ma "connessi, concorrenti o dipendenti tra loro", cosicchè le vicende dell'un rapporto spieghino necessariamente conseguenze dirette sull'altro¹⁶¹. Per effetto di tale deliberazione, il soggetto in minoranza è trattato come un terzo rispetto al rapporto, con posizione giuridica subordinata a quella della parte, di tale rapporto, che dispone per lui, che la legge identifica nella maggioranza.

La deliberazione così assunta vincola i dissenzienti e gli assenti, posti, come detto, in posizione subordinata.

L'oggetto della decisione è l'interesse comune dei partecipanti, costretti dalla norma in una comunione di interessi. Né la deliberazione a maggioranza sarebbe altrimenti legittimabile (ossia legittimabile in quanto assertiva di un

¹⁵⁹ G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, cit., 999 ss.

¹⁶⁰ L. Stanghellini, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, n. 4/2006, 377 ss.

¹⁶¹ F. Di Marzio, *'Contratto' e 'Deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 110.

interesse individuale e maggioritario sull'altro e minoritario) giacchè fra interessi individuali, l'uno vale l'altro¹⁶².

Il problema che si pone, e con più intensità in tutti i casi in cui la maggioranza del credito, determinante ai fini dell'approvazione della proposta concordataria, sia detenuta nella mani di pochi creditori (tipicamente gli Istituti di credito, ma potrebbero essere anche "fornitori forti"), è quella di definire le condizioni in cui la regola della maggioranza funziona bene.

Tali condizioni possono essere identificate nella comunanza di interessi tra i membri del gruppo, nella predeterminazione di diritti individuali inviolabili dalla maggioranza, nell'esercizio corretto del voto.

Né si potrebbe sostenere, per invalidare il principio di maggioranza, che il gruppo dei creditori rivesta interessi non omogenei, perché a questo rilievo si è replicato che "si tratta di obiezione seducente, ma che non regge ad un vaglio più attento"¹⁶³, in quanto, pur in presenza di differenti modalità di espletamento delle operazioni patrimoniali all'interno della procedura concorsuale, rispetto a qualsiasi altra organizzazione collettiva, non si giungerebbe mai ad assoggettare alla regola della maggioranza i diritti dei creditori, il loro trattamento e la loro graduazione.

Ma si è replicato¹⁶⁴ che, pur rispettando il trattamento paritetico tra tutti i creditori, salvo le cause di prelazione, non si eviterebbero gli effetti della concorsualità, né la compressione della sfera individuale soggettiva sulla base di una volontà maggioritaria imperfetta.

Il principio della disomogeneità degli interessi dei creditori, che precluderebbe nel concordato qualsiasi decisione della maggioranza, potrebbe essere superato soltanto inserendo i creditori, a discrezione del debitore, in classi diverse nelle quali la loro collocazione dovrebbe avvenire in dipendenza dell'omogeneità dell'interesse rivestito.

¹⁶² E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1951.

¹⁶³ L. Stanghellini, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, cit., 381.

¹⁶⁴ L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit. 253.

Cosicchè l'imposizione di decisioni assunte a maggioranza nell'ambito di un concordato preventivo privo di classi e, quindi, in presenza di interessi disomogenei, si tradurrebbe in una compressione ingiustificata dei creditori e pertanto in un sistema illegittimo.

In ogni caso, il principio maggioritario, mutuato per il concordato preventivo dalle associazioni privatistiche, non assumerebbe il contenuto di una volontà prevalente, né potrebbe avere l'effetto di un atto impositivo per la generalità di tutti i partecipanti perché non sarebbe la conseguenza di una decisione collegiale di tutti i creditori.

Vi è chi¹⁶⁵ ha sostenuto che nei concordati "l'interesse comune rilevante è quello dei creditori concorsuali: è l'interesse che accomuna i creditori in quanto concorsuali. Questo interesse costituisce presupposto necessario ai fini della legittimazione della deliberazione a maggioranza e deve integrare l'obiettivo realizzato attraverso di essa. L'interesse comune dei creditori concorsuali è strettamente connesso alle regole del concorso: le quali, per un verso sono costitutive di quell'interesse; e, per altro, si giustificano per quell'interesse, a sua volta costitutivo delle prime".

L'interesse comune è determinato dal sistema della responsabilità patrimoniale. Poiché la regola del concorso stabilisce che tutti i creditori non prelatizi hanno eguale diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, i creditori votanti sono interessati a una deliberazione fondata per legge sulla parità di trattamento, tra tutti i creditori chirografari o tra tutti i creditori chirografari raggruppati in una classe. Da questo punto di vista, la regola della parità di trattamento è costitutiva dell'interesse dei creditori deliberanti come comune. Infatti, ciascun creditore voterà su una proposta che prevede eguale trattamento per lui e per tutti gli altri creditori chirografari (o per lui e tutti gli altri creditori chirografari ricompresi nella stessa classe di voto).

In secondo luogo, la comunanza dell'interesse è determinata dalla norma speciale che inibisce le azioni esecutive individuali e cautelari in

¹⁶⁵ F. Di Marzio, *'Contratto' e 'Deliberazione' nella gestione della crisi d'impresa*, cit., 110-111.

pendenza di una procedura concorsuale, che, di fatto, incarna la prescrizione legale della procedura collettiva, assicurando la parità di trattamento non solo in ipotesi, ma in concreto, costituendo i creditori in “massa”, ossia in una “comunità di perdita”, fonda l’interesse comune di tutti i creditori concorsuali alla stessa¹⁶⁶.

“La realtà del concorso è costitutiva dell’interesse a che l’espropriazione e la liquidazione dei beni del debitore siano organizzate non solo in ragione del diritto dei creditori di essere soddisfatti delle proprie pretese, ma anche secondo l’esigenza che tale soddisfazione si realizzi seguendo criteri di ottimizzazione dei risultati della liquidazione. Dunque, è proprio il diritto al concorso che fonda l’interesse al governo della crisi e, in definitiva, alla procedura concorsuale; questo interesse alla gestione economicamente ragionevole della crisi è comune a tutti i creditori aventi diritto di soddisfarsi (e, dunque, per organizzazione legale, di partecipare al concorso)”¹⁶⁷.

I creditori sono chiamati a deliberare circa l’approvazione o meno di una proposta eguale per tutti, secondo un parametro di giudizio dato dalla convenienza della proposta rispetto alle alternative concretamente praticabili, e riassumibili nei processi di esecuzione individuale, in caso di semplice crisi, e nella liquidazione fallimentare, in caso di insolvenza, giudizio di convenienza che, almeno sulla carta, è oggettivamente eguale per tutti i creditori i quali, avendo diritto ad essere trattati egualmente, sono trattati allo stesso modo¹⁶⁸.

In definitiva, nell’attuale quadro legislativo, segnato dall’assenza, tranne in ipotesi particolari, di previsioni normative che autorizzano il Tribunale a valutazioni circa la convenienza della proposta di concordato,

¹⁶⁶ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, cit., 111.

¹⁶⁷ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, cit., 111. Nello stesso senso G. Terranova, *Le procedure concorsuali. Problemi d’una riforma*, Giuffrè, Milano 2004, 60: “Se non si bloccassero le azioni esecutive individuali e non s’impedissero ai singoli d’intromettersi nella gestione del patrimonio del debitore, non si potrebbe esperire alcun tentativo di salvare l’impresa insolvente, non si potrebbe concludere un concordato e, soprattutto, non si riuscirebbe neppure a liquidare l’attivo con un minimo di oculatezza”.

¹⁶⁸ F. Di Marzio, *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, cit., 112.

emerge un profilo di criticità dato dall'individuazione del principio di rango costituzionale che legittima l'imposizione maggioritaria della soluzione pattizia alla minoranza assente o dissenziente e, quindi, la decurtazione delle pretese dei creditori assenti o dissenzienti¹⁶⁹.

Il problema fondamentale è quello di spiegare come un atto di autonomia privata possa obbligare soggetti estranei al negozio, tenendo conto che la proposta ed il piano sono indirizzati alla massa dei creditori, mentre il concordato viene approvato solo da una parte, seppur maggioritaria, di essi, vincolando per disposizione di legge, ai sensi dell'art. 184 l.f., anche soggetti inscienti, assenti o dissenzienti, che non partecipano all'atto negoziale.

E' incontestabile, infatti, che la collettività dei creditori non assurge a persona giuridica e, neppure, a soggetto collettivo non personificato: "si tratta di una collettività che, al di là dell'interesse generico, comune a ciascuno dei suoi componenti, alla massima realizzazione, nel più breve tempo possibile delle rispettive ragioni di credito, è per sua natura composita e disomogenea"¹⁷⁰.

E nel quadro di una disciplina che si caratterizza in chiave contrattualistica, "ciascun creditore, unicamente ed in via esclusiva, identifica il soggetto, l'unico soggetto abilitato a dar ragione dell'omogeneità dell'interesse di cui è portatore, rispetto agli interessi che fanno capo agli altri componenti del gruppo: opinare diversamente si tradurrebbe in una macroscopica violazione della libertà negoziale di quel dato creditore"¹⁷¹, della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri, e, quindi, del principio di iniziativa, di cui l'autonomia privata è strumento necessario, garantito dall'art. 41, primo comma, della Costituzione.

¹⁶⁹ L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit., 257.

¹⁷⁰ L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit., 257-258.

¹⁷¹ L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit., 258.

Conseguentemente, non manca chi¹⁷² sostiene che “se un dato creditore, denegando il suo voto favorevole, ha manifestato il suo dissenso rispetto alla soluzione concordataria, ha in tal guisa, legittimamente, quale unico soggetto a ciò abilitato, inteso disconoscere la omogeneità del proprio interesse rispetto a quello degli altri creditori.

Non vi è spazio alcuno, pertanto, perché la maggioranza possa farlo in sua vece.

In questo quadro, quindi, è difficile individuare il principio di rango superiore che legittima l’operatività della regola della maggioranza”, una regola della maggioranza che non è più una doppia maggioranza, per numero di creditori e per valore assoluto del credito da esso portato, ma esclusivamente una maggioranza calcolato sul credito.

Il discorso trova un’ulteriore articolazione, se i creditori sono stati suddivisi in classi¹⁷³. Infatti, in primo luogo è ancora aperto il dibattito circa la obbligatorietà o meno di tale suddivisione¹⁷⁴ e sui poteri di controllo del Tribunale sulla corretta formazione delle classi o sulla loro mancata formazione¹⁷⁵, tanto che esso è stato definito come “il vero banco di prova del difficile equilibrio tra l’accentuata esplicazione e valorizzazione

¹⁷² L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, cit., 258.

¹⁷³ Per un’attenta ricostruzione delle varie problematiche connesse all’istituto delle classi, che presenta profili teorici tuttora incerti con riferimento alle finalità di tale suddivisione, e conseguentemente, agli eventuali limiti applicativi ed al controllo giurisdizionale, si veda G. Minutoli, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente “classamento” dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina*, in *Fall.*, 2010, 49 ss, nota a commento di Tribunale di Biella, 27 aprile 2009, *ivi*, 43 ss; P. Catalozzi, *Le classi dei creditori e la votazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 109 ss; A. Penta, *Obbligatorietà o facoltatività nel “classamento” dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fall.*, 2010 233 ss, nota a commento di Tribunale di Roma, 27 gennaio 2009, *ivi*, 232-233; L. Stanghellini, *Piano di regolazione dell’insolvenza, classi di creditori e liquidazione*, in *Fall.*, 2004, 28 ss; D. Galletti, *la formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative*, in www.ilcaso.it, II, n. 52/2007; L. De Simone, *Formazione delle classi dei creditori e controllo giudiziale*, in www.ilcaso.it, II, n. 267/2011.

¹⁷⁴ G. Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424 ss, nota a commento di Tribunale di Milano 4 dicembre 2008; G. Bozza, *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno “Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi”, tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 7 ss.

¹⁷⁵ Per G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 95, nota a commento di Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98, *ivi*, 78 ss, non vi è alcun limite preclusivo al riesame, in sede di omologa, delle questioni già decise nella fase introduttiva, che possono, quindi, essere tranquillamente riesaminate dal Tribunale.

dell'autonomia negoziale (come voluto dal legislatore della riforma) e l'individuazione dell'effettivo ambito di quel sindacato, rispetto ad una regola di maggioranza nella gestione dei rapporti tra i membri di quella che è stata definita la “comunità forzosa” dei creditori e che ben può dar luogo a conflitti ed a connesse esigenze di tutela dei c.d. creditori di minoranza”¹⁷⁶, avendo il legislatore fallimentare “fatto proprio quell'insegnamento gius-economico secondo cui la separazione patrimoniale – e in questo caso la modifica dei criteri di ripartizione interna al patrimonio separato – può essere usata come strumento per la risoluzione dei conflitti tra le diverse categorie di soggetti aventi tutti diritti sul patrimonio del debitore”¹⁷⁷.

La difficoltà interpretativa nasce dal fatto che il dettato normativo non chiarisce “se lo scopo della suddivisione in classi – mediante raggruppamenti finalizzati ad offrire soddisfi uguali o differenziati che tengano conto della tipologia dei crediti e dei creditori – sia solo quello di favorire la ristrutturazione del debito del proponente, consentendogli di indebolire e superare il contrasto con alcuni creditori, o anche quello di offrire una maggior tutela dei creditori, con la previsione che la maggioranza necessaria per l'approvazione del concordato si formi all'interno dei gruppi portatori di interessi assimilabili, non inquinata da interessi particolari e contingenti. Non può, infatti, tralasciarsi l'incidenza dell'istituto delle classi sul voto dei creditori e sulle maggioranze necessarie per la sua approvazione”¹⁷⁸, fissate nell'art. 177 l.f., che prevede che il concordato è approvato se ottiene il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto, dovendo tale maggioranza ottenersi anche nel maggior numero di classi, se tali classi sono state costituite dal debitore nella proposta.

In merito alla facoltatività o meno del debitore nella formazione delle classi, la tesi prevalente afferma la non obbligatorietà della loro costituzione,

¹⁷⁶ G. Minutoli, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente “classamento” dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina*, cit., 48-49.

¹⁷⁷ G. Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in G. Fauceglia – L. Panzani, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009, 1604.

¹⁷⁸ L. De Simone, *Formazione delle classi dei creditori e controllo giudiziale*, cit., 3-4.

ed ha trovato conforto nella pronuncia della Suprema Corte del 10/02/2011 n. 3274, la quale ha affermato che “l’obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni individuali che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e il loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e, al limite e come è stato osservato, alla predisposizione di tante classi quante sono i creditori, senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità (...) Se la suddivisione dei creditori in classi fosse stata ritenuta necessaria per favorire la rappresentatività del voto e giustificare il sistema e quindi dovesse essere obbligatoria anche in presenza di trattamenti indifferenziati non solo non vi sarebbe più spazio per i concordati senza classi, essendo ipotesi residuale quella dei creditori tutti portatori di identici interessi, ma il legislatore non si sarebbe potuto esimere dal dettare criteri di classamento, non potendo essere lasciato ai vari tribunali determinare quali sono le categorie di interessi rilevanti che impongono l’accorpamento dei creditori”¹⁷⁹.

L’orientamento opposto¹⁸⁰ sottolinea che la ragione della suddivisione in classi andrebbe ricercata sia nella possibilità di riservare un trattamento differenziato tra creditori giuridicamente ed economicamente omogenei, sia nella necessità di armonizzare il consenso prestato dai creditori.

Avendo il legislatore sottratto al tribunale ogni giudizio di merito sulla proposta concordataria, eccezion fatta per le ipotesi di opposizione in sede di omologa previste dall’art. 180 l.f., di creditore appartenente a classe dissenziente o, dopo l’entrata in vigore della L. n. 134/2012, nell’ipotesi di

¹⁷⁹ Cass. 10 febbraio 2011 n. 3274, in www.leggiditalia.it.

¹⁸⁰ P. Catalozzi, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, 581 ss, nota a commento di Tribunale di Roma, 7 novembre 2008 n. 22063, *ivi*, 5475 ss; R. Sacchi, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1063 ss; M. Fabiani, *Brevi riflessioni sull’omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437 ss, nota a Tribunale di Milano 4 dicembre 2008; A.M. Perrino, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fall.*, 2010, 1292 ss.

mancata formazione di classi, di creditori dissenzienti che rappresentino il venti per cento dei crediti ammessi al voto, demandando tale giudizio di convenienza ai creditori, è necessario che la volontà dei creditori si formi in maniera genuina, senza che la regola della maggioranza sfoci nell'attestazione della legge del più forte¹⁸¹; solo così può giustificarsi che l'accordo tra proponente e maggioranza dei creditori possa estendersi nei confronti dei non aderenti all'accordo.

In ogni caso, le disomogeneità economiche rilevanti ai fini della suddivisione dei creditori in classi sono solo quelle funzionali all'espressione del voto e, fra queste, soltanto quelle che rendono l'espressione di voto "abusiva"¹⁸².

E tale abuso si verificherà ogniqualvolta il diritto di voto venga esercitato in maniera disfunzionale, al solo fine di recare disturbo ad un altro soggetto, non potendosi certo pretendere che i singoli creditori non perseguano un interesse proprio e che si ispirino ad un superiore interesse generale, essendo appunto quello del voto un diritto, e non una potestà da esercitare nell'interesse altrui¹⁸³.

Vi è chi ha affermato che il creditore non esercita correttamente il suo diritto di voto, sconfinando nell'abuso, tutte le volte in cui egli vada in direzione opposta a quello comune di tutti i creditori, identificato nell'ottenere il massimo valore di realizzo, anche prospettico, dal patrimonio del debitore¹⁸⁴.

In definitiva, secondo questa dottrina, la violazione delle regole della buona fede e della correttezza nella manifestazione del voto dà luogo all'abuso del diritto e ove tale voto abbia inciso in maniera determinante

¹⁸¹ G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 90, nota a commento di Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98, *ivi*, 78 ss. E l'introduzione della possibilità per i creditori dissenzienti (o il creditore dissenziente) che rappresentino il venti per cento del credito ammesso al voto, di opporsi all'omologazione della procedura sembra essere proprio un bilanciamento della regola della deliberazione a maggioranza del credito.

¹⁸² G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, cit., 91.

¹⁸³ G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 97, nota a commento di Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98, *ivi*, 78 ss.

¹⁸⁴ L. Stanghellini, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2007, 52.

sull'approvazione del concordato, si traduce in un abuso della maggioranza, in un vizio nella formazione della maggioranza necessaria per l'approvazione del concordato e determina quindi il rigetto dell'omologa.

Vi è da dire che, in ogni caso, non si può prescindere dal dato oggettivo che il legislatore ha allargato le maglie della regola della maggioranza, eliminando il requisito della maggioranza per teste. Per cui, quando si parla della maggioranza dei creditori, in verità, potrebbe trattarsi, al limite, anche di una singola persona. Difficile pretendere che essa faccia una scelta contraria ai propri interessi per vantaggio della moltitudine di tutti gli altri creditori, con cui, per mera sorte, si trova a condividere la qualifica di "massa dei creditori" per quella procedura concordataria; come nel sistema societario, chi ha la maggioranza delle quote od azioni decide, per sé e per gli altri. E, d'altra parte, nella maggior parte dei casi i creditori sono già i "nuovi proprietari di fatto", avendo diritto di soddisfarsi *ex art. 2740 c.c.* su tutto il patrimonio del debitore.

E' il credito vantato che funge da "peso" della ponderazione degli interessi in gioco, e d'altra parte, fino a che l'impresa è *in bonis* i creditori sono ugualmente liberi di preconstituirsì delle garanzie o dei titoli di prelazione, per attenuare il rischio d'impresa.

In definitiva, l'eliminazione da parte del legislatore della maggioranza per teste al momento dell'approvazione del concordato porta a ridimensionare molte delle elaborazioni teoriche circa il potere dei creditori, e l'identificazione della maggioranza quale "entità" in grado di decidere il bene comune o, invece, di abusare della propria posizione dominante a scapito della minoranza debole¹⁸⁵: il legislatore non parla di maggioranza dei creditori ma

¹⁸⁵ La dottrina che sposa la tesi della obbligatorietà della formazione delle classi si preoccupa principalmente di eliminare o almeno di ridurre il rischio che il proponente si senta autorizzato a negoziare solo con determinati creditori, con compressione e pregiudizio di tutti gli altri, quand'anche più numerosi, senza che peraltro sia più previsto un limite minimo di soddisfazione per il ceto chirografario e senza che i creditori falcidiati possano azionare il giudizio di convenienza, se non nella ipotesi particolare di creditore dissenziente di classe dissenziente. A tal proposito, occorre sottolineare che, mentre il legislatore ha ritenuto di lasciare inalterato il contenuto ed il testo dell'articolo 177 l.f. e non ha in alcun modo previsto l'obbligatorietà della formazione delle classi, con il recente intervento operato con la L. 134/2012 è stato inserito un inciso nell'art. 180 l.f. in cui si prevede che "nell'ipotesi

di maggioranza del credito. E questa differenza linguistica apparentemente innocua cela la filosofia di fondo di come debbano essere regolati gli interessi in gioco, essendo l'unico sindacato affidato al tribunale quello relativo alla correttezza dei criteri di formazione delle classi, e quindi il *quomodo* e non l'*an* della suddivisione in classi.

Queste riflessioni circa la “conclusione di un contratto dove è sufficiente la volontà della maggioranza” per il perfezionamento dell'accordo, ci spinge ad un passo ulteriore, dal momento che quando, invece, accade un evento patologico quale l'inadempimento di importanza non scarsa, il legislatore al contrario sembra attribuire al singolo creditore il potere di rimettere in discussione l'intero accordo, seppur voluto dalla maggioranza, con effetti di portata notevole.

In altri termini, ed anticipando quanto verrà più diffusamente trattato nel prosieguo, quanto sopra detto circa la natura più o meno contrattuale della procedura di concordato preventivo ed il meccanismo di votazione a maggioranza, ci porta ad uno degli importanti nodi, che dottrina e giurisprudenza sono chiamati a sciogliere nell'interpretazione dell'art. 186 L.F., e cioè sulla portata del concetto stesso di inadempimento, e se la gravità dello stesso vada valutata rispetto alla posizione di quel singolo creditore che chiede la risoluzione (in un'ottica di assimilazione dell'accordo concordatario ad un contratto a prestazioni corrispettive, concluso dall'imprenditore con i singoli creditori), o, al contrario, rispetto alla proposta di concordato nel suo complesso (tenendo a mente la non irrilevante scelta conservativa che si trae dalla lettura dell'art. 1459 c.c., che, a proposito della disciplina della risoluzione nei contratti plurilaterali, prevede che “l'inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che

di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto” possono contestare la convenienza della proposta e, in tal caso, 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.

la prestazione mancata debba, secondo le circostanze considerarsi essenziale”¹⁸⁶.

Queste riserve e contraddizioni hanno innescato un certo dubbio sull’idoneità dell’opzione negoziale a prevalere su quella processual-pubblicistica, rimettendo in discussione le stesse finalità della riforma.

Così, allorchè si assume che il creditore inserito in una classe dissenziente può dedurre l’insussistenza della convenienza del concordato e pretendere che il Tribunale proceda ad un’analisi di comparazione della situazione offerta rispetto alle altre alternative praticabili, si introduce un temperamento alla volontà della maggioranza dei creditori e si ipotizza che la tutela giurisdizionale possa sovrapporsi alla decisione dei creditori¹⁸⁷.

Non diversamente, allorchè si mantengono le regole del 1942 e si prevede l’eventualità che l’intera procedura concordataria possa essere revocata perché il debitore non ha chiesto l’autorizzazione al compimento di un atto di straordinaria amministrazione o perché ha commesso atti di frode, sembra che il legislatore non intenda più orientarsi verso le annunciate soluzioni concorsuali privatistiche.

Ed ancora, “ribadire che la risoluzione del concordato preventivo va pronunciata per inadempimento, ma aggiungere che, se l’inadempimento ha scarsa importanza, non può essere pronunciata è come limitare la natura negoziale del concordato.

Qualificare la cessione dei beni un mandato privatistico e successivamente con il decreto correttivo n. 169/2007 regolare l’intero procedimento di liquidazione, assimilandolo alla procedura fallimentare, è come rimodellare la forma concordataria e riconoscerne connotazioni pubblicistiche”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ M. Fabiani, *Il concordato preventivo*, Zanichelli Editore, 2011, 678.

¹⁸⁷ A. Penta, *Il controllo del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell’attività d’impresa*, nota a Tribunale di Palermo, 18 maggio 2007, in *Fall.*, n. 1/2008, 84 ss.

¹⁸⁸ G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, cit., 1000.

Sotto alcuni aspetti, sembra ridimensionare la spinta privatistica anche il recente intervento legislativo¹⁸⁹ che consente al debitore che abbia depositato la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, anche nella forma di cui al sesto comma dell'art. 161 l.f., di rivolgersi al Tribunale o al Giudice Delegato per ottenere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione: per deliberare ed accogliere o meno la richiesta, il giudice non può esimersi dall'entrare nel merito del caso di specie e valutare se la prosecuzione del contratto o invece la sua interruzione sia conveniente o meno per la massa dei creditori. Così come accade ogni volta che il debitore in concordato deve prendere delle decisioni significative, di straordinaria amministrazione, egli deve passare per l'autorizzazione del Tribunale o del Giudice delegato, che in quei momenti fa le veci della massa dei creditori ed emette dei provvedimenti in sostituzione di quella "astratta collettività", di cui tutela gli interessi in un'ottica di convenienza, e, quindi, di merito¹⁹⁰.

7. Il controllo del Tribunale sul merito della proposta, all'ammissione ed all'omologa - cenni

Se la privatizzazione, con le cautele sopra enunciate, può trovare ingresso nella disciplina del concorso, non meno prudenza occorre nell'analizzare l'altra questione che ad essa fa da *pendant*, della "degiurisdizionalizzazione"¹⁹¹ della procedura di concordato preventivo.

¹⁸⁹ Art. 169-bis l.f. – Contratti in corso di esecuzione, introdotto dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, c.d. Decreto Sviluppo.

¹⁹⁰ Le SSUU della Cassazione, nella sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, in www.ilfallimentarista.it, dopo aver ribadito la "natura mista" del concordato preventivo, a proposito delle innovazioni delle recenti riforme della legge fallimentare, affermano che è incontestabile che esse abbiano potenziato l'area di intervento dell'organo giudiziario, ma ciò non incide sul fisiologico ruolo del giudice, in quanto trattasi di "ipotesi tutte caratterizzate dalla necessità di un intervento urgente, finalizzato a dare corso alla possibilità di accesso alla procedura, circostanza in cui l'assenza momentanea di tutti i controlli altrimenti previsti impone necessariamente l'intervento di un organo terzo in funzione di garanzia dei creditori, organo terzo che per le funzioni svolte nell'ambito della procedura non può non coincidere con quello giudiziario".

¹⁹¹ M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, cit., 1103-1104.

Infatti, può affermarsi senza dubbio che il legislatore ha disegnato una diversa dislocazione dei poteri e delle attribuzioni fra i diversi organi della procedura, potenziando il ruolo dei creditori. Ma questo non è sufficiente per affermare, come sopra ricordato, che il giudice sia esautorato da tutti i poteri, ma solo che questi ha visto col tempo contrarsi i poteri gestori, conservando al contempo un ruolo fondamentale nella composizione dei molteplici interessi in gioco, anche confliggenti, nel quadro processuale in cui trova vita il concordato preventivo.

Il tema dell'inibizione o meno del giudizio officioso del tribunale sulla fattibilità del piano è una delle questioni nevralgiche controverse nella giurisprudenza di legittimità e di merito ed in dottrina.

Emblematico è il fatto che la Suprema Corte, nelle sentenze n. 18987/2011 e n. 18864/2011, quasi in concomitanza ha deciso la questione in modo diverso.

La sentenza n. 18987/11¹⁹² è frutto dell'orientamento¹⁹³, condiviso anche da parte della giurisprudenza di merito¹⁹⁴, secondo il quale: “In assenza d'opposizioni, secondo la previsione del comma 3 della norma in argomento, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito delle votazioni, omologa il concordato. All'esito di quello scrutinio, il decreto d'omologa viene dunque emesso “*de plano*”.

In questo procedimento semplificato, il ruolo ritagliato per il giudice, seppur non sia di carattere notarile, come del resto ha già affermato questa Corte nella sentenza n. 13818/2011 (rispetto alla quale non è dato ravvisare contrasti di legittimità) se l'omologa ha il senso collegato alla sua tipica funzione d'imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta, esplicandosi nel controllo della regolarità della procedura, comporta

¹⁹² Cass. 16/09/2011 n. 18987 in www.leggiditalia.it.

¹⁹³ Cass. 10/02/2011 n. 3274 in www.leggiditalia.it; nello stesso senso anche Cass. 16/09/2011 n. 18987 in www.leggiditalia.it; Cass. 23/06/2011 n. 13817 e 13818 in www.leggiditalia.it.

¹⁹⁴ Tribunale di Prato, 14/12/2011, inedito, così si esprime: “rilevato che in sede di omologa debbano essere riesaminate le condizioni di ammissibilità del concordato, ma che in assenza di opposizioni, il controllo del Tribunale sia limitato alla verifica della regolarità della procedura e dell'esito delle votazioni”.

necessariamente la verifica circa la persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppure siano già state scrutinate nella fase iniziale, l'assenza dei fatti o atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca *ex art.* 173, ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, il rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione, garanzia dell'espressione nel voto della valutazione – consapevole e ponderata – della fattibilità del piano in essa illustrato.

La nozione di regolarità, come del resto è pacificamente ammesso anche in dottrina, va insomma riferita alla legittimità, indubbiamente formale, ma anche sostanziale della procedura, che impone il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazione di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato.

Momento centrale della procedura nel suo complesso è l'adunanza dei creditori, al quale l'impianto rimodulato delle riforme intervenute conferisce ruolo decisivo e di massima responsabilità, e che riscontra in parallelo, nell'ambito indicato, la restrizione del potere d'intervento del giudice che ad esso si correla nella visione, prevalentemente ma non esclusivamente privatistica della procedura, contraendone l'ambito del controllo di garanzia, in cui si innesta la relazione del commissario che è finalizzata alla corretta informazione dei creditori, ma nel contempo dello stesso giudice, circa l'oggetto della proposta, vale a dire il contenuto del piano fondato sulla base dei dati "veritieri" illustrati nella relazione accompagnatrice del professionista.

L'accertamento del Tribunale, in ordine al risultato dell'apprezzamento espresso dal commissario riguardo a tale requisito, resta necessariamente perimetrato entro il limite dello scrutinio di legittimità ammesso in fase di omologa, il che vuol dire che deve essere orientato alla verifica della salvaguardia della consapevole acquisizione di quel dato da parte del ceto creditorio e della regolare espressione del consenso a suo riguardo (...). Il

bilanciamento tra le esigenze, opposte ma non per ciò solo necessariamente confliggenti, che presidiano la procedura, secondo precisa scelta del legislatore, è perciò adeguatamente assicurato, nello spirito del riformato assetto, dal riscontro del giudice limitato a quel profilo, da cui resta assolutamente escluso il merito”.

E, in merito a quali poteri spettino al Tribunale nella fase in cui è chiamato a pronunciarsi circa la ammissibilità della proposta di concordato preventivo, la Suprema Corte¹⁹⁵ si è così espressa: “Contrastanti orientamenti si riscontrano, invece, sia in dottrina che nella giurisprudenza di merito in ordine alla persistenza, con la nuova disciplina, di poteri di controllo di merito, da parte dell’organo giudiziario, sulla proposta di concordato.

Si tratta cioè di stabilire la ampiezza dei poteri attribuiti dal legislatore al Tribunale nello statuire che deve verificare se “ricorrono i presupposti di cui all’art. 160, commi 1 e 2, e art. 161”.

Un primo orientamento, soprattutto dottrinale, ritiene che, in sede di giudizio di ammissibilità, il tribunale deve limitarsi ad un controllo meramente formale della completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda; altro orientamento ritiene che il tribunale, in tale sede è tenuto ad accertare anche la fattibilità del piano, attraverso un controllo della regolarità e completezza dei dati aziendali esposti ed attraverso una puntuale verifica dell’iter logico attraverso il quale il professionista è giunto ad affermare la fattibilità del piano, e ciò al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore o la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano.

Tale secondo orientamento, giustificato dall’esigenza di salvaguardare interessi di carattere pubblicistico e di evitare che la procedura di concordato preventivo possa essere utilizzata dagli imprenditori insolventi con finalità meramente dilatorie, non appare condivisibile, essendo in contrasto con il dettato normativo dal quale si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta

¹⁹⁵ Cass. 25/10/2010 n. 21860 in www.leggiditalia.it.

prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori.

Suffragano detta affermazione le seguenti considerazioni.

L'art. 180 della legge fallimentare (nella attuale formulazione) dispone che, se il concordato è stato approvato a norma dell'art. 177, comma 1 (il quale dispone che il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e che, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi) il Tribunale, se non sono state proposte opposizioni, "verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame".

Da tale disposizione si evince chiaramente che la decisione in ordine alla convenienza del concordato spetta esclusivamente ai creditori; al Tribunale, in mancanza di opposizioni, spetta solo il potere di verificare che la procedura si sia svolta regolarmente e se il concordato è stato effettivamente approvato dalla maggioranza".

L'art. 180 prevede due eccezioni.

Tale norma, infatti, attribuisce al Tribunale il potere di sindacare la convenienza del concordato, qualora i creditori siano stati divisi in classi, i creditori appartenenti ad una di esse abbiano in maggioranza espresso voto contrario ed uno dei creditori, appartenente alla classe dissenziente, contesti la convenienza della proposta.

Inoltre, in seguito alla modifica introdotta con la Legge n. 134/2012, anche qualora non fossero state formate classi di creditori, è consentito ai creditori dissenzienti di contestare la convenienza del concordato; tuttavia, il legislatore ha ritenuto limitare tale possibilità in presenza di un gruppo qualificato di creditori che rappresentino il venti per cento del credito ammesso al voto. Anche in tale ipotesi il Tribunale potrà omologare la procedura, solo qualora ritenga che il loro credito possa essere soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente

praticabili, mentre non potrà in alcun caso procedere d'ufficio a tale valutazione.

Ma se il Tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza del concordato, dato il determinante ed esclusivo rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di una espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al Tribunale stesso in sede di omologazione, privando, qualora ritenga non fattibile il piano, i creditori della possibilità di esaminare la proposta, di valutarne la congruità e convenienza e di accettarla dopo avere eventualmente anche il rischio di un insuccesso della proposta concordataria¹⁹⁶.

Quindi la votazione dei creditori interviene soltanto dopo che la proposta è stata vagliata accuratamente nel contraddittorio delle parti interessate (debitore e creditori) e sulla base di dati attendibili, atteso che il commissario giudiziale è tenuto ad informare immediatamente il Tribunale, al fine dell'apertura d'ufficio della procedura per la revoca del concordato, qualora, nel corso dell'attività espletata accerti che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività inesistenti o commesso altri atti di frode.

Dalla complessa attività che il commissario giudiziale è tenuto a svolgere e dai poteri che la legge gli attribuisce si ricava che questo, nelle intenzioni del legislatore, è l'organo cui è affidato il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, mettendo gli stessi in condizione di decidere con cognizione di causa sulla base di elementi che corrispondano alla realtà, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa

¹⁹⁶ Né il Tribunale può procedere ad accertare se effettivamente, contrariamente a quanto affermato dal professionista nella sua relazione, i dati aziendali sono veridici, anche perché per farlo si troverebbe nella necessità di nominare un CTU.

rappresentazione della realtà; tanto ciò è vero che se riscontra la non veridicità dei dati aziendali esaminati, ne informa immediatamente il Tribunale, che d'ufficio procede alla revoca del concordato.

L'attribuzione al commissario giudiziale del compito di mettere in condizione i creditori di esprimere in relazione alla proposta di concordato un consenso informato ed il fatto che allo stesso a tal fine sia richiesto l'espletamento di numerose indagini che possono richiedere anche l'ausilio di esperti, che richiederebbero al Tribunale, se espletate in sede di ammissione al concordato, di effettuare una complessa, non prevista, istruttoria porta ad escludere che il Tribunale, in detta sede, possa estendere il suo sindacato all'accertamento della veridicità dei dati aziendali.

Ciò non significa, però, che al tribunale la legge attribuisca il solo controllo formale della completezza della documentazione. Il Tribunale è chiamato ad effettuare una valutazione più penetrante.

Se la veridicità dei dati da valutare al fine della manifestazione del consenso deve essere garantita soprattutto dal commissario giudiziale, l'assolvimento del suo compito richiede che la documentazione, prodotta dal debitore, che costituisce la base di partenza delle sue indagini e valutazioni, sia completa e soprattutto che possa essere inquadrata effettivamente nel tipo richiesto dal legislatore¹⁹⁷.

Tale fondamentale esigenza richiede di verificare che la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa sia aggiornata e che contenga effettivamente una dettagliata esposizione della situazione sia patrimoniale, sia economica, sia finanziaria dell'impresa; che lo stato analitico ed estimativo delle attività possa considerarsi tale e che la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano. Solo in tal modo il

¹⁹⁷ Ed alla veridicità dei dati è connessa la fattibilità del piano e la serietà della proposta, che, altrimenti ha finalità meramente dilatorie.

commissario giudiziale può essere messo in condizioni di valutare criticamente detta documentazione e conseguentemente elaborare una relazione idonea a rendere possibile, da parte dei creditori chiamati a votare la proposta, la percezione quanto più esatta possibile della realtà imprenditoriale, della natura e delle dimensioni della crisi e di come la si intenda affrontare.

In sintesi, quanto suddetto sostanzia il potere di controllo del Tribunale sulla proposta e sulla documentazione allegata, senza sovrapposizione, nell'effettuare il controllo dei presupposti di ammissibilità, alla valutazione di fattibilità contenuta nella relazione del professionista allegata alla proposta né in ordine alla veridicità dei dati aziendali, che la legge riserva al commissario giudiziale, reagendo alla mancanza di veridicità con il prevedere, su segnalazione obbligatoria del commissario medesimo, la sanzione della immediata revoca del concordato da parte del Tribunale.

La Suprema Corte, nella sentenza n. 13817/2011, ha identificato la fattibilità del piano con la sua convenienza, ed affermato che il controllo sulla fattibilità, quale cognizione di merito, è interdetto al tribunale, che è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori, così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, alle condizioni di cui all'art. 180 l.f. il tribunale, preposto per sua natura alla soluzioni di conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale quello di omologazione.

Un diverso orientamento trova espressione nella sentenza della Cassazione n. 18864 del 15/09/2011¹⁹⁸, in cui la Suprema Corte ha affermato che in tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione di controllo della regolarità formale della procedura, dovendo, invece, egli intervenire, anche d'ufficio ed

¹⁹⁸ Cass. 15/09/2011 n. 18864, in www.ilcaso.it.

in difetto di opposizione *ex art. 180 l.f.*, sollevando le eccezioni di merito, quale quella di nullità, *ex art. 1421 c. c.*¹⁹⁹, in quanto il fatto che l'apprezzamento della realizzabilità della proposta, come mera prognosi di adempimento, sia riservato ai soli creditori, non esclude che, ove sussista, invece, un vero e proprio vizio genetico della causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, non rilevata nella relazione del professionista attestatore, il giudice debba procedere ad un controllo di legittimità sostanziale, trattandosi di vizio non sanabile dal consenso dei creditori e così svolgendo il predetto giudice una funzione di tutela dell'interesse pubblico, evitando forme di abuso del diritto nella utilizzazione impropria della procedura.

Tuttavia, il dibattito è ancora aperto, infatti con ordinanza n. 27063 del 15 dicembre 2011, la Sezione prima della Cassazione ha rimesso al Primo Presidente (per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite) la questione dei limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo, nella specie proposto con cessione dei beni e contestato dal commissario giudiziale, quanto alle percentuali di soddisfacimento promesse ai creditori. Dando conto di indirizzi non convergenti, viene dubitato che, in difetto di opposizioni dei creditori, il Tribunale possa negare l'omologazione (sovrapponendosi al giudizio positivo della maggioranza dei creditori ed all'attestazione di fattibilità del professionista). Parimenti sono incerti gli stessi profili di vincolatività della proposta che prometta il soddisfacimento di una data

¹⁹⁹ A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 L. Fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il "cigno nero"*, in www.ilcaso.it, condivide l'impostazione di Cass. 18864/2011, rilevando, tuttavia, in merito al passaggio della sentenza in cui si fa riferimento ai principi vigenti in materia di contratti sinallagmatici, che "non giova, infatti, compiere innesti spurii né arditi trapianti su un terreno difficilmente assimilabile ai caratteri del contratto sinallagmatico, accostando la non fattibilità del piano all'impossibilità dell'oggetto contrattuale di cui favella, in ben altro senso, l'art. 1346 c.c.: se un parallelismo potesse e volesse mai compiersi, il pensiero andrebbe semmai al requisito della causa contrattuale in concreto, quale scopo pratico del negozio e sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, *id est* funzione individuale della singola e specifica negoziazione. Anche questa prospettiva "causale" significherebbe, però, cedere alle impostazioni contrattualistiche qui criticate".

percentuale, per il suo rapporto con la fattibilità e la conseguente eventuale impossibilità dell'oggetto²⁰⁰.

Non di meno, il dibattito è aperto in dottrina²⁰¹.

Infatti, se è indubbio che il controllo giudiziale ha subito una battuta d'arresto in concomitanza con la crescita del ruolo dell'autonomia privata e con il rafforzamento di un sistema inteso particolarmente a garantire un'informazione funzionale alle espressioni di voto dei creditori, ciò non toglie che lungo questi binari occorra trovare la misura del rapporto tra principio maggioritario e necessità di tutela dei creditori assenti o dissenzienti, o degli stessi consenzienti, la cui volontà, tuttavia, non si sia formata correttamente²⁰².

Le opinioni che gli interpreti possono formarsi in merito dipendono molto dal ritenere o meno che la maggioranza abbia la capacità di esprimere l'interesse comune all'intero ceto creditorio e dal riconoscere o meno al

²⁰⁰ Si veda, in merito, F. Lamanna, *Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*, relazione predisposta su invito dell'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)", in www.osservatorio-oci.org.

²⁰¹ A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 L. Fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il "cigno nero"*, cit., S. Giani, *Contenuto e limiti del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, relazione tenuta all'incontro di studi sul concordato preventivo organizzato dal CSM il 12-14 settembre 2011; S. Giani, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo. La cognizione del Tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it; S. Ambrosini, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutiva" degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*, in www.ilcaso.it; S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 941 ss; M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, nota a sentenze Cass, 18987/2011 – 18864/2011 – Tribunale Milano 28/10/2011, inedita; M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 172 ss; G. Bozza, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 182 ss; P. Genoviva, *I limiti del tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, in *Fall.* 2008, 687 ss, nota a commento di Tribunale di Bari 25 febbraio 2008; I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.* 2008, 1091 ss; M. Ferro, *Controllo di legittimità sostanziale della proposta non fattibile*, in *Fall.*, 2011, 1288-1289; G. Jachia, *Legittimità e bilanciamento di interessi*, in www.ilfallimentarista.it; L. A. Bottai, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fall.*, 2011, 810 ss; A. Patti, *Il giudice nella crisi di impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fall.*, 2011, 261 ss; M. Ferro, *Costituzione del commissario nel giudizio di omologazione e valutazione della fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 1288.

²⁰² I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, 1091.

tribunale la possibilità di intervenire, se non sul contenuto economico dell'accordo (la convenienza, sindacabile solo a particolari condizioni), quantomeno sulla concreta realizzabilità della proposta, nei tre distinti momenti di verifica scanditi dagli articoli 162, 173 e 180 l.f..

Ma impostando in siffatto modo l'analisi del tema, si corre il rischio di creare un'inutile contrapposizione tra coloro che vedono con favore la virata verso la crescita del ruolo dell'autonomia privata e coloro che, invece, sembrano volere porre rimedio ad ogni costo alla battuta d'arresto subita dal controllo giudiziale.

Occorre, invece, indagare con serenità i motivi per cui il legislatore, nei concordati, ha voluto mantenere il provvedimento giudiziale quale condizione di efficacia dell'accordo, stabilendo se questa scelta sia soltanto frutto della volontà di conservare una garanzia di regolarità della procedura *ab estrinseco*, o piuttosto sia la presa d'atto che la molteplicità degli interessi in gioco (a prescindere dalla natura superindividuale o meno di alcuni di essi, e del ricorrere o meno di un interesse pubblico, di cui il tribunale debba farsi tutore) suggerisce di non limitare all'accordo tra debitore e maggioranza dei creditori²⁰³ (o meglio, del credito), ogni decisione su quella proposta che, una volta approvata, produrrà per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, e non soltanto per quelli che alla procedura hanno partecipato o potuto partecipare, l'effetto tipico della procedura concordataria che è la falcidia del credito²⁰⁴.

Il Tribunale, indipendentemente dalla presenza di opposizioni dei creditori, deve verificare le condizioni di legittimità della soluzione concordata tra le parti, quali essenzialmente l'assenza di un abuso della maggioranza sulla minoranza, il rispetto della *par condicio* sostanziale, che si traduce nel riconoscimento di un identico trattamento dei creditori che rispondano a posizione giuridica e interessi economici davvero omogenei, onde evitare il formarsi di maggioranze squilibrate, ed, infine, la validità dell'accordo

²⁰³ I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, cit., 1092.

²⁰⁴ I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, cit., 1092.

secondo parametri assimilabili a quelli della nullità e dell'annullabilità di cui al codice civile²⁰⁵.

Il Tribunale è cioè chiamato a controllare “l’*iter* che conduce alla formazione della volontà delle parti (assorbendo in ciò tanto le valutazioni concernenti l’abuso, quanto quelle circa eventuali vizi del consenso), nonché l’esistenza di motivi di nullità dell’accordo, particolarmente per ciò che riguarda la possibilità o meno del suo oggetto. “Possibilità dell’oggetto” nella quale finisce per tradursi il requisito della (in)fattibilità, che evoca un concetto a metà strada tra ciò che è *ab initio* impossibile (con la conseguenza della nullità) e ciò che può diventarlo tanto nel corso del procedimento, quanto dopo, in fase di esecuzione, trasformandosi allora nell’inadempimento della prestazione pattuita, con l’esito della risoluzione”²⁰⁶.

A questa impostazione, si contrappone chi²⁰⁷ sostiene che l’oggetto dell’accordo concordatario non è il piano e la sua fattibilità, ma la proposta che su quel piano si fonda, ovvero il tempo, il modo ed il *quantum* del soddisfacimento offerto ai creditori. La valutazione di fattibilità è una prognosi di adempimento, che, pertanto, non concerne la validità del contratto, ma eventualmente la sua risolubilità. Da ciò consegue che la radicale e manifesta inadeguatezza del piano non costituisce un vizio genetico dell’accordo, di cui si può parlare, invece, quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa era diretta, e non anche quando insorgano ostacoli più o meno gravi nella esecuzione della stessa.

Sono i creditori, e solo loro, che debbono valutare la convenienza della proposta e la fattibilità del piano, che dopo l’approvazione e l’omologazione,

²⁰⁵ I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, cit., 1093.

²⁰⁶ I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, cit., 1093.

²⁰⁷ M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, cit.

dovrà essere adempiuto, il che evoca il rimedio della risoluzione per inadempimento che, non a caso, è rimedio spendibile solo dai creditori²⁰⁸.

Tale autore si interroga sul se e come se e come sia possibile recuperare la volontà dei creditori quando la non fattibilità del piano sopraggiunga dopo l'approvazione. Distinguendo il caso in cui il piano non è fattibile e questo determina l'impossibilità giuridica oggettiva di adempiere alla proposta, come nel caso in cui il debitore sia privato della capacità negoziale e non possa quindi disporre dei beni da destinare al soddisfacimento dei creditori, da quello in cui la non fattibilità del piano rende più difficile o improbabile l'adempimento della proposta. Nel primo caso, conclude che il contratto è nullo e poiché nei processi di omologazione quando il giudice rileva una nullità non omologa, così farà anche nel giudizio *ex art. 180 l.f.* nel secondo caso, invece, il discorso è più articolato, in quanto l'oggetto dell'accordo concordatario è dato dalla promessa del debitore di regolare la crisi con certe modalità e dell'accettazione dei creditori che, a fronte di quella offerta, rinunciano alla soddisfazione dei loro crediti nella misura concordata, o, in altre parole è la remissione del debito residuo a fronte di una remunerazione del credito, mentre il piano è solo un mezzo per raggiungere quel fine. Pertanto, l'oggetto non diviene di per sé impossibile perché diviene non fattibile il piano, basti pensare, per esempio, ad una proposta che si fondava sulla vendita di un fabbricato andato poi distrutto, che rimane fattibile se il debitore acquisisce *aliunde* le risorse per adempiere²⁰⁹. Alla luce di queste considerazioni, l'autore²¹⁰ conclude per negare che il sindacato sulla fattibilità possa esplicitarsi nel giudizio di omologazione, attinendo i problemi sulla fattibilità del concordato alla fase esecutiva.

A tal proposito, merita ricordare che il legislatore della riforma del 2012 ha espressamente distinto concettualmente la domanda di ammissione, la

²⁰⁸ M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, cit.

²⁰⁹ M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, cit.

²¹⁰ M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, cit.

proposta ai creditori ed il piano per attuarla²¹¹, ed ha precisato, alla lettera e) del secondo comma dell'art. 161 l.f., che il piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta e, qualora, dopo l'approvazione del concordato, il commissario rilevi che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, deve darne avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 l.f. per modificare il voto.

Ciò conferma la volontà del legislatore di rafforzare il ruolo centrale del ceto creditorio nella gestione della procedura di concordato preventivo, poiché in caso di variazione delle condizioni di fattibilità del piano²¹², spetta ad ognuno di essi decidere se rimettere o meno in discussione il consenso (o il dissenso) precedentemente espresso, mentre il Tribunale viene investito solo in seconda battuta, in caso di costituzione del creditore nel giudizio di omologazione.

Altra parte della dottrina²¹³, nel riflettere circa l'ambito del sindacato del tribunale in fase di omologazione, onde verificare l'esistenza di un bilanciamento tra gli interessi privatistici e quelli pubblicistici ed individuarne il punto di equilibrio, prende le mosse da Cass. 21860/2010, che ha negato la sindacabilità da parte del tribunale della fattibilità in fase di ammissione, attribuendo esclusiva rilevanza al consenso dei creditori, postulando che non vi sia neppure in fase di omologazione, in mancanza di opposizioni da parte dei creditori che si trovino nelle condizioni di cui all'art. 180 l.f.. “se il tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza del concordato, dato il determinante rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio

²¹¹ Recita, infatti, il sesto comma dell'art. 161 l.f.: “L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione” entro un termine fissato dal giudice.

²¹² Stante la neutralità della lettera della legge, si potrebbe affermare che tale mutamento possa esser *in pejus* o *in mejus*.

²¹³ S. Giani, *Contenuto e limiti del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, cit.

la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al tribunale in sede di omologazione, privando, quando non ritenga fattibile il piano, i creditori della possibilità di esaminare la proposta, valutarne la congruità e convenienza”. A tal proposito, si rileva che il problema critico di questo passaggio sta nell’aver stabilito un parallelismo tra fattibilità e convenienza, che di per sé appaiono, anche dal punto di vista economico, concetti separati e distinti. Se è possibile dire che con la riforma della legge fallimentare è stato privatizzato il requisito della convenienza, la cui valutazione è riconducibile al solo ceto creditorio, non altrettanto può dirsi per quanto concerne la fattibilità.

Ed allora, il punto è se il Tribunale possa valutare la fattibilità anche in assenza di opposizioni, o in presenza di opposizione proposta da un creditore non appartenente ad una classe dissenziente o nel concordato senza classi dai creditori che non rappresentano il venti per cento del credito ammesso al voto, o, in altre parole, se l’oggetto del giudizio sia determinato dall’opponente e se operino i principi della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e della disponibilità dell’oggetto del processo o se, viceversa, il tribunale possa conoscere dell’attuabilità di un piano a prescindere da iniziative di parte, e cioè *ex officio*.

Partendo da una ricognizione normativa, il quarto comma dell’art. 180 l.f. fa esclusivo riferimento al sindacato di convenienza e non anche a quello di fattibilità, mentre il terzo comma così recita: “se non sono proposte opposizioni il tribunale verificata la regolarità della procedura e l’esito della votazione”, omologa con decreto motivato non soggetto a reclamo. E, facendo leva sul dato letterale, vi è chi ha escluso la sindacabilità della fattibilità da parte del Tribunale²¹⁴, avendo questo un ruolo meramente formale, limitato agli aspetti attinenti alla regolarità del procedimento.

Ma l’analisi del tema non può prescindere dal rilevare che nei modelli ispiratori del legislatore della riforma ben sono rinvenibili limiti all’autonomia

²¹⁴ S. Ambrosini, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione “evolutiva” degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*, cit.

privata: nel Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense, infatti, sono frequenti i richiami alla buona fede dei vari soggetti coinvolti ed alla ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate. Ed i principi della buona fede e dell'abuso del diritto trovano senz'altro cittadinanza anche nel nostro ordinamento e sono applicati proprio in ambito privatistico, costituendo l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza un "autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (...) Il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (...) il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Criterio rilevatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quella dell'abuso del diritto"²¹⁵.

Il bilanciamento dei contrapposti interessi privatistici e pubblicistici nella regolamentazione della crisi d'impresa, non solo è reso possibile dall'applicazione in ambito concordatario del principio di buona fede, ma anche dall'applicazione dell'art. 173 l.f., il quale continua a rappresentare il contrappeso alle espressioni di autonomia e di libertà, onde evitare che travalichino in abusi dello strumento concordatario.

Al fine di assicurare un equo contemperamento degli interessi privatistici con quelli pubblicistici, non sono necessarie ardite operazioni ermeneutiche, ma è sufficiente leggere l'art. 180 l.f. coordinatamente con l'art. 173 l.f., che prevede che "Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore

²¹⁵ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in www.leggiditalia.it.

ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori.

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”.

Tale norma delinea i poteri immanenti d'intervento del tribunale, che possono esercitarsi in ogni momento e, pertanto, anche in fase di omologazione.

Ogniqualevolta il Tribunale ravvisi che mancano le condizioni per l'ammissibilità del concordato, apre d'ufficio il procedimento per la revoca. La *cognitio causae* è dunque officiosa, circoscritta ai temi indicati dall'art. 173 e cioè all'accertamento di condotte fraudolente o alla mancanza di condizioni di ammissibilità, tra cui è da ricomprendere la fattibilità; la pregressa pronuncia giudiziale di ammissione del concordato non è incompatibile con una successiva pronuncia di revoca dell'ammissione, quando si accerti, grazie alle indagini compiute dal commissario giudiziale, che il concordato non era sostenibile, e cioè anche se i nudi fatti non sono mutati. In definitiva, “in tema di fattibilità del concordato, le eventuali opposizioni fungono, quindi, da mero impulso (diversamente, come si è visto, dalla valutazione di convenienza) e i principi della disponibilità dell'oggetto del processo e della corrispondenza

chiesto-pronunciato non operano, perché il tribunale ha il potere di sindacarla *ex officio*»²¹⁶.

In conclusione, il Tribunale in sede di omologa deve esercitare, nel rispetto della legge, un controllo di merito del piano concordatario che accerti, in assenza di opposizioni, la mancanza di abusi da parte del debitore e la realizzabilità del piano proposto, poiché il “concordato è sostanzialmente un contratto concluso tra il debitore e una determinata maggioranza dei creditori, con effetti obbligatori anche per i creditori dissenzienti. In vista di questa sua efficacia anomala e pericolosa, la legge vuole che codesti effetti non si dispieghino se alcuni requisiti non sono stati controllati dal Tribunale”²¹⁷. Tra questi non vi è più la convenienza, espunta dai requisiti di ammissibilità, ma rimane la fattibilità del piano del concordato, perché, “un conto è sindacare la prestazione promessa, rispetto alla valutazione di convenienza che, avuto riguardo ai propri interessi, solo i contraenti potranno effettuare, un altro – ed è il controllo che il tribunale quale soggetto terzo deve effettuare – è stabilire se quanto promesso sia effettivamente realizzabile, a tutela dei creditori ‘deboli’”²¹⁸.

Un ulteriore sostegno alla tesi che ammette che il tribunale possa svolgere nella fase iniziale dell’ammissione un’indagine di merito è offerto dal D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito il L. 30 luglio 2010 n. 122, il cui articolo 48 ha introdotto l’art. 182-*quater* l.f., oggi modificato dalla Legge n. 134/2012, che reca disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Tale norma, infatti, parifica ai prededucibili *ex art.* 111 l.f., i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di omologazione dell’accordo di ristrutturazione del debito, a condizione che detti finanziamenti siano previsti nel piano di cui all’art. 160 l.f., o

²¹⁶ S. Giani, *Contenuto e limiti del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, cit., 18.

²¹⁷ F. Carnelutti, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1924, I 65.

²¹⁸ A. M. Azzaro, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 1267 ss.

nell'accordo di ristrutturazione, e purchè la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato, ovvero l'accordo sia omologato. Appare evidente²¹⁹ che il riconoscimento della prededuzione nel decreto di apertura del concordato può essere giustificato solo dalla verifica che i finanziamenti in questione abbiano reso possibile l'accesso alla procedura quale forma di tutela, anche e soprattutto, dell'interesse collettivo dei creditori, essendo altrettanto evidente che riconoscere la prededucibilità a detti finanziamenti, probabilmente chirografari di natura, erode le possibilità di soddisfare gli altri creditori (ed è per questo che la prededucibilità non scatta automaticamente, ma richiede una verifica dell'autorità giudiziaria).

E, ancora più forte, è quanto disposto dal nuovo articolo 182-*quinquies*, in quanto il tribunale in questo caso è chiamato in causa dal debitore addirittura per essere autorizzato a contrarre nuovi finanziamenti, che acquisiranno la natura di crediti prededucibili, accompagnando la richiesta con la relazione di un professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), che, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. Tale relazione è necessaria, ma non sempre sufficiente, ai fini della deliberazione del Tribunale, che potrà assumere "se del caso sommarie informazioni". Ecco che si apre di nuovo una breccia nel merito se non della proposta, sicuramente del piano per attuarla, in quanto l'attività istruttoria sarà volta a delineare la portata e la conseguenza di tali nuovi finanziamenti sull'assetto complessivo della procedura, nell'ottica di stabilire se essi possano essere funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori. E tale giudizio ha tutto il sapore di un giudizio di merito, che viene espresso dal tribunale, su richiesta del debitore, in pendenza di procedura.

²¹⁹ G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., 195.

Il legislatore conferma pertanto un moto ondivago tra valorizzazione della natura privatistica della procedura e del primario ruolo del gioco delle volontà del debitore e dei creditori ed il recupero di spazi di ingerenza nel merito da parte del Tribunale, quando entra in campo su sollecitazione del debitore per sciogliere contratti in corso di esecuzione *ex art. 169-bis l.f.*, per riconoscere la prededucibilità in sede di ammissione *ex art. 182-quater*, secondo comma, l.f., quando deve autorizzare nuovi finanziamenti *ex art. 182-quinquies*, comma 1, o il pagamento di creditori pregressi *ex art. 182-quinquies*²²⁰, comma, seguendo la stella polare della “migliore soddisfazione dei creditori”.

Con sentenza n. 1521 del 23/01/2013²²¹, le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate in merito al sindacato del tribunale sulla proposta di concordato e sulla sua fattibilità, affermando il seguente principio di diritto: “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito

²²⁰ Prima della riforma del 2012, pagamenti di creditori pregressi potevano essere effettuati previa autorizzazione del Giudice delegato *ex art. 167 l.f.*, quando essi svolgevano la funzione di anticipare in pendenza di procedura di concordato il parziale adempimento del piano, quando vi erano sufficienti disponibilità liquide giacenti sui conti correnti del debitore ed i pagamenti richiesti erano in linea con il piano del concordato e rispettosi dell’ordine dei privilegi e della *par condicio creditorum*, come ad esempio quelli a favore dei dipendenti, per gli evidenti risvolti sociali dell’operazione. Oppure, il debitore poteva addirittura chiedere di eseguire pagamenti di creditori anteriori in deroga all’ordine dei privilegi ed alla *par condicio creditorum*, quando ciò comportava un indubbio beneficio per l’intero ceto creditorio, come ad esempio qualora fosse necessario estinguere un piccolo debito per imposte erariali o comunali iscritti a ruolo per accedere alla possibilità di compensare importanti crediti fiscali, altrimenti non recuperabili.

²²¹ Cass. SSUU 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.ilfallimentarista.it. Per i primi commenti, G. Negri, *Sul concordato il giudice controlla la legittimità*, in *Il Sole 24 Ore* del 24 gennaio 2013; M. Pollio, *Concordato, fattibilità decisa dai creditori*, in *ItaliaOggi* del 24 gennaio 2013, 25.

dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro".

Tuttavia, leggendo le motivazioni della sentenza, può prevedersi che la *querelle* non sia definitivamente esaurita in quanto collegando il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano al contenuto della proposta e, quindi, alla identificazione della causa concreta del procedimento, ne consegue che non è possibile determinare a priori dei confini stabili e netti, ma essi sono rimessi alla valutazione discrezionale del giudice nel caso concreto, il quale dovrà tener conto delle modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria.

8. Provvedimenti del Tribunale in caso di omologa di concordato preventivo con cessione dei beni

L'art. 182 l.f. regola l'esecuzione del concordato preventivo quando la proposta prevede la *cessio bonorum*, ed è una norma chiave per individuare quale sia il nuovo equilibrio venutosi a creare dopo la riforma tra gli accentuati profili contrattuali-privatistici, la nuova disciplina legale e perduranti poteri di controllo del tribunale²²².

Il primo comma, sostanzialmente immutato anche a seguito della riforma intervenuta con il D.Lgs. n. 5/2006, attribuisce al ricorrente che propone la domanda di concordato preventivo la possibilità di disciplinare in

²²² G. B. Nardecchia, *La liquidazione del concordato preventivo per cessione dei beni dopo il D.Lgs. n. 169/2007*, in *Fall.*, 2010, 341 ss, nota a commento di Corte d'Appello di Milano, 20 marzo 2009; L. De Simone, *Le vendite immobiliari nel concordato preventivo*, relazione al convegno di studio "La gestione concorsuale della crisi d'impresa tra legge, prassi ed esigenza di sistema" tenutosi il 30 e 31 settembre 2011 a Gardone Riviera, in www.ilcaso.it; G. Lo Cascio, *Natura giuridica della liquidazione postconcordataria*, nota a commento di Cass. S.U. 16 luglio 2008, n. 19506, in *Fall.* 2008, 1395 ss; G. Lo Cascio, *Il liquidatore giudiziale nel concordato preventivo: segnali di privatizzazione dell'istituto*, in *Fall.*, 2011, 534 ss; N. Nisivoccia, *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, in *Fall.*, 2011, 1294 ss; M. Ferro, *Nomina del liquidatore da parte del Tribunale nonostante l'omessa previsione nel piano*, in *Fall.*, 2011, 274; M. Ferro, *Nomina del liquidatore e vincoli ai poteri del tribunale nella cessione dei beni*, in *Fall.*, 2011, 1160.

modo autonomo la fase della liquidazione con la necessaria nomina da parte del tribunale sia del liquidatore che del comitato dei creditori. Con l'intervento del D.Lgs. n. 169/2007 sono stati aggiunti altri quattro commi, che introducono una regolamentazione puntuale della fase esecutiva²²³. In particolare, per quanto concerne il liquidatore, è previsto che trovino applicazione gli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l.f., in tema di nomina, accettazione dell'incarico, revoca, responsabilità, compenso e rendiconto del curatore fallimentare.

Il secondo comma dell'art. 182 l.f. prevede che al comitato dei creditori nominato col provvedimento di omologa si applichino gli articoli 40 e 41 l.f., riconoscendo la competenza al Tribunale per la sostituzione dei membri del comitato medesimo.

Inoltre, con il terzo comma, viene stabilito che spetta al comitato dei creditori autorizzare la vendita di aziende e di rami d'azienda, di immobili ed altri beni iscritti nei pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco.

Infine, il quarto comma dispone che alle procedure di vendita nel concordato preventivo con cessione dei beni si applicano "in quanto compatibili" gli articoli da 105 a 108-ter l.f., tra cui l'art. 107 l.f. specificamente disciplina le diverse modalità di vendita (stime, procedure competitive, pubblicità)²²⁴.

²²³ D. Finardi, *La liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Veronese dei concorsualisti, intitolato "Concordato preventivo – profili applicativi", tenutosi a Verona il 27 ottobre 2011, in www.ilcaso.it; D. Finardi, *Le modalità di liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, in *Fall.*, 2011, 951, nota a commento di Cass. 14 marzo 2011 n. 5993; G. Lucente, *Stato dell'arte sulla nomina e sui poteri del liquidatore giudiziale e degli altri organi di direzione e controllo nel concordato con cessione dei beni*, in www.ilfallimentarista.it.

²²⁴ In dottrina è aperto il dibattito circa la natura derogabile od imperativa delle nuove disposizioni introdotte dal decreto correttivo n. 169/2007. Per G. Di Cecco, tali regole hanno "chiara natura imperativa in tema di disciplina applicabile agli organi dell'esecuzione concordataria e alle modalità della liquidazione che, perlomeno testualmente, paiono applicabili in ogni caso e non soltanto nell'ipotesi in cui la proposta concordataria non disponga diversamente. Il che legittima il dubbio che la volontà del debitore al riguardo non sia (più) del tutto libera ma, al contrario, risulti vincolata al rispetto dei nuovi precetti imperativi contenuti nella disposizione", così in *La legge fallimentare dopo la riforma*, Tomo III, a cura di A. Nigro – M. Sandulli – V. Santoro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, 2233-2234. Parla, invece, di "carattere attenuato della natura derogabile della norma in commento", il che è "il frutto di due opposte tensioni, delle quali si ricerca interpretativamente un bilanciamento: il rispetto della libertà riconosciuta al debitore nella definizione del suo piano e l'attuazione delle garanzie offerte dal modello legale", C. Cavallini – B. Armeli, *Commentario alla*

L'art. 17, comma 1, lett. t), del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, ha introdotto un quinto comma che così recita: “Si applica l'articolo 33 , quinto comma, primo, secondo e terzo periodo, sostituendo al curatore il liquidatore, che provvede con periodicità semestrale dalla nomina. Quest'ultimo comunica a mezzo di posta elettronica certificata altra copia del rapporto al commissario giudiziale, che a sua volta lo comunica ai creditori a norma dell'articolo 171, secondo comma”.

E' interessante soffermarsi sui limiti ai poteri di integrazione della proposta da parte del Tribunale in sede di omologa e del Giudice Delegato, in fase di esecuzione, nonché, per quanto concerne la nomina del liquidatore, se, nel caso in cui il debitore nella proposta abbia indicato la persona designando a svolgere tale ruolo, il tribunale possa omettere del tutto tale statuizione, ovvero se essa sia sempre necessaria, con la differenza che in questo caso sia vincolato nella scelta della persona, dovendo nominare la persona fisica indicata dal debitore nella proposta, poteri integrativi del tribunale che, secondo il dato letterale della norma (“se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente”) possono essere esercitati se e in quanto nella proposta il debitore non disponga altrimenti, anche alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte²²⁵.

Infatti, con la sentenza n. 15699/2011, la Corte di Cassazione ha espresso un principio nuovo, rispetto al passato, affermando che, nonostante la novellazione del 2006 e del 2007 ha voluto imprimere alla procedura una più marcata natura privatistica, prevedendo che, in caso di voto favorevole

legge fallimentare, diretto da C. Cavallini, Egea, Milano, 2010, *sub* art. 182 l.f., 748. Per M. Vitiello, invece, pur riconoscendo che il nuovo testo dell'art. 182 “conserva la struttura pubblicistica del procedimento di esecuzione del concordato per cessione dei beni, prescrivendo un complesso di norme che senza dubbio consente di configurare una sorta di fallimentarizzazione della fase esecutiva del concordato proposto nella forma della cessione dei beni (...) il contrasto della nuova formulazione dell'art. 182 con l'impronta negoziale del concordato è solo apparente” stante “il riconoscimento della possibilità che la proposta di concordato disponga diversamente (art. 182, comma 1, l.fall.)”, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ispoa, Milano, 2008, *sub* art. 182, 1596-1600-1602.

²²⁵ Cass. 15 luglio 2011 n. 15699, in www.leggiditalia.it; Cass. 14 marzo 2011, n. 5993, in www.leggiditalia.it; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1345, in www.leggiditalia.it.

dell'assemblea dei creditori alla proposta di concordato ed in assenza di opposizioni, il tribunale omologhi la proposta stessa senza alcun sindacato sul merito al di là dell'accertamento della regolarità della procedura, tuttavia, ciò incontra un limite nel caso in cui i criteri dell'esecuzione proposti dal debitore concordatari non siano compatibili con la normativa vigente perché in tal caso il tribunale dispone del potere di integrare e modificare le modalità dell'esecuzione.

In caso contrario, infatti, si verrebbe a codificare la possibilità di introdurre da parte del debitore modalità di esecuzione concordatarie *contra legem* ove si consideri che la normativa attuale non prevede la possibilità per il Tribunale di rigettare la proposta concordataria, qualora non vi sia opposizione da parte dei creditori e la procedura si è svolta regolarmente, e neppure la possibilità di dichiarare inammissibile la proposta di concordato qualora le modalità di esecuzione proposte dal debitore non siano conformi alla legge, non rientrando tale ipotesi tra quelle previste dall'art. 162 l.f..

Nel caso di specie, pertanto, la Suprema Corte²²⁶, dovendo valutare la censura della società ricorrente secondo cui il tribunale non avrebbe potuto nominare il liquidatore nella persona del commissario giudiziale già nominato dal momento che nella proposta di concordato era stato specificato che il liquidatore dovesse essere l'istante liquidatore volontario della società, ha affermato che, alla luce della nuova formulazione dell'art. 182 l.f., sia il liquidatore che il comitato dei creditori sono organi la cui presenza nella fase esecutiva della procedura è necessaria e non ovviabile.

Infatti, il tribunale in sede di omologa deve nominare il liquidatore (se non già stabilito dalla proposta di concordato), in ossequio del dettato normativo dell'art. 182, comma 2, l.f., che stabilisce quali sono i requisiti per la nomina del liquidatore nonché le modalità di revoca, la responsabilità ed i criteri per il compenso allo stesso, richiamando le norme relative al curatore fallimentare ed alle sue funzioni in riferimento alla procedura fallimentare, che

²²⁶ Cass. 20/01/2011 n. 1345, cit.

trovano applicazione in quanto compatibili, lasciando intendere il carattere necessario e vincolante della nomina del liquidatore, stante la necessaria applicazione ad esso delle norme dianzi richiamate, poiché se a loro applicazione dovesse avvenire solo nell'ipotesi in cui il liquidatore fosse stato facoltativamente nominato, la norma avrebbe previsto tale eventualità.

In conclusione, la Suprema Corte²²⁷ ritiene necessaria la nomina del liquidatore ai sensi dell'art. 182 l.f. e che detta nomina, se non effettuata con la proposta di concordato, spetti al tribunale con il decreto di omologazione.

Chiarito ciò, occorre aggiungere che, secondo la Suprema Corte, il potere di nomina del liquidatore da parte del tribunale sussiste anche nel caso in cui il liquidatore sia stato nominato da chi propone il concordato, senza rispettare i requisiti di legge. Il più volte citato art. 182, comma 2, l.f. stabilisce, infatti, come già ricordato, che al liquidatore si applica in particolare l'art. 28 l.f., che stabilisce i requisiti che deve avere il curatore per essere nominato, e cioè: a) essere un avvocato, dottore commercialista, ragioniere e ragioniere commercialista; b) essere uno studio professionale associato e società tra professionisti, sempre che i soci abbiano i requisiti di cui alla lettera a); c) aver svolto funzioni di amministrazione, direzione, e controllo di società per azioni dando prova di adeguate capacità professionali e purchè non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.

Non possono, invece, essere nominati curatore: il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado, i creditori di questo e chi ha concorso nel dissesto dell'impresa durante i primi due anni anteriori al fallimento nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento.

Come rilevato già dalla dottrina, l'art. 182 l.f., equipara sotto diversi profili la figura del liquidatore a quella del curatore richiedendo il possesso di requisiti vincolanti per la sua nomina, attribuendogli precise responsabilità ed attribuendogli il diritto alla liquidazione di un compenso ed un obbligo di rendiconto che lo rendono a tutti gli effetti un organo della procedura con

²²⁷ Cass. 20/01/2011 n. 1345, cit.

funzioni pubblicistiche. Da ciò discende che il potere di nomina del liquidatore, che può essere esercitato dall'imprenditore nella richiesta di concordato, deve ottemperare a quanto prescritto dall'art. 28 l.f., circa i requisiti del liquidatore.

Inoltre, in ordine alla modalità di esecuzione della liquidazione del concordato la Suprema Corte²²⁸ si è espressa nel senso che il potere di provvedere alla liquidazione tramite la cessione dei beni della società concordataria è attribuito per legge in modo esclusivo al liquidatore escludendo implicitamente che tale attività possa essere svolta in modo parallelo o sostitutivo dal debitore concordatario, in quanto gli artt. 37, 38, 39 e 116 l.f., che rispettivamente rendono possibile la revoca del liquidatore, attribuiscono al liquidatore la responsabilità di una gestione diligente, con annotazione su un registro delle operazioni compiute, stabiliscono l'obbligo di rendiconto ed il diritto ad un compenso per l'attività svolta, implicano una responsabilità personale, escludendo che altri soggetti possano operare, intervenire o interferire nella liquidazione, con attività che ricadrebbero sulla gestione della procedura e di cui il liquidatore non potrebbe evidentemente rispondere.

A tale proposito, osserva la Corte di Cassazione²²⁹ che il debitore che intenda cedere i propri beni ai creditori per sdebitarsi ha due possibilità: procedere alla *cessio bonorum* ai sensi degli artt. 1977 ss c.c. o chiedere il concordato preventivo. Nella prima ipotesi, la gestione e la liquidazione dei beni avviene ad opera dei creditori e su tale attività il debitore ha solo un potere di controllo e di rendiconto, secondo quanto disposto dall'art. 1983 c.c.; nella seconda ipotesi la liquidazione dei beni ceduti avviene ad opera della procedura concorsuale tramite i suoi organi, potendo il debitore proporre alcune modalità di esecuzione nei limiti indicati, senza che tale possibilità possa estendersi fino al punto da far ritenere che il debitore possa gestire direttamente od indirettamente egli stesso la fase di liquidazione o disponga in

²²⁸ Cass. 20/01/2011 n. 1345, cit.

²²⁹ Cass. 20/01/2011 n. 1345, cit.

alternativa o cumulativamente con il liquidatore di propri poteri gestionali nell'ambito della procedura. A conferma di ciò, l'art. 182, comma 4, l.f. prevede che la cessione di beni o rapporti giuridici in blocco deve essere approvata dal Comitato dei creditori e che di conseguenza nulla potrà impedire al liquidatore di effettuare tale tipo di liquidazione qualora lo ritenesse opportuno²³⁰.

Interessante, a tal proposito, è un recente provvedimento del Tribunale di Prato²³¹, che si è discostato dai principi appena ricordati espressi dalla Corte di Cassazione, ritenendo di non provvedere alla nomina del liquidatore giudiziale, in quanto la liquidazione, come richiesto dalla società concordataria, avverrà ad opera del liquidatore sociale e di uno dei due professionisti, in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 l.f., che hanno dato la propria disponibilità a compenso predeterminato, e che sarà nominato dall'assemblea dei soci²³².

Nella vigenza della precedente disciplina vi era contrasto in dottrina tra chi riteneva prevalenti gli aspetti pubblicistici e, di conseguenza, accomunata la figura del liquidatore giudiziale al curatore, e chi, al contrario, escludeva la possibilità di accostare la fase della liquidazione concordataria a quella fallimentare.

In giurisprudenza era nettamente prevalente l'opinione per la quale il concordato preventivo con cessione dei beni, sia *pro soluto* che *pro solvendo*, doveva essere ricondotto all'istituto privatistico disciplinato dall'art. 1977 c.c.

²³⁰ Cass. 20/01/2011 n. 1345, in www.leggiditalia.it.

²³¹ Tribunale di Prato, 28 novembre 2012, decreto inedito.

²³² Da sottolineare che la società debitrice ha richiesto che l'attività di liquidazione venga svolta dal liquidatore sociale congiuntamente con un professionista abilitato ed in possesso dei requisiti di legge, i cui compensi sono stati concordati in misura predeterminata ed inferiore a quella liquidabile dal tribunale, non nella proposta di concordato approvata dai creditori, ma con separata memoria depositata successivamente, in vista dell'udienza per l'omologazione della procedura. Inoltre la società ha allegato alla richiesta un dettagliato schema contenente le istruzioni e linee guida per le attività di liquidazione, compreso che la nomina dei liquidatori debba avvenire ad opera dell'assemblea dei soci, una volta decorsi i termini per l'opposizione al decreto di omologazione. Il Tribunale ha ritenuto di accogliere tale richiesta, benchè non prevista fin dal ricorso originario, poiché "comporta come effetto la possibilità di una maggiore soddisfazione dei creditori chirografari e, quindi, una modifica in senso migliorativo della proposta; inoltre, essendo previsto che il liquidatore della società svolga la sua attività, non solo sotto la vigilanza del Commissario giudiziale, ma anche congiuntamente ad un professionista esterno in possesso dei requisiti di legge per svolgere tale funzione, assicura, a garanzia dei creditori, correttezza e competenza nelle relative operazioni".

e ss²³³. Il concordato preventivo, infatti, cessava con la sentenza di omologazione, il debitore riacquistava la piena capacità di disporre e gli organi della procedura sopravvivevano esclusivamente per sorvegliare l'adempimento del concordato.

Con il decreto correttivo del 2007, come sopra ricordato, il legislatore ha introdotto il richiamo espresso agli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l.f., equiparando, per quanto previsto in tali norme, la figura del liquidatore a quella del curatore fallimentare.

Il quadro normativo così rinnovato sembrerebbe in qualche modo aver tradito le premesse da cui erano stati connotati i lavori della riforma fallimentare, improntati a schemi negoziali agevoli e spediti, tali da innovare sull'eccessiva giurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali.

In realtà, nella relazione accompagnatoria al D. Lgs. 169/2007, con riferimento alle modalità di liquidazione, si legge che con il decreto correttivo si è voluto “dettare una più completa e razionale disciplina della liquidazione dei beni ceduti ai creditori, oggi rimessa alla discrezionalità del liquidatore e alle modalità non meglio individuate che dovrebbero essere stabilite dal tribunale allo scopo di garantire che le operazioni liquidatorie si svolgano correttamente ed efficacemente nell'interesse dei creditori”.

Parole che appaiono ben diverse da quelle contenute nella relazione ministeriale al R.D. n. 267/1942, dove si precisava che “la legge non ha voluto stabilire schemi rigidi di cessione, lasciando agli interessati di raggiungere l'accordo nel modo più conveniente (...) così la cessione potrà assumere la forma del trasferimento dei beni ai creditori in proprietà, o quella di una procura irrevocabile, o quella di una liquidazione giudiziale vera e propria”.

Il legislatore, nel dettare una disciplina legale della liquidazione, ha innanzitutto voluto limitare il potere conformativo del Tribunale, che, adesso, quando è chiamato a dettare od integrare le modalità di liquidazione, non è più

²³³ Cass. 13 aprile 2005 n. 7661, in *Fall.*, 2005, 1435; Cass. 21 gennaio 1993, in *Fall.*, 1993, 807, *contra* Tribunale di Milano 10 luglio 1987, in *Fall.*, 1988, 24, secondo cui il richiamo alle norme dettate dagli articoli 1977 ss c.c. non poteva comunque snaturare la natura pubblicistica della cessione dei beni, caratterizzata da un intervento diretto degli organi della procedura.

libero di farlo in modo discrezionale, ma è vincolato dall'adozione di quelle prescritte dalla norma, sia con riferimento alla nomina del liquidatore, che alle forme della liquidazione, che devono essere conformate a quelle previste per la liquidazione fallimentare, potere già limitato a monte dalla stessa regolamentazione concordataria. Si delinea così una sorta di gerarchia delle fonti normanti l'esecuzione del concordato preventivo con cessione dei beni, dove il vertice è occupato dal piano proposto dal debitore, integrato, in tutto o in parte, dalla disciplina di cui all'art. 182 l.f., ai quali si conforma in seconda battuta il potere discrezionale del tribunale, riconosciutogli dal comma 1 del medesimo articolo, ai fini della determinazione delle altre modalità di liquidazione, che altro non sono che quelle fallimentari, eventualmente adattate qualora incompatibili con l'ambiente concordatario, sulle quali il piano tace²³⁴.

D'altra parte, una volta eliminati i vincoli quantitativi di minima soddisfazione per i creditori chirografari, il concordato con cessione dei beni trasla integralmente sui creditori stessi il rischio della liquidazione concordataria e, pertanto, la scelta di proceduralizzare tale fase non rappresenta affatto un'incoerenza concettuale con l'impianto sistemico complessivo del riformato istituto concordatario²³⁵, ma, invece, un baluardo a presidio della miglior soddisfazione dei creditori medesimi.

Vi è chi²³⁶ ha osservato che consentire al tribunale di modificare la proposta equivarrebbe a consentire una regolamentazione contrattuale non voluta dalle parti o che la proposta di concordato è contenuta in un ricorso che ha anche il valore di domanda giudiziale, sì che, nel rispetto del principio dispositivo (art. 112 c.p.c.) il giudice non può accogliere una domanda che non è stata formulata; pertanto, di fronte ad una proposta dal contenuto illegittimo, il tribunale potrebbe solo negare l'omologazione.

²³⁴ C. Cavallini-B. Armeli, *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Egea, Milano, 2010, *sub* art. 182 l.f., 746-747.

²³⁵ G. Di Cecco, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, Tomo III, a cura di A. Nigro – M. Sandulli – V. Santoro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, *sub* art. 182 l.f., 2237.

²³⁶ M. Fabiani, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, cit.

Ma, essendo ristretti i limiti entro i quali oggi al tribunale è consentito negare l'omologazione del concordato, spettando, secondo la tesi più restrittiva, al tribunale un mero controllo di regolarità formale, e, secondo la tesi meno rigida, almeno il compito di accertare la fattibilità del piano, il tribunale, comunque, non sarebbe autorizzato a valutare la conformità alla legge della proposta e, dunque, a negare l'omologazione del concordato in mancanza di tale conformità, col paradosso che, nell'intento di assimilare il concordato ad un contratto, il legislatore della riforma avrebbe assicurato al concordato uno spazio di autonomia superiore a quello di cui gode qualunque contratto di diritto privato.

Infatti, il diritto dei contratti prevede, in alcuni casi, che la volontà delle parti possa essere integrata dall'esterno, basti pensare all'art. 1419 c.c., ai sensi del quale "la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative", o all'art. 1424 c.c., secondo il quale "il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità", od, ancora, all'art. 1339 c.c., che dispone che "le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti"; con il limite che tali integrazioni delle lacune della manifestazione di volontà, non devono avere l'effetto di stravolgere l'assetto negoziale voluto dalle parti, e, comunque, il contratto contrario alla legge è nullo e la nullità è rilevabile anche d'ufficio.

Viceversa, la proposta, una volta approvata, rimarrebbe inattaccabile quand'anche illegittima.

Ma se, pur riconoscendo la prevalenza, in materia contrattuale, della volontà delle parti, la legge non arriva al punto di sacrificare a tale autonomia il rispetto delle norme imperative, ovvero al punto di considerare inattaccabile per principio il contratto contrario a norme imperative solo perché la deroga a

tali norme sarebbe stata consapevolmente prevista dalle parti nell'esercizio della loro autonomia, non si vede perché la legge dovrebbe arrivare a tal punto in materia di concordato: se il concordato è un contratto dovranno valere, per definizione, gli stessi principi che regolano il generale diritto dei contratti; se il concordato è qualcosa di meno di un contratto, a maggior ragione l'applicazione di tali principi dovrà essere garantita dal sistema come tutela minima²³⁷.

Diversamente, la proposta di concordato contraria a norme imperative sarebbe al riparo da intromissioni sempre e comunque, pur essendo chiamata l'autorità giudiziaria a sovrintenderne l'approvazione da parte dei creditori, mentre non lo sarebbero i contratti, pur essendo rimessa totalmente alle parti la loro formazione, essendo l'intervento del giudice possibile solo in via successiva ed eventuale.

In definitiva, applicando i principi generali in materia contrattuale al concordato preventivo, "il tribunale è sempre dotato del potere di integrare la proposta di concordato quando ciò appaia necessario al fine di consentire il rispetto delle prescrizioni di legge e l'assetto negoziale voluto dalle parti non ne risulti stravolto nella sostanza"²³⁸ (con la semplificazione di voler vedere il concordato come un accordo voluto tra più parti quando, in realtà, il debitore propone un piano concordatario che i creditori possono solo accettare o meno ed, inoltre, il principio consensualistico è attenuato dalla regola della maggioranza, oltretutto per somma e non per teste); diversamente, il tribunale nega l'omologazione²³⁹.

²³⁷ N. Nisivoccia, *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, in *Fall.*, 2011, 1297, nota a commento di Cass. n. 15699/2011, *ivi*, 1291 *ss.*

²³⁸ N. Nisivoccia, *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, *cit.*, 1298.

²³⁹ *Contra* D. Finardi, *Le modalità di liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, *cit.*, 952-953, il quale ritiene che: "sembrerebbe corretto affermare che tanto più il contenuto della proposta è dettagliato, tanto più sarebbe vincolante per il tribunale, che avrà minor spazio di iniziativa in sede di omologa laddove il ricorso sia stato votato ed approvato dalla maggioranza dei crediti. Tali considerazioni si pongono, a parere di chi scrive, in perfetta armonia con l'attuale ricostruzione del concordato preventivo in termini contrattuali, quale accordo che suggella i rapporti tra il debitore e i creditori per la gestione della crisi d'impresa. Quando il piano del concordato prevede la soddisfazione dei creditori mediante *cessio bonorum* e sia stato approvato dai creditori, il tribunale, comunque, non potrà modificare il contenuto della proposta contrattuale

Occorre ricordare, tuttavia, che per quanto riguarda il caso estremo di contrarietà a norme imperative, sarà difficile che una proposta siffatta arrivi addirittura all'omologazione, poiché il legislatore ha disseminato lungo il percorso che conduce all'udienza *ex art.* 180 l.f. una serie di campanelli di allarme, che provochino l'arresto della procedura ogniqualvolta essa non sia meritevole di essere proseguita. Basti pensare che il Tribunale, in caso di inammissibilità della proposta, può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, *ex art.* 162, comma 1, l.f.; a tutta l'attività di revisione, verifica e controllo che deve espletare il professionista nel redigere la relazione *ex art.* 161 l.f., nonché, a procedura già incardinata, a tutti gli accertamenti che devono essere compiuti dal commissario, per redigere la relazione *ex art.* 172 l.f. ed il motivato parere di cui all'art. 180 l.f, o per monitorare il perdurare della fattibilità del piano *ex art.* 179 l.f., e, in generale alla sua funzione di vigilanza e di segnalazione al tribunale gli eventi indicati all'art. 173 l.f. per innestare la procedura di revoca.

Più interessante è il caso, come quello affrontato dal Tribunale di Prato nel provvedimento citato, in cui le modalità di liquidazione sono specificate dal debitore non nella proposta di concordato approvata dai creditori, ma con

conclusa di cui l'omologa sarà *condicio iuris*. (...) L'art. 182 l.fall. troverebbe quindi applicazione solo per quei concordati con cessione dei beni ove non vi sia alcuna previsione in ordine alle modalità di liquidazione. La norma avrebbe infatti un'applicazione residuale e sussidiaria solo per quelle ipotesi in cui l'autonomia privata non abbia disciplinato la liquidazione. In tal senso si ritiene che la negozialità della proposta prevalga sugli aspetti pubblicistici della procedura. Vi è chi sostiene peraltro che tale norma sia integralmente derogabile da parte del debitore il quale, con la proposta, può stabilire diversamente sia per quanto attiene alla nomina del liquidatore (e in tal senso può essere considerato pacifico che il liquidatore possa essere lo stesso debitore) come già detto, sia alle modalità di liquidazione.

Laddove quindi si voglia accedere alla tesi che non ammette alcuna modificabilità della proposta votata dai creditori da parte del tribunale occorre parimenti affermare che anche in fase di esecuzione del piano concordatario il collegio non possa attuare tale modifica, né attraverso i propri poteri integrativi, né applicando la legge". G. B. Nardecchia, in *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del tribunale nella fase di liquidazione*, cit., 99-100, afferma che: "In realtà pare evidente che la disciplina legale si ponga come limite sia al potere conformativo del tribunale che a quello negoziale del debitore. La volontà negoziale, che si traduce nel piano approvato dai creditori, vede ridotti i suoi spazi di autonomia dall'esistenza di una disciplina legale che si pone come modello e regola cogente della liquidazione del patrimonio del debitore (...) In altre parole, a prescindere dalla fonte da cui derivano tali disposizioni (la proposta ovvero il decreto di omologazione, il tribunale deve comunque valutare se le modalità di liquidazione siano conformi a determinati parametri di riferimento".

separata memoria depositata successivamente alla chiusura delle votazione ed in vista dell'udienza per l'omologazione della procedura.

Se si aderisse alla teoria contrattuale pura, tale integrazione non sarebbe consentita, neppure se migliorativa, in quanto la volontà delle parti si è già formata.

Se invece si ritiene, come chi scrive, che la procedura debba comunque rispondere ad esigenze anche pubblicistiche e che vi sia un filo conduttore volto alla migliore soddisfazione dei creditori, allora è condivisibile anche la scelta del Tribunale di accogliere le modalità di liquidazione proposte dal debitore, se non contrarie alla legge, così come quella di integrare o modificare o eliminare quelle clausole contenute nel piano che lo rendono illegittimo, sì da conservare nel complesso l'accordo raggiunto con i creditori.

Capitolo II

La risoluzione del concordato preventivo

1. Introduzione

Il tema della risoluzione del concordato è strettamente connesso a quello dell'adempimento e dell'oggetto e del contenuto della proposta del concordato, votata favorevolmente dai creditori rappresentanti la maggioranza del credito, o, in altre parole, del piano su cui tale proposta si fonda.

Il legislatore è stato assai generoso nel lasciare al debitore la più ampia scelta nella determinazione delle modalità e delle forme della proposta da sottoporre ai creditori, quale via di uscita dalla crisi; ma libertà di forma non vuole dire assenza di una forma. L'imprenditore non può esimersi da delimitare i contorni di tale proposta e da strutturarla in un contenuto ben individuato, che la legge chiama "piano"¹. Esso è il mezzo attraverso cui formulare la proposta concordataria ed esplicita le linee che l'imprenditore in crisi intende seguire onde addivenire al risultato della ristrutturazione dei debiti e della soddisfazione dei crediti, e deve essere fattibile alla stregua dell'attestazione, estesa anche alla veridicità dei dati aziendali, di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) l.f., ossia iscritto nel registro dei revisori contabili in possesso dei requisiti

¹ M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 172 ss, commento a Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, *ivi*, 167 ss. Il legislatore ha esplicitamente connesso il concetto di fattibilità a quello di adempimento nell'art. 8 della L. 27/01/2012 n. 3, come modificata dall'art. 18 del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, relativa alla composizione delle crisi da sovraindebitamento, il cui secondo comma così recita: "Nei casi in cui i beni e i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo o del piano del consumatore, la proposta deve essere sottoscritta da uno o più terzi che consentono il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per assicurarne l'attuabilità". Il piano, ai sensi dell'art. 7 della medesima legge, deve assicurare il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c. e delle altre disposizioni contenute in leggi speciali e deve prevedere le "scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi" ed indicare "le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti e le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni"; il piano può anche prevedere l'affidamento del patrimonio ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 l.f..

necessari per assumere l'ufficio di curatore².

Come insegnano anche le discipline aziendalistiche, i piani sono tipici strumenti adottati al fine di ridurre il rischio di eventi futuri ed imprevedibili, di talchè, per definizione, ad essi non attiene il concetto di certezza. Ed infatti il legislatore chiede unicamente che tale piano si basi su dati contabili che rispecchino la realtà aziendale e che il piano sia fattibile³.

Volendo esplicitare il concetto di fattibilità, è stato affermato che fattibile “è la proposta di una prestazione che risulti, *ex ante*, non solo esigibile, ma anche realisticamente suscettibile di essere adempiuta. Il legislatore in buona sostanza, intende sterilizzare – per quanto possibile – il rischio che il concordato possa risolversi per inadempimento”⁴; per fattibilità, quindi, “può intendersi la valutazione alla luce della quale può ritenersi, con un apprezzabile e sufficiente grado di probabilità, che le previsioni e gli obiettivi contenuti nel piano saranno integrati, coi tempi prospettati.

La valutazione così operata presuppone una verifica esterna di razionalità degli scenari contenuti nel piano, intesa come congruenza tra la disponibilità delle risorse ipotizzate, le circostanze di fatto previste, ed il conseguimento degli obiettivi”⁵.

La fattibilità del piano del concordato, come detto, deve essere attestata da un professionista qualificato, nella relazione *ex art.* 161 l.f., che svolge l'importante funzione di rilevare eventuali comportamenti menzogneri o reticenti nella esposizione dei dati aziendali, tali da creare un quadro lontano

² F. Casa, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 1468 *ss*, nota a tribunale di Vicenza, 31 marzo 2011, *ivi*, 1461 *ss*.

³ Tempestività e pianificazione sono i due elementi su cui poggia il sistema normativo della gestione della crisi d'impresa, in quanto elementi essenziali e necessari per il suo superamento: nelle soluzioni concordatarie, le possibilità di successo sono legate alla tempestività dell'intervento e dalla serietà del piano realizzato dall'imprenditore e proposto ai creditori, il quale rappresenta proprio l'espressione del concetto di pianificazione o meglio dell'approccio strategico. Così C. Esposito, *Il programma di liquidazione*, Monografia de il Fallimento e le altre procedure concorsuali, Ipsoa, Milano, 2010, 10.

⁴ L. Pica, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati – Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. Celentano – E. Forgillo, UTET, Torino, 2008, 1105.

⁵ D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 740. Cass. SSUU n. 1521 del 23 gennaio 2013, in www.ilfallimentarista.it, afferma che la fattibilità si traduce “in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati”, distinguendo, poi, nel generale concetto di fattibilità, quella giuridica e quella economica, di cui la prima sicuramente sottoposta al vaglio del giudice.

dalla realtà e da indurre i creditori in errore e, quindi, da viziare l'espressione della loro volontà tramite il voto. E ciò è tanto più grave, dal momento che la forza della proposta omologata è tale da imporsi, *ex art.* 184 l. f., a tutti i creditori, ancorchè dissenzienti o astenutisi dal voto, e, quindi, a trascendere i limiti soggettivi imposti dall'art. 1372 c.c. e a derogare alla regola cardine della "relatività" del contratto. Inoltre, nella parte in cui attesta la fattibilità del piano, il professionista dà un preciso segnale di prognosi positiva circa l'adempimento delle obbligazioni in esso contenute, nella futura fase esecutiva⁶.

Come sopra visto, in dottrina⁷ è stato precisato che l'oggetto dell'accordo è la proposta, mentre la fattibilità attiene al piano e, quindi, alla valutazione di adempimento. Ma a ciò è stato obiettato⁸ che le prefigurazioni del piano sono destinate a caratterizzarsi quale oggetto della proposta di concordato ed in caso di approvazione e di omologazione del concordato, quale oggetto del concordato, poiché "nel suo primario significato l'oggetto è appunto il contenuto sostanziale del contratto, indicando ciò che le parti hanno stabilito o programmato"⁹.

Occorre, inoltre, tener presente che la possibilità dell'oggetto può essere definita sotto due diversi profili, quello materiale e quello giuridico. Infatti è materialmente possibile quando è astrattamente suscettibile di attuazione, mentre lo è giuridicamente quando non vi è alcuna enunciazione di diritto positivo che sia ostativa alla realizzazione di quel programma¹⁰: la possibilità attiene alla astratta suscettibilità di realizzazione del programma contenuto nel piano, la fattibilità all'attitudine del debitore ad assolvere, ad adempiere un piano astrattamente possibile.

⁶ F. Casa, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 1467.

⁷ M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 172 ss.

⁸ F. Casa, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 1468.

⁹ C. M. Bianca, *Diritto civile, vol. 3, il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, 320.

¹⁰ F. Casa, *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 1468.

Inoltre, a norma dell'art. 1421 c.c., la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice e, dunque, anche dal giudice del concordato preventivo nella fase preliminare di ammissione alla procedura: sarebbe del tutto privo di logica e anche economicamente ingiustificabile, visti i costi della procedura, sottoporre all'approvazione dei creditori una proposta di concordato, che sulla scorta dei documenti forniti dallo stesso debitore e del piano di cui è corredata, sia del tutto priva di qualsiasi possibilità di essere realizzata.

Il giudizio di fattibilità tutela quindi l'intero ceto creditorio perché investe la causa del concordato in quanto finalizzato ad appurare l'impossibilità di pervenire al risultato proposto con le modalità pianificate¹¹.

Circa il controllo del Tribunale sulla fattibilità, oltre a quanto già detto *retro*, può essere utile ricordare che la giurisprudenza di merito¹² ha fin da subito chiarito che la verifica della completezza e regolarità della documentazione deve intendersi non solo in senso formale, ma anche e soprattutto in senso sostanziale, ossia come controllo anche della idoneità del loro contenuto allo scopo cui sono destinati. E ciò trova conferma anche nella lettera della norma, in quanto, ove il legislatore avesse voluto limitare il controllo al solo profilo formale, “ad una mera conta” dei documenti allegati, avrebbe più semplicemente utilizzato l'espressione “esistenza” o “presenza” in luogo del sostantivo “completezza”, controllo che, peraltro, viene effettuato in prima battuta dal cancelliere al momento del deposito, il quale non riceve il ricorso, in caso di mancanza di documenti essenziali previsti dalla legge. Dal punto di vista teleologico, poi, sarebbe irragionevole sostenere che al Giudice sia affidato il compito di verificare semplicemente che esistano in atti documenti denominati piano, allegati e relazione, e gli sia precluso evidenziare l'insufficienza di un piano concordatario che emerga *per tabulas*, essendo ad esempio costituito da un mero foglio intestato come proposta di concordato, ma contenente esclusivamente l'indicazione della percentuale offerta di

¹¹ G. Bozza, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 182 ss.

¹² Trib. Roma decreto 8 marzo 2006, in *Il Dir. fall.*, con nota di G. M. Perugini, *Nuovi orientamenti nella fase di ammissione al concordato preventivo*, II, 2006, 103 ss.

soddisfacimento dei crediti senza nulla dire in merito a modalità e tempi di realizzazione, o di una relazione del professionista che si limita a riprodurre pedissequamente quanto scritto nel piano, mutuando letteralmente il suo contenuto senza vaglio critico¹³, essendo impossibile ipotizzare un concordato senza un piano che sia tale non solo nominalmente, ovvero una relazione del professionista priva di un reale contenuto valutativo del piano stesso.

Secondo la dottrina prima citata¹⁴, la funzione della fattibilità altro non è che una prognosi di adempimento dell'obbligazione contenuta nella proposta, e, quindi, entra nell'area del piano, il quale attiene alla sfera dell'adempimento, non potendo, pertanto, il tribunale aggredire direttamente la fattibilità, ma la relazione del professionista che l'attesta, per verificare se quest'ultima sia davvero tale e sia lo strumento adeguato perché i creditori possano essere adeguatamente informati e, conseguentemente, esprimere il proprio consenso o meno alla proposta concordataria in modo consapevole.

Nella recentissima sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, le Sezioni Unite della Cassazione¹⁵ hanno ribadito che il giudice non deve limitarsi a compiere un giudizio di secondo grado sulla completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista, in quanto, pur essendo vero che questi ha caratteristiche di indipendenza e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo, pur non essendo un consulente del giudice, ciò non toglie che, come accade di fronte a valutazioni non condivise di ogni altro ausiliario, il giudice possa pervenire a conclusioni diverse circa la fattibilità del piano attestato del professionista medesimo. Tuttavia, le Sezioni Unite della Cassazione delimitano l'area di tale accertamento alla fattibilità giuridica, ovvero alla compatibilità o meno delle modalità attuative con le norme inderogabili di legge. Mentre profili di incertezza si pongono laddove entrino in discussione profili relativi alla fattibilità economica, poiché questa è

¹³ Nello stesso senso Trib. Sulmona, 6 giugno 2005 (decr) in *Fall.*, 2005, 793; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Il dir. fall.*, con nota di G. Nuzzo, *I poteri del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, 2006, II, 100; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 1297.

¹⁴ M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., 172 ss.

¹⁵ Cass. SSUU 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.ilfallimentarista.it

legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che si tramuta in un fattore rischio per gli interessati, ovvero per i creditori, i quali, pertanto, devono farsene carico in modo esclusivo, una volta che siano state fornite tutte le informazioni necessarie ed esaustive per poter formarsi un'opinione, che viene espressa tramite il voto. Tuttavia, questo principio viene attenuato, in ragione dei profili pubblicistici che connotano la procedura, laddove il giudice verifichi l'assoluta impossibilità di realizzazione del piano, nonostante il giudizio positivo del professionista attestatore. Il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano, tuttavia, non può esser fissato aprioristicamente con una previsione generale ed astratta, ma è mobile, in funzione del contenuto della proposta e dell'identificazione della causa concreta di quello specifico concordato preventivo.

Circa il contenuto della relazione del professionista che attesta, deve essere comprensibile l'*iter* logico dell'argomentazione che ne sorregge l'attestazione.

Alla relazione deve essere riconosciuta l'importanza che la legge stessa le ha assegnato; di conseguenza, se il giudizio di fattibilità del piano è insufficiente e privo di qualsiasi contenuto argomentativo, il tribunale già in sede di ammissione può ritenere la domanda non ammissibile in quanto priva di una condizione essenziale o può chiedere integrazione alla relazione stessa, in quanto essa deve essere sostanzialmente idonea allo scopo per cui è prevista.

La valutazione di fattibilità deve essere esauriente e la relazione ha la finalità di esporre le possibilità della concreta attuazione del piano, che deve essere logico ed intellegibile, riferendo se esso sia basato su ipotesi realistiche, se è compatibile con l'andamento del settore, se dotato di coerenza rispetto agli obiettivi prefissati¹⁶.

Occorre, inoltre, tener presente che la relazione del professionista è il

¹⁶ A. Paluchowski, *Prime esperienze applicative dei nuovi concordati e casi della giurisprudenza. Relazione al Convegno "La riforma del diritto fallimentare"*, Carate Brianza, 11 novembre 2005.

solo documento, che non sia del debitore¹⁷, che il tribunale ha a disposizione per decidere circa l'ammissione o meno della proposta: “pertanto, relazioni generiche, approssimative, immotivate o meramente ripetitive delle previsioni del piano proposto dal debitore, senza alcuna valutazione critica e ragionata dello stesso, non possono superare il vaglio di completezza e di regolarità rimesso al tribunale”¹⁸.

Il Tribunale di Roma, 8 marzo 2006¹⁹, configura il piano come una condizione di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, atteso che senza di esso la proposta concordataria risulterebbe priva di contenuto e, poiché l'art. 161 l.f. prevede espressamente che il ricorso sia accompagnato dalla relazione del professionista che attesti la fattibilità del piano, afferma che anche quest'ultima va ad integrare una condizione di ammissibilità della domanda, illustrando che: “Per piano fattibile deve intendersi un progetto di

¹⁷ Ciò anche se il professionista attestatore è scelto dal debitore. Evidenzia la necessità di indipendenza ed imparzialità del professionista attestatore il Tribunale di Siracusa, 17 aprile 2012, in www.ilcaso.it, il quale così si esprime: “La relazione del professionista, il quale è soggetto terzo rispetto alla società ricorrente a salvaguardia dell'indipendenza ed imparzialità del giudizio, è il perno del nuovo istituto del concordato preventivo designato dal legislatore”. Circa i requisiti di indipendenza dell'attestatore, S. Ambrosini, *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Zanichelli, Bologna, 2006, 315; G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Il dir. fall.*, 2005, I, 1131. La L. n. 3 del 27 gennaio 2012, come modificata dal D.L. 178/2012, all'art. 15, comma 1, prevede espressamente che gli Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento siano costituiti da enti pubblici o privati “dotati di requisiti di indipendenza, professionalità e adeguatezza patrimoniale”, e l'art. 16, comma due, prevede la sanzione penale della reclusione da un anno a tre anni e la multa da 1.000 a 50.000 euro per il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti ad essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano, nonché nella relazione di attestazione di cui all'art. 9, comma 3-bis, in quella sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale, ex art. 12, comma 1 ed in quella che deve accompagnare la richiesta del debitore di liquidazione del proprio patrimonio, come previsto dall'art. 14-ter, comma 3. Auspica un intervento legislativo volto ad introdurre l'indipendenza dell'esperto attestatore e norme specifiche per la sua responsabilità penale S. Ambrosini, *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, doc. 293/2012. Il legislatore ha raccolto gli spunti emersi dal dibattito sul tema della dottrina e della giurisprudenza e con la legge n. 134/2012 ha specificato alla lettera d), del terzo comma dell'art. 67 l.f. che il professionista attestatore deve essere indipendente e che lo è “quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”.

¹⁸ Trib. Pescara 20 ottobre 2005, cit.

¹⁹ Trib. Roma decreto 8 marzo 2006, in *Il Dir. fall.*, con nota di G. M. Perugini, *Nuovi orientamenti nella fase di ammissione al concordato preventivo*, II, 2006, 103 ss.

ristrutturazione del debito e soddisfacimento dei creditori credibile, i cui obiettivi, in altri termini – alla luce di una valutazione da condurre, a seconda dei casi, sulla base di una combinazione di criteri giuridici (in ordine alla stima sulla realizzazione dei crediti verso terzi) ed economico-finanziari (in ordine, ad esempio, alle valutazioni sulle cause della crisi e sulle eventuali possibilità di ripresa dell'attività sulla base di una stima dell'andamento futuro del settore) – possono concretamente realizzarsi non in termini di mera possibilità, ma di probabilità di successo”.

Il Tribunale di Prato²⁰, a conclusione del giudizio di omologa, a cui si era opposto un creditore lamentando l'inidoneità della proposta a soddisfare le sue pretese, ha individuato i criteri di ammissibilità nei seguenti:

- qualità di imprenditore commerciale, non piccolo, del ricorrente;
- stato di crisi dello stesso;
- esistenza di un piano di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti,
- correttezza della formazione di eventuali classi di creditori;
- attendibilità del piano;
- fattibilità dello stesso²¹.

Affermando inoltre: “I creditori sono stati messi esattamente e dettagliatamente al corrente di tutte le criticità sopra evidenziate, che potrebbero influire sulla fattibilità del concordato, ed hanno quindi potuto esprimere in modo informato e consapevole la propria adesione al concordato.

Il Tribunale ritiene di non potere sovrapporre la propria valutazione ad una adesione al concordato manifestata dai creditori in misura quasi totalitaria.

In ogni caso, sulla base di una valutazione sommaria e preventiva

²⁰ Tribunale di Prato 20 aprile 2011, decreto, inedito.

²¹ Il Tribunale ravvisa la condizione di ammissibilità nella fattibilità del piano e non nella mera esistenza della relazione del professionista *ex art. 161 l.f.* in cui tale fattibilità risulti attestata, mostrando quindi di aderire alla tesi secondo la quale è proprio la fattibilità ad essere una *conditio sine qua non* della proposta concordataria, che deve permanere per tutta la durata della procedura, sino alla sua omologazione. Dopo di che, la questione della fattibilità non è messa del tutto a tacere, in quanto torna ad essere protagonista in caso si verificano inadempimenti di rilevante importanza tali da giustificare la domanda da parte di un creditore di risoluzione dell'accordo concordatario ai sensi dell'art. 186 l.f..

fondata sugli elementi messi a disposizione in questa sede circa il probabile e ragionevole esito delle controversie evidenziate, il Tribunale non ravvisa ragioni per escludere allo stato la fattibilità del concordato”²², dove per piano fattibile deve intendersi un piano serio, ovvero concretamente realizzabile sulla base delle risorse presenti nel patrimonio aziendale e di quelle che si potranno concretamente ed effettivamente realizzare, “con un certo grado di ragionevolezza a seguito dell’eventuale attività liquidatoria demandata agli organi della procedura”²³.

E così il Tribunale di Firenze²⁴ considera fattibile un piano di uscita dalla crisi quello che, sulla base della logica e dell’esperienza, sia concretamente attuabile, consentendo di realizzare la pur minima soddisfazione in esso prevista, non essendo consentito permettere al debitore di prendersi gioco dei creditori fino all’esito finale della crisi, illustrando loro una “situazione aziendale” diversa da quella reale o formulando un piano destinato a rimanere nel mondo delle ipotesi.

A questo scopo è imposta la relazione di cui all’art. 161 l.F., la quale non deve essere un documento privo di contenuto, che vada semplicemente a riempire il fascicolo della procedura, un “simulacro di relazione da agitare in

²² Nello stesso senso, Tribunale di Prato, 5 dicembre 2005, in *Fall.*, 2006, 942 *ss.*, con nota di A.C. Marollo, la quale afferma che nel giudizio di omologazione di un concordato con cessione dei beni “assume un ruolo centrale proprio il profilo della fattibilità del piano, con riferimento alle condizioni inderogabili previste dalla legge e alle clausole contenute in esso. Il piano e la sua fattibilità ne costituiscono il filo conduttore, con risvolti incisivi per la sua definizione che emergono attraverso la lente “obbligatoriamente” osservatrice del commissario giudiziale, l’eventuale attività difensiva dei creditori e di qualsiasi interessato e l’attività del tribunale che, se non ingerisce nelle scelte di merito e di “convenienza” operate dai creditori (...) deve pur sempre esaminare: 1) la sussistenza o non dei presupposti inderogabili, del concordato preventivo (...); 2) la esistenza o non di uno scostamento dal piano originario tale da condizionare, significativamente, la natura o l’oggetto dell’accordo votato”.

²³ Tribunale di Pescara, 13 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, 98.

²⁴ Tribunale di Firenze, 22/02/2012, in www.ilcaso.it; nello stesso senso Tribunale di Napoli, 21 settembre 2011, (in www.ilfallimentarista.it connota di G. Bersani, *La verifica della fattibilità del piano attraverso l’analisi dei criteri adottati dall’attestatore ex art. 161 l. fall.*) che ritiene che se non possa essere verificata direttamente la fattibilità del piano, sicuramente deve essere verificato in sede di ammissione della domanda che sia stata prodotta tutta la documentazione richiesta dalla legge, compresa la relazione, che deve essere aggiornata, dettagliata e adeguatamente motivata, dovendo il controllo del professionista essere effettivo e critico e non limitato ad un attestazione generica, apparente o meramente ripetitiva o adesiva al ricorso del debitore affinché “l’attestazione di fattibilità, pur avendo natura prognostica, sia ancorata all’esposizione di una serie di elementi di fatto, di natura contabile, economica e finanziaria, idonei a fondare un giudizio, se non di sicura, almeno di probabile realizzabilità del piano e dei suoi risultati in termini di soddisfacimento dei creditori, coerente con i dati aziendali attestati”.

faccia ai creditori (e al Tribunale)²⁵, ma invece un documento che assolva, rispetto al piano del concordato, “ad una funzione di garanzia, che riguarda sia il dato di partenza (la situazione aziendale) che quello d’arrivo (il piano di soddisfazione). Ciò al fine di costituire un filtro preventivo rispetto a domande destinate, fin dall’origine, ad esito infausto, ma che, per il solo fatto di essere ammesse, sono idonee a porre in essere effetti paralizzanti delle azioni esecutive, a provocare la scadenza dei termini delle revocatorie, a generare rilevanti spese professionali per l’attività di introduzione della procedura. Al fine anche di orientare i creditori nell’espressione del voto.

In concreto, quindi, l’attestatore deve verificare che i dati esposti dal debitore siano reali e che il piano sia attuabile.

I dati che l’attestatore deve verificare sono, ovviamente, quelli da cui dipende l’attuabilità del piano (...).

Quanto al piano proposto dal debitore, l’attestatore deve verificare che sia concretamente attuabile, in relazione agli obiettivi che si propone e alla specifica situazione concreta. L’aspetto della fattibilità, quindi, è collegato al contenuto della proposta e alle modalità, individuate dal debitore stesso, di superamento della crisi d’impresa. E’ evidente, infatti, che diverse sono le condizioni di fattibilità a seconda che il piano sia liquidatorio o di ristrutturazione e contempi o meno la prosecuzione dell’attività d’impresa. In ogni caso l’attestatore deve dar conto dei criteri seguiti per l’espressione del giudizio ed esplicitare il percorso logico seguito nell’esame della fattibilità. E’ altresì evidente che il “percorso” deve essere tanto più analitico quanto maggiore è la complessità del piano e numerose sono le variabili cui è collegato.

Tenuto conto della funzione che deve assolvere (assicurare ai creditori la serietà della proposta e la sua praticabilità), il giudizio di fattibilità non deve essere di “possibilità” o di “probabilità”, posto che nella realtà fenomenica quasi tutto è possibile e la probabilità (indipendentemente dal livello del

²⁵ Tribunale di Firenze, 22/02/2012, in www.ilcaso.it

dichiarato) non soddisfa alcun reale interesse dei creditori, ma di concreta verosimiglianza, nel senso che la situazione (necessariamente futura) prospettata nel piano deve apparire il naturale sviluppo, secondo logica ed esperienza e in base ai dettami delle discipline economiche e finanziarie, delle premesse del piano e delle condotte attuative, finalizzate all'esecuzione del piano, proposte dal debitore.

Anche in questo caso con criterio di prudenza, tenendo conto che ai creditori non interessa la possibilità astratta, ma la praticabilità concreta della soluzione proposta²⁶.

In altre parole, il giudizio di fattibilità deve consistere in un “vaglio critico del piano concordatario anche in termini prospettici, e non deve risolversi in un’attestazione apodittica e tautologica del piano, senza nessun vaglio degli elementi che lo compongono”²⁷.

Ogni piano nasconde, per definizione, un certo margine di aleatorietà, più o meno ampio, che tende a crescere in modo lineare o più che lineare con la dimensione temporale degli scenari; il compito del professionista che redige la relazione *ex art. 161 l. fall.*, e, successivamente, del Giudice e del Commissario giudiziale, consiste nel verificare che il raggiungimento degli obiettivi prospettati sia non soltanto possibile, ma anche probabile, alla luce delle conoscenze disponibili, e dei fatti obiettivi sicuramente conosciuti, poiché con l'espressione del voto i creditori non sono chiamati a compiere un atto di fede, ma una scelta razionale e consapevole, che ha come retroterra la comparazione fra il soddisfacimento che riceverebbero dal fallimento, e quello prospettato dal debitore, se è plausibile e ragionevole che esso si realizzi. Per questo la convenienza per il creditore presuppone la fattibilità²⁸.

Il ragionamento viene ripreso e sviluppato anche da un illustre autore²⁹,

²⁶ Tribunale di Firenze 18/01/2012, in www.ilcaso.it.

²⁷ Tribunale di Firenze 18/01/2012, cit.

²⁸ D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., 740-741.

²⁹ G. Bozza, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., 188.

a commento della sentenza della Cassazione n. 21860/2010³⁰, affermando che occorre non confondere, come ha fatto invece la Suprema Corte nella sentenza, i due concetti di convenienza della proposta e della fattibilità del piano in essa contenuto, in quanto quest'ultimo si pone come un presupposto della valutazione di convenienza, nel senso che i creditori per valutare se una proposta sia o meno a loro favorevole, devono poter confidare sulla attuabilità del programma che la sorregge. E se è vero che i creditori sicuramente si faranno un'idea in ordine appunto alla fattibilità del programma che dà forma alla proposta di concordato, ciò non toglie che la stessa valutazione sulla fattibilità possa e debba essere svolta previamente dal giudice che in tal modo evita procedure inutili e impedisce accordi fraudolenti, consentendo all'istituto del concordato preventivo di svolgere la sua funzione propria, che è quella di regolare in modo concordata la crisi dell'imprenditore e non già di essere uno strumento dilatorio del fallimento, ed evitare, quindi, che esso diventi un moltiplicatore degli effetti negativi dell'insolvenza, obiettivi questi che rispondono ad interessi pubblicistici che possono esser tutelati soltanto attribuendo all'autorità giudiziaria un compito di vigilanza sulla trasparenza dell'operazione che si sostanzia in una verifica della correttezza dei dati che diano garanzia di tenuta in ordine alla realizzazione e della fondatezza del giudizio di realizzabilità del piano³¹.

La convenienza attiene al merito della proposta ed è riservata ai creditori, la fattibilità, invece, si traduce in un giudizio prognostico circa la effettiva conseguibilità degli obiettivi pianificati, da cui esula qualsiasi giudizio di merito se quella soluzione pianificata sia la migliore, ed è suscettibile di essere valutata dal Giudice³².

³⁰ La Suprema Corte è tornata ad affrontare il tema del controllo del tribunale nella fase dell'omologazione nelle sentenze n. 18987/2011 e n. 18864/2011, in *Fall.*, 2012, 36 ss, con nota di A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del Tribunale*, *ivi*, 42 ss. Per una efficace sintesi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, L. Salvato, nota a Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 2011, in *Fall.*, 2012, 437 ss.

³¹ G. Bozza, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., 188.

³² G. Bozza, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., 188. Sulla scia della sentenza della Cassazione n. 21860/2010, anche la Corte d'Appello di Genova, decreto del

E, volendo partire dal senso proprio delle parole, mentre la convenienza ha a che fare con il concetto di tornaconto, utilità e vantaggio, la fattibilità esprime quello della possibilità di poter fare qualcosa che, nell'ambito della progettazione futura di come uscire dallo stato di crisi dell'impresa, implica uno studio volto a definire se un programma o un progetto o un'idea di massima può essere realizzato dal punto di vista tecnico e giuridico e se il risultato risulta conveniente dal punto di vista economico. E tale studio si basa su delle valutazioni, più che su elementi certi, per cui si devono adottare criteri chiari e trasparenti, in modo da garantire l'obiettività dello studio e dei suoi risultati.

Il prodotto finale dello studio è costituito da un insieme di conclusioni e di raccomandazioni sulla possibile realizzazione e sulla delimitazione degli ambiti, eventualmente offrendo indicazioni utili a orientarne le priorità, le linee di azione, le strategie e le modalità di lavoro, tutti elementi che il legislatore ha voluto racchiudere in una relazione qualificata redatta da un professionista esperto i cui requisiti sono specificamente individuati. A ciò è volta la relazione *ex art. 161 l.f.* e non certo ad attestare la convenienza della proposta concordataria che è del tutto rimessa alla discrezionale valutazione del ceto creditorio.

Se così è, allora allo stesso modo il Tribunale potrà rilevare la non fattibilità del piano, non essendo ragionevole che ciò possa essere fatto da un perito di parte prima dell'ammissione e non dagli organi della giustizia durante la fase di una procedura incardinata presso il tribunale, proprio per le garanzie che esso offre. Viceversa, sulla convenienza non potrà essere espresso alcun giudizio, tranne che nelle ipotesi espressamente prevista dal legislatore nell'art. 180 l.f..

Ed ancora, il ragionamento è ancora più convincente soffermandosi a guardare cosa accade nella pratica dal punto di vista procedimentale e

15/12/2011, dep. il 23/12/2011, in www.unijuris.it, ha finito per assimilare i due concetti di convenienza e fattibilità, concludendo che: “nella fattispecie, non appartenendo i reclamanti ad una classe dissenziente, non è dato valutare né la convenienza del piano concordatario né la fattibilità dello stesso”.

sostanziale. Ipotizziamo³³ di essere un creditore di una società che deposita domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale ai primi del mese di giugno 2011, con un piano del concordato redatto in base ai dati contabili al 31/03/2011, corredato dalle attestazioni di cui agli articoli 161 e 160 l.f.

Il Tribunale ammette la società al concordato preventivo a fine settembre 2011, determinando nel decreto di ammissione la somma che deve essere depositata entro i quindici giorni successivi alla comunicazione del provvedimento.

La società provvede parzialmente ed il commissario giudiziale effettua la segnalazione *ex art.* 173 l.f.; nelle more che il Tribunale si riunisca in Camera di Consiglio per deliberare la revoca della procedura, la società effettua l'integrazione della somma, come fissata dal Tribunale. Il commissario giudiziale chiede un differimento dell'adunanza dei creditori essendo ormai alle porte, per poter effettuare gli opportuni accertamenti.

L'adunanza viene fissata a fine gennaio 2012.

Nel frattempo, nel mese di dicembre, la società chiede un nuovo differimento dell'adunanza dei creditori, che viene fissata a maggio 2012; pochi giorni prima dell'adunanza deposita una modifica strutturale della domanda, chiedendo un nuovo rinvio, che viene disposto per fine giugno.

I creditori vengono informati del contenuto della proposta di concordato nel mese di dicembre dalla comunicazione *ex art.* 171 l.f. predisposta dal commissario e successivamente con ulteriore comunicazione dell'aprile 2012, con la sintesi della nuova domanda.

Qual è l'interesse attuale del creditore a tale data? Certo non quello di essere notiziati circa la fattibilità di allora, attestata in una relazione ormai anziana di un anno, ma quello di ora, della prospettiva di recupero del proprio credito, delle modalità, e dei tempi.

Nelle more della procedura concordataria, i creditori, in realtà, non

³³ L'ipotesi è in realtà tratta da un caso di concordato preventivo incardinato presso il Tribunale di Prato, ed omologato con decreto dell'8 novembre 2012, inedito.

hanno nessun canale di informazione, oltre alla comunicazione *ex art.* 171 l.f.³⁴, in quanto la legge prevede il solo deposito in cancelleria³⁵ della relazione *ex art.* 172 l.f. entro tre giorni prima dell'adunanza, e l'esposizione orale durante l'assemblea, da parte del commissario medesimo, mentre non sono destinatari della relazione dell'attestatore *ex art.* 160 e 161 l.f., né risulta che i creditori possano accedere al fascicolo del tribunale per prenderne visione.

Inoltre, merita sottolineare il fatto che l'art. 172 l.f. testualmente dispone che la relazione debba riguardare gli argomenti appresso specificati: causa del dissesto; condotta del debitore; proposte di concordato; garanzie offerte. Il legislatore non chiede espressamente nemmeno al commissario di esprimersi nella relazione rivolta ai creditori circa la fattibilità delle proposte del debitore, eppure vi è unanimità in dottrina e giurisprudenza che il commissario non possa esimersi dall'analisi della fattibilità del piano del concordato e che di ciò debba essere data approfondita informazione ai creditori.

E ciò risponde ad un'esigenza sostanziale, quella cioè di monitorare il perdurare delle condizioni di ammissibilità della proposta concordataria, anche dopo l'apertura della procedura, come richiesto dall'art. 173, ultimo comma, l.f., da parte di un organo della procedura, che svolge un'attività ausiliaria a quella del giudice delegato, nella veste di pubblico ufficiale.

Se così è, allora la funzione della relazione *ex art.* 161 l.f. di fatto si esaurisce con l'ammissione alla procedura, in quanto essa raggiunge il suo

³⁴ Con l'entrata in vigore della legge n. 134/2012, il cancelliere deve pubblicare la domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, ai sensi del quinto comma dell'art. 161 l.f. La prassi rileverà l'utilità in concreto di tale disposizione, sia per i costi di accesso al documento pubblicato, sia per il dubbio che potrebbe generarsi se oggetto della pubblicazione debba essere solo la domanda, od anche la proposta ed il piano. Infatti, se la domanda viene redatta nella forma "con riserva", *ex art.* 161, comma 6, l.f., viene data immediata pubblicazione al ricorso, mentre nulla si dice sugli obblighi di pubblicazione al momento dell'effettivo deposito della proposta e del piano.

³⁵ Il legislatore sembra dimenticare che i creditori possono essere diffusi su tutto il territorio nazionale ed anche non nazionale e pertanto sarà quanto mai arduo che gli stessi possano recarsi in cancelleria fallimentare del Tribunale per avere informazioni circa le conclusioni formulate dal commissario nella relazione *ex art.* 172 l.f., mentre è rimesso alla sola discrezionalità del commissario voler anticiparle con altri mezzi e forme ai creditori che ne richiederanno copia. La L. n. 221/2012 ha finalmente introdotto al primo comma dell'art. 172 l.f. l'obbligo per il commissario giudiziale di comunicare a tutti i creditori la propria relazione a mezzo PEC nel termine di almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori.

scopo, essendo redatta su dati contabili che verosimilmente nella maggior parte dei casi sono datati rispetto alla situazione che il commissario chiederà alla data di apertura della procedura ed ancor più rispetto a quella che si avrà al momento dell'adunanza dei creditori³⁶. E' una relazione che per come è concepita dal legislatore diventa anziana nel giro di poco. Le valutazioni dell'attestatore sono una premessa logica rispetto allo svilupparsi di tutta la successiva procedura di concordato preventivo.

Il legislatore della riforma del 2012 ha posto un correttivo a questo meccanismo, statuendo al terzo comma dell'art. 161 l.f. che la relazione di attestazione deve essere presentata in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

La fattibilità dalla data di apertura alla data di omologa verrà verificata dagli organi della procedura, ossia dal commissario giudiziale e dal Tribunale al momento dell'omologa o qualora venga chiamato in causa *ex art. 173 l.f.* ed è proprio questa garanzia che mette i creditori nella possibilità di votare sulla convenienza o meno della proposta, dando per scontato che la stessa sia fattibile, giuridicamente ed economicamente, formalmente e sostanzialmente. E' fin troppo evidente, infatti, che i creditori non hanno gli strumenti necessari per sviscerare un punto chiave come quello della fattibilità, non potendo accedere a tutti i dati che, invece, devono essere messi a disposizione del commissario e del Tribunale.

Invece, la valutazione di convenienza è molto più immediata, perché entra in quella sfera discrezionale del creditore che sa se quella percentuale offerta di pagamento o quella determinata proposta di soddisfacimento corrisponde ad un suo reale interesse³⁷.

³⁶ Conferma l'esigenza di monitorare la fattibilità anche *in itinere* ed al momento conclusivo della procedura l'art. 12 della legge n. 3/12 sul sovraindebitamento, in quanto è previsto che una volta raggiunto l'accordo, trascorsi i dieci giorni previsti per eventuali contestazioni dei creditori, l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

³⁷ Al di là delle elaborazioni teoriche e dottrinali, il creditore si rivolge al commissario giudiziale chiedendo, essenzialmente, la misura in cui verrà pagato ed in quali tempi. Per dirla in altri termini, al creditore medio interessa il *quantum*, il *quando* e solo di riflesso il *quomodo*; nella prassi non viene mai chiesta al commissario copia della relazione *ex art. 161 l.f.*, né dal creditore "esperto" né

Ai sensi del secondo comma dell'art. 179 l.f., introdotto con la Legge n. 134/2012, quando il commissario giudiziario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 l.f. per modificare il voto.

L'emanazione del decreto di omologazione non consente di ritenere definitivamente risolto il problema della fattibilità del piano, in quanto la legge affida all'istituto della risoluzione del concordato *ex art.* 186 l.f. la tutela delle aspettative che legittimamente i creditori abbiano riposto nelle valutazioni del debitore e del commissario in ordine alle loro possibilità di soddisfacimento³⁸.

Alcuni spunti di riflessione sono offerti dalla lettura di alcuni decreti di omologazione, tra i quali, ad esempio, quello del Tribunale di Mantova 22/07/2010³⁹.

La proposta di concordato si fonda su un piano di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti che prevede sia la dismissione di alcuni cespiti mobiliari ed immobiliari, sia la prosecuzione dell'attività aziendale sulla base di un piano industriale da cui dovranno ricavarsi risorse da destinare al pagamento dei creditori concorsuali.

Il Tribunale in sede di omologazione:

- nomina il Liquidatore;
- dispone che il liquidatore entro sessanta giorni debba redigere il programma di liquidazione
- dispone che il programma di liquidazione sia sottoposto all'approvazione del comitato dei creditori,
- nomina il Comitato dei creditori;
- dispone che il liquidatore tenga informato il Commissario Giudiziale, il

tantomeno dal creditore inesperto di diritto concorsuale, che non conosce nemmeno l'esistenza di siffatta relazione, mentre, al contrario, molto più diffusamente viene chiesta copia della relazione *ex art.* 172 l.f., in quanto il commissario giudiziale è un organo della procedura e, in quanto tale, viene riposta maggior fiducia e credibilità nelle sue considerazioni e conclusioni.

³⁸ S. Ambrosini, *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2008, 533 ss.

³⁹ Tribunale di Mantova, 22 luglio 2010, in www.ilcaso.it, sez. I, giurisprudenza, doc. 2319/2010.

- comitato dei creditori ed il giudice delegato in ordine all'andamento della liquidazione, relazionando ogni semestre e, se richiesto dal Commissario giudiziale o dal Comitato dei Creditori, mediante riunioni alle quali parteciperà sempre anche il Commissario giudiziale;
- dispone che il commissario giudiziale sorvegli l'esecuzione del piano industriale di risanamento nonché la liquidazione e tenga informato il Giudice Delegato in ordine ad eventuali fatti dai quali possa derivare pregiudizio per i creditori, ivi compresi ingiustificati ritardi nelle operazioni di liquidazione;
 - dispone tutta una serie di obblighi informativi della società concordataria verso gli Organi della procedura, sia in merito alle verifiche sindacali, ai bilanci d'esercizio che in merito allo stato di avanzamento del piano di risanamento e su ogni evento che possa dar luogo ad un'alterazione del naturale programma di svolgimento del piano concordatario ed anche su ogni mutamento nella composizione degli organi di amministrazione e controllo della società;
 - dispone che il Commissario giudiziale, in caso rilevi importanti inadempimenti agli obblighi concordatari, informi i creditori ai fini dell'eventuale iniziativa a loro riservata ai sensi dell'art. 186 l.f.;
 - dispone in ordine alla gestione delle somme liquide realizzate dal liquidatore durante la fase esecutiva del concordato;
 - dispone che il liquidatore registri ogni operazione contabile in un apposito libro giornale previamente vidimato dal Giudice Delegato;
 - dispone che, per quanto attiene la fase liquidatoria, la nomina di avvocati, coadiutori e consulenti tecnici sia effettuata dal Liquidatore, previo parere del commissario giudiziale e del comitato dei creditori, dandone notizia al Giudice delegato almeno dieci giorni prima dell'affidamento dell'incarico, salvo ragioni d'urgenza;
 - dispone che il pagamento delle spese della procedura e dei crediti vengano effettuati dal liquidatore sulla base di piani di riparto dallo

stesso predisposti in ragione delle previsioni della proposta, nonché della collocazione e del grado dei crediti, e vistati, previo parere del Comitato dei creditori, dal commissario giudiziale e dal giudice delegato;

- dispone che il Commissario giudiziale, entro la fine del mese di gennaio di ciascun anno, riferisca al giudice delegato in ordine alla corretta effettuazione dei pagamenti ai creditori concordatari nel corso dell'anno precedente, in adempimento degli impegni assunti nella proposta concordataria;
- dispone che, ultimate le operazioni previste, il Commissario giudiziale e il liquidatore depositino i rispettivi rendiconti con modalità analoghe a quelle previste dall'art. 116 l.f.

Sorgono all'operatore della materia alcuni interrogativi e riflessioni critiche:

- il liquidatore redige un programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori. La società concordataria è del tutto estromessa dalla fase liquidatoria, però risponde dell'inadempimento;
- il piano del concordato viene integrato a posteriori e dopo l'approvazione dei creditori da un ulteriore programma, quello del liquidatore;
- il liquidatore trova nel decreto di omologa la fonte delle sue obbligazioni e delle sue eventuali responsabilità, ma il suo operato ha effetti sulla tenuta del piano del concordato, di cui però ne risponde il debitore;
- il debitore non è destinatario di alcuna informativa di aggiornamento sullo stato di avanzamento delle operazioni di liquidazione né può interferire sui piani di riparto e sulla distribuzione delle somme: però risponde dell'inadempimento;
- eventuali inadempimenti sono segnalati dal Giudice Delegato ed eventualmente ai creditori per esercitare azione di risoluzione: il

debitore rimane estraneo a questa comunicazione: potrebbe anche non essere a conoscenza della mancata esecuzione delle attività di liquidazione da parte del liquidatore,

- se il liquidatore nominato dal Tribunale è inerte, cosa può fare il debitore concordatario, per non subire l'azione di risoluzione?
- la proposta di concordato accettata dai creditori può essere attuata in base ad un piano diverso? Se il debitore offre il pagamento del 10% ai creditori tramite cessione dei beni, e poi invece realizza lo stesso risultato grazie all'apporto di risorse esterne, il concordato può essere risolto? E nella opposta ipotesi?

Per rispondere a questi interrogativi e comprendere appieno l'esegesi dell'art. 186 l.f. come riformulato dal D. Lgs. 12 settembre 2007 n. 169, può essere opportuno ricordare quale fosse lo stato dell'arte nella vigenza della precedente disciplina⁴⁰.

1.1 La disciplina della risoluzione del concordato preventivo prevista dal R.D. n. 267/1942⁴¹ nel testo vigente per le procedure dichiarate sino al 16 luglio 2006

⁴⁰ G. B. Nardecchia, *Inattuazione del concordato e risoluzione*, relazione all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Il concordato preventivo", tenutosi a Roma, il 12-14 settembre 2011, 4, inedita.

⁴¹ Art. 186 L.F. Risoluzione e annullamento del concordato, testo normativo vigente per le procedure dichiarate dal 17 marzo 2005, con le modifiche introdotte dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005 n. 80: "Si applicano al concordato preventivo le disposizioni degli articoli 137 e 138, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale. Nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell'articolo 160, comma secondo, n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento. Con la sentenza che risolve o annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento".

Art. 137 L.F. Risoluzione del concordato, testo normativo vigente per le procedure dichiarate dal 17 marzo 2005, con le modifiche introdotte dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005 n. 80: "Se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il fallito non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dalla sentenza di omologazione, il curatore deve riferirne al tribunale. Questo ordina la comparizione del fallito e dei fideiussori, se ve ne sono, e con sentenza emessa in camera di consiglio e non soggetta a gravame, pronunzia la risoluzione del concordato. Nello stesso modo provvede il tribunale su ricorso di uno o più creditori o anche d'ufficio.

Con la sentenza che risolve il concordato, il tribunale riapre la procedura di fallimento.

La risoluzione non può essere pronunziata trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento stabilito nel concordato.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato siano stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore".

L'istanza per la risoluzione del concordato preventivo presentata prima del 16 luglio 2006 era così disciplinata⁴²:

- Legittimazione: legittimati a presentare l'istanza di risoluzione del concordato preventivo erano il commissario giudiziale, i creditori od il Tribunale d'ufficio.
- Procedura: si svolgeva in camera di consiglio alla presenza del debitore, a cui l'istanza per la risoluzione doveva essere comunicata.
- Esito: in caso di rigetto dell'istanza, l'istante poteva proporre contro il decreto reclamo avanti a Corte d'Appello *ex art. 22*; in caso di accoglimento, il Tribunale doveva pronunciare sentenza di risoluzione⁴³ e contestuale dichiarazione di fallimento, avverso la quale poteva essere proposta opposizione *ex art. 18 L.F.*.
- Tempistica: la risoluzione non poteva essere pronunciata trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento stabilito nel concordato.

Il presupposto della risoluzione del concordato con garanzia era dato dalla mancata costituzione delle garanzie offerte e dal mancato adempimento da parte del debitore degli obblighi assunti con la proposta e come fissati nella sentenza di omologazione⁴⁴.

La risoluzione poteva essere chiesta dai creditori privilegiati e chirografari (ma non dal debitore concordatario) e poteva essere pronunciata anche d'ufficio. Trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento stabilito nel concordato, l'imprenditore inadempiente non era più assoggettabile a fallimento; mentre era discusso se, presentata istanza di risoluzione da parte di uno o più creditori per il loro mancato pagamento nei termini fissati dalla proposta di concordato, il debitore potesse evitare la

⁴² G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e ... futuro*, nota a commento di Tribunale di Roma 14 marzo 2007, in *Fall.*, n. 10/2007, 1205 ss.

⁴³ La sentenza era il provvedimento che, in caso di accoglimento dell'istanza di risoluzione, era espressamente previsto dall'art. 186, III co., e dall'art. 187, II co., L.F., come conclusivo della procedura di risoluzione sia del concordato fallimentare che del concordato preventivo. Non si poneva, quindi, alcun problema di coordinamento tra le due norme.

⁴⁴ B. Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Ipsoa, 1981, 166-167.

risoluzione, provvedendo tardivamente⁴⁵.

L'art. 186 l.f. escludeva la risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni se dalla liquidazione dei beni fosse ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento, e non mancò chi lamentò la “pericolosità per i creditori di questo secondo tipo di concordato preventivo”, la cui introduzione nell'ordinamento italiano aveva “fornito ai callidi profittatori delle proprie e delle altrui disgrazie un comodo espediente per evitare il fallimento, dietro il pagamento di una modesta, se non addirittura inesistente, percentuale”⁴⁶.

E sempre più spesso la giurisprudenza manifestò palesi resistenze all'omologazione di questo tipo di concordato, a meno che la domanda di ammissione alla procedura non fosse assistita da garanzie reali o personali dirette ad assicurare il soddisfacimento dei creditori nella misura minima richiesta dalla legge, ovvero non fosse corredata da elementi certi di valutazione della convenienza dell'offerta fatta ai creditori⁴⁷, che i tribunali si erano fatti carico di escogitare per ridurre il margine di rischio per i creditori, quali quello di richiedere la predeterminazione dei prezzi di cessione dei beni, o almeno di quelli di maggior valore, a soggetti acquirenti già individuati.

Tre opinioni si contendevano il campo circa la portata della norma contenuta nell'art. 186, secondo comma, l.f.:

- a) il concordato con cessione dei beni non si risolveva neppure se in sede di liquidazione degli stessi fosse ricavata una somma non sufficiente a pagare integralmente i creditori privilegiati e ciò perché l'unico adempimento in esso previsto è la cessione dei beni;
- b) il concordato preventivo si risolveva se non venivano soddisfatti almeno i creditori privilegiati;
- c) la risoluzione era ammessa nel caso in cui, una volta pagati i creditori

⁴⁵ In senso affermativo, Tribunale di Milano, 20 gennaio 1977 in *Dir. fall.*, 1977, II, 536; Tribunale di Roma, 31 luglio 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, 640; Corte Appello Roma, 7 marzo 1966, in *Dir. Fall.*, 1966, II, 290.

⁴⁶ A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna- Roma, 1979, 32.

⁴⁷ G. B. Nardecchia, *Inattuazione del concordato e risoluzione*, relazione all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema “*Il concordato preventivo*”, cit., 4.

privilegiati, non fosse stata corrisposta una qualsiasi, benchè minima, percentuale ai creditori chirografari.

Quest'ultima interpretazione fu quella accolta dalla Suprema Corte⁴⁸.

L'altro punto critico fu quello di stabilire quando dovesse essere dichiarata la risoluzione del concordato, ovvero, se solo una volta concluse completamente le operazioni di liquidazione od anche prima, quando si aveva già la certezza che comunque dalla liquidazione dei beni non sarà realizzato quanto necessario per il soddisfacimento integrale dei privilegiati e la corresponsione di una percentuale, anche minima, ai chirografari. In questo senso si era espressa la Corte di Cassazione⁴⁹.

Il concordato si risolveva senz'altro se il debitore non consegnava, anche in parte, i beni al liquidatore o se sugli stessi fossero gravati diritti di terzi che ne avrebbero pregiudicato la disponibilità.

Nella concezione accolta dalla giurisprudenza⁵⁰, la cessione dei beni ai creditori, quale particolare modo di attuazione del concordato preventivo, “era inquadrabile nell'ambito della *cessio bonorum* regolata dagli artt. 1977 ss c.c. e si sostanziava in un mandato irrevocabile a gestire e liquidare i beni del debitore, senza alcuna efficacia traslativa della proprietà, mandato con il quale si conferiva agli organi della procedura la legittimazione a disporre dei beni dell'imprenditore, al fine di soddisfare il ceto creditorio”⁵¹, e, conseguentemente, si applicavano alla fattispecie le disposizioni in tema di risoluzione previste per lo schema negoziale di cui all'art. 1977 c.c., pur con i dovuti adattamenti, generati dall'impossibilità di inquadrare il concordato preventivo in un'ottica esclusivamente contrattualistica⁵².

⁴⁸ Cass. 6 settembre 1974 n. 2423 in *Dir. fall.*, 1975, II, 530 e Cass. 28 settembre 2005 n. 18945 in *Giust. civ. mass.*, 2005, 9.

⁴⁹ Cass. 25 marzo 1976 n. 1073, in *Foro it.*, 1977, I, col. 2023.

⁵⁰ Così Cass. 1 giugno 1999 n. 5306 in *Fall.*, 2000, 486; Cass. 21 gennaio 1993 n. 709, in *Fall.*, 1993, 807.

⁵¹ G. B. Nardecchia, *Inattuazione del concordato e risoluzione*, relazione all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema “*Il concordato preventivo*”, cit., 5.

⁵² Cass. 18 dicembre 1991 n. 13626 in *Giust. civ. mass.*, 1991, 12; Cass. 16 aprile 1996 n. 3588, in *Fall.*, 1996, 1189.

1.2 La disciplina della risoluzione del concordato preventivo prevista dal R.D. n. 267/1942 nel testo vigente per le procedure dichiarate dal 16 luglio 2006⁵³

Il primo intervento del legislatore di riforma della disciplina della risoluzione del concordato preventivo e fallimentare è quello del 2006, in cui è stato emanato il D. Lgs. n. 5/2006, entrato in vigore il 16 luglio del 2006⁵⁴; i

⁵³ Art. 186 L.F. Risoluzione e annullamento del concordato, testo normativo vigente per le procedure dichiarate dal 16 luglio 2006, con le modifiche introdotte dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5: “*Si applicano al concordato preventivo le disposizioni degli articoli 137 e 138, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale. Nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell’articolo 160, comma secondo, n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento. Con la sentenza che risolve o annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento*”.

⁵⁴ Questioni di diritto processuale sono sorte a seguito dell’entrata in vigore della riforma della legge fallimentare del 2006 (D. Lgs. n. 5/2006), che ha modificato l’art. 137 L.F., e cioè la norma a cui rinvia l’art. 186 L.F., che in tale occasione rimase invariato. Il legislatore è tornato ad intervenire sulla materia di cui si discute nel 2007, con il D. Lgs. 169/2007 (cd. decreto correttivo), che ha risolto alcune questioni interpretative, ponendone però di nuove e complesse.

Infatti, l’art. 186 L.F., sino all’entrata in vigore del D. Lgs. n. 169/07 in ordine ai soggetti legittimati a richiedere la risoluzione del concordato, rinviava alla previsione dell’art. 137 l.f. che, dettato in tema di risoluzione del concordato fallimentare, individuava detti soggetti nel Commissario Giudiziale ovvero nel Tribunale su segnalazione di uno o più creditori ovvero d’ufficio. Con il D. Lgs. n. 169/07 è stato modificato l’art. 186 l.f. e, eliminato il richiamo all’art. 137 l.f., si è attribuito solo ai creditori la legittimazione a richiedere la risoluzione del concordato preventivo. Il D. Lgs. n. 169/07 è entrato in vigore il 1° gennaio 2008 e si applica, in virtù dell’espressa disciplina transitoria contenuta nell’art. 22 solo “*alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore*”. E’ sorta la questione del se, ed in che termini, andasse effettuato il coordinamento fra la nuova e la previgente normativa, nel caso in cui venga risolto, sotto il vigore della nuova normativa, un concordato preventivo omologato prima dell’entrata in vigore della riforma, e quindi di stabilire se alle fattispecie di concordati preventivi omologati prima e dopo l’entrata in vigore del D. Lgs. n. 169/2007 siano applicabili gli articoli 186 e 137 l.f. nei testi anteriori rispetto alla novella apportata dal D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (che, rispettivamente con gli articoli 17, comma 1 e 9, comma 10, ha riscritto entrambe le disposizioni), ovvero nei testi attualmente vigenti, quali risultanti dalla suddetta novella. Si ritiene che, attivato il giudizio di risoluzione del concordato preventivo dopo l’entrata in vigore del D. Lgs. del 2007, sono proprio le norme modificate da tale decreto legislativo a doversi applicare, mentre il disposto dell’art. 22, II co., non influenza in alcun modo tale procedimento. In questo senso, Corte Appello Catania n. 1234 del 11/11/2010, in www.ilcaso.it; Tribunale di Salerno 4 dicembre 2007, in www.ilcaso.it; Tribunale di Mantova, 4 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Tribunale di Pistoia 17 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Tribunale di Perugia, 18 luglio 2011, in www.ilcaso.it.

Confermano l’applicabilità alla risoluzione del concordato della novella di cui al D. Lgs. n. 169/07, le considerazioni svolte a regolazione del dato normativo intertemporale riguardante l’impugnazione della sentenza di fallimento, dalla nota pronuncia resa da Cass. n. 7471 del 20/03/2008, in www.leggiditalia.it, secondo cui finanche nell’ipotesi di transito dalla fase prefallimentare a quella fallimentare, apertasi con la sentenza dichiarativa di fallimento, è da individuare una demarcazione che comporta che debba applicarsi, nell’incedere delle modifiche normative, alla procedura fallimentare il regime esistente al momento della sua apertura con la sentenza di fallimento e non anche quello vigente alla richiesta di fallimento. In particolare, il Giudice di legittimità, in tale sede, ha rilevato che “il fallimento, infatti, nel suo complesso non rappresenta un processo contenzioso ordinario. Tanto meno è qualificabile come un *unicum* che ha inizio col ricorso di fallimento e si conclude col decreto di chiusura della procedura concorsuale”, ed ha aggiunto che “la fase prefallimentare, dunque, ancora regolata nel suo svolgimento secondo il rito abrogato, si chiude, per

tratti salienti possono essere così sintetizzati:

- Legittimazione: legittimati a presentare l'istanza di risoluzione sono il commissario giudiziale, i creditori, il Comitato dei Creditori (in caso di concordato preventivo con cessione dei beni, se nominato ai sensi dell'art. 182 L.F.) e lo stesso Tribunale d'ufficio.
- Procedura: disciplinata dal novellato art. 26 l.f..
- Esito: il novellato art. 137 L.F.⁵⁵, commi 2 e 3 dispone che, in caso di accoglimento dell'istanza, il tribunale deve provvedere con decreto reclamabile avanti la Corte d'Appello, ex art. 131 l.f.; l'invariato art. 186 l.f., invece, continua a disporre che, in caso di accoglimento dell'istanza, il Tribunale pronuncia sentenza con la quale risolve il concordato e, contestualmente, dichiara il fallimento. Con l'entrata in vigore della riforma del 2006, si è venuta a creare una frattura tra le due normative, prima unitarie.
- Tempistica: il novellato art. 137, quarto comma, L.F. dispone che l'istanza per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato; quindi, il *dies a quo* è stato spostato dalla sentenza al ricorso.

quel che rileva in questa sede, con la sentenza di fallimento, che la definisce conclusivamente e, siccome rappresenta un atto processuale nuovo, se viene emessa nel vigore della riforma, deve rispettare, sia nella forma che nel contenuto, il nuovo dettato normativo (...) dal momento che da essa origina, in ragione della sua indicata duplice funzione, la fase concorsuale che, non rappresentando né lo sviluppo né la proiezione della fase istruttoria, è perciò destinata ad avere un suo svolgimento autonomo e differenziato, secondo il principio *tempus regit actum*".

⁵⁵ Art. 137 L.F. Risoluzione del concordato, testo normativo vigente per le procedure dichiarate dal 16 luglio 2006, con le modifiche introdotte dal D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5: "*Se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione, il curatore e il comitato dei creditori devono riferirne al tribunale. Questo procede a norma dell'articolo 26, sesto, settimo e ottavo comma. Al procedimento partecipa anche l'eventuale garante. Nello stesso modo provvede il tribunale su ricorso di uno o più creditori o anche d'ufficio.*

Il decreto che risolve il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutivo. Il decreto è reclamabile ai sensi dell'articolo 131.

Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato siano stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

Non possono proporre istanza di risoluzione i creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell'articolo 124, non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato".

2. La disciplina della risoluzione del concordato preventivo prevista dall'art. 186 L.F. nel testo attualmente vigente

L'art. 186 l.f. è stato completamente riscritto dal decreto correttivo del 2007, il quale ha inoltre indirettamente inciso sulla norma, sul piano prevalentemente procedurale, mediante la modificazione anche degli articoli 137⁵⁶ e 138⁵⁷, che continuano ad essere ivi richiamati⁵⁸; esso così recita: “Ciascuno dei creditori può chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento.

Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza.

Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.

Le disposizioni che precedono non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

⁵⁶ Art. 137 L.F. Risoluzione del concordato

Se le garanzie promesse non vengono costituite o se il proponente non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dal concordato, ciascun creditore può chiederne la risoluzione.

Si applicano le disposizioni dell'articolo 15 in quanto compatibili.

Al procedimento è chiamato a partecipare anche l'eventuale garante.

La sentenza che risolve il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutivo.

La sentenza è reclamabile ai sensi dell'articolo 18.

Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti dal proponente o da uno o più creditori con liberazione immediata del debitore.

Non possono proporre istanza di risoluzione i creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell'articolo 124, non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato.

⁵⁷ Art. 138 L.F. Annullamento del concordato.

Il concordato omologato può essere annullato dal tribunale, su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Non è ammessa alcuna altra azione di nullità. Si procede a norma dell'articolo 137.

La sentenza che annulla il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutiva. Essa è reclamabile ai sensi dell'articolo 18.

Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

⁵⁸ M. Ferro, *La Legge fallimentare Commentario teorico-pratico*, a cura di, Cedam, Padova, 2008, 381 ss.

Si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale”.

L'intervento è stato complessivamente volto ad uniformare la disciplina con quella prevista per il concordato fallimentare ed a rendere applicabili alla risoluzione, in coerenza con la “accentuata natura privatistica” del concordato preventivo, i principi generali in materia di inadempimento contrattuale, in particolare, quello che subordina la risoluzione alla non scarsa importanza dell'inadempimento.

Nella prima direzione opera, essenzialmente, la eliminazione dell'originario secondo comma, dedicato al concordato con cessione dei beni e teso ad impedire la risoluzione in caso di soddisfazione dei chirografari in misura inferiore a quella minima legale allora prevista del 40%, giacchè l'uniformità della disciplina della risoluzione e annullamento del concordato preventivo con quella degli analoghi istituti nel concordato fallimentare era assicurata, anche in passato, all'integrale rinvio che l'art. 186, primo comma, operava agli articoli 137 e 138.

Nella seconda direzione operano i nuovi commi secondo e terzo, che contengono la definizione della fattispecie risolutoria, ancorandola all'inadempimento di non scarsa importanza e limitano la legittimazione ad agire per la risoluzione ai soli creditori, eliminando il potere officioso del tribunale di pronunciarla, eventualmente previa denuncia o segnalazione del Commissario Giudiziale e del Comitato dei Creditori, nonché di dichiarare il fallimento del debitore quale conseguenza automatica della risoluzione o dell'annullamento.

I primi due commi dell'art. 186 l.f. delineano *ex novo* la fattispecie di risoluzione del concordato preventivo, statuendo che la risoluzione può essere chiesta per inadempimento e che essa non può essere pronunciata se l'inadempimento ha scarsa importanza; non è stata introdotta una disciplina riservata ai casi in cui vi sia cessione dei beni.

Il venir meno di ogni disciplina differenziata e la vaghezza della nuova fattispecie, costituita dall'inadempimento di non scarsa importanza, senza alcuna ulteriore specificazione, impongono all'interprete di riempire il contenuto della formula normativa, anche attraverso il confronto, da un lato, con quella ancora oggi utilizzata nell'art. 137 l.f. (il non regolare adempimento degli obblighi derivanti dal concordato) e, dall'altro, con quella desumibile dalla disciplina generale posta dall'art. 1218 c.c. (inesatta esecuzione della prestazione imputabile al debitore), individuando il termine di confronto per valutare sia l'inadempimento, sia l'importanza dello stesso.

3. Il termine

Perché si possa parlare di inadempimento, occorre che la prestazione promessa ai creditori sia esigibile⁵⁹.

Ciò vuol dire che se la proposta prevede una precisa scansione temporale secondo cui verranno adempiuti gli atti indicati nel piano a soddisfacimento dei creditori, questi ultimi non potranno invocare l'art. 186 l.f. sino alla scadenza del termine.

Il problema sorge se il piano non prevede alcuna indicazione temporale in base alla realizzazione del piano, cosa che è assai frequente nel concordato concepito nella forma tradizionale della *cessio bonorum*, mentre è meno frequente nei concordati con garanzia, in cui nella prassi normalmente vengono indicati precisi termini per la costituzione delle stesse e per il conseguente pagamento dei creditori.

Una prima soluzione è quella di ritenere che con l'omologa della procedura, si ritenga immediatamente esigibile la prestazione "pattuita", facendo leva sull'abrogazione del termine dei sei mesi indicato nell'art. 160 l.f. *ante* riforma, nonché sulla provvisoria esecutività del decreto di omologazione.

⁵⁹ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 254.

Una seconda opinione, invece, ritiene che la lacuna debba essere colmata attingendo al diritto delle obbligazioni ed in particolare all'art. 1183 c.c. che prevede come regola generale che: “se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente”.

Tale norma prosegue, aggiungendo, poi, come deroga alla regola generale che: “Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice”, e, al secondo comma, che “se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta egualmente al giudice di stabilirlo secondo le circostanze”, mentre l'art. 1454 c.c., in materia di risoluzione per inadempimento, prevede che “Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto”.

E la Corte di Cassazione ha espresso con giurisprudenza costante il principio per cui l'obbligo di costituzione in mora *ex art.* 1454 c.c. può non essere necessario quando, valutate tutte le circostanze, di cui al primo comma, seconda parte, dell'art. 1183 c.c., sia decorso un congruo intervallo di tempo dalla conclusione del contratto, per cui possa ritenersi superato in concreto ogni limite di normale tolleranza⁶⁰.

Il punto, allora, è quello di stabilire se nel concordato preventivo possa trovare applicazione il principio della immediata esigibilità e del limite della normale tollerabilità, espresso dalla Suprema Corte.

Visto che il piano su cui si basa la proposta concordataria può prevedere le soluzioni più disparate per la soddisfazione dei crediti e la ristrutturazione dei debiti, la risposta non è univoca, ma dipende dall'oggetto dell'accordo tra debitore e creditori.

⁶⁰ Cass. 6 luglio 2009, n. 15796, in www.leggiditalia.it; Cass. 27 gennaio 2003, n. 1149 in www.leggiditalia.it.

In primo luogo, occorre distinguere il caso in cui le risorse per soddisfare i creditori siano già presenti nel patrimonio del debitore o del terzo assuntore da quelli in cui esse siano acquisite successivamente alla omologazione della procedura, per effetto della liquidazione o trasformazione del patrimonio del debitore medesimo. Infatti, in questi ultimi casi, è la struttura stessa della procedura che prevede che la liquidazione dei beni avvenga nella fase esecutiva, successiva alla definitività del decreto di omologazione della procedura e, pertanto, è fisiologico che alla omologazione la prestazione non divenga immediatamente esigibile, in quanto sino a quel momento, salvo eccezionali esigenze, non poteva essere avviata alcuna operazione propedeutica e necessaria per il soddisfacimento dei creditori⁶¹.

In concordati preventivi di siffatta natura, i creditori dovranno adire il giudice per chiedere la fissazione di un termine per l'adempimento, e solo dopo l'inutile decorso dello stesso, potrà essere applicato l'art. 186 l.f..

Sorge a questo punto l'interrogativo se il termine fissato dal giudice abbia l'effetto di rendere esigibile la prestazione solo per il creditore che lo abbia richiesto o, invece, per tutti i creditori (almeno di quelli per i quali è prevista la stessa modalità di soddisfazione).

Considerato che è individuabile un interesse comune alla massa dei creditori e che l'adempimento del concordato vada valutato avendo riguardo al complesso delle obbligazioni assunte dal debitore, appare preferibile ritenere che il decorso del termine fissato dal giudice, renderà esigibile tutti i crediti concordatari (o almeno tutti quelli accomunati dalla medesima modalità di soddisfacimento, indipendentemente dal *quantum*)⁶².

Una volta decorso inutilmente il termine per l'adempimento, il creditore potrà attivare lo strumento offerto dall'art. 186 l.f., ovvero quello di chiedere la risoluzione del concordato, subordinatamente al ricorrere del requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento; in caso contrario, non rimarrà che

⁶¹ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 256.

⁶² La scadenza del termine ha, come primo effetto, quello di determinare la cessazione della sospensione del corso degli interessi, che per i creditori chirografari decorre dal deposito del ricorso da parte del debitore, ai sensi dell'art. 55 l.f., richiamato dall'art. 169 l.f..

la strada dell'azione volta all'esatto adempimento della prestazione concordataria.

In ogni caso, il termine stabilito dal giudice sarebbe un *quid pluris* rispetto alle previsioni del piano della proposta concordataria; è da chiedersi, allora, se, una volta riconosciuto il diritto dei creditori di variare il piano per il tramite dell'intervento dell'autorità giudiziaria, non sia anche da riconoscere quello del debitore, prima della scadenza del termine, di chiedere una proroga, dedotte le opportune motivazioni⁶³.

Un'ultima questione riguarda la possibilità di prorogare o modificare il termine previsto nella proposta concordataria in fase esecutiva, cosa che, stante la immodificabilità della proposta dopo l'apertura delle operazioni di voto, sarebbe in prima battuta da scartare, ma che invece nella prassi potrebbe trovare anche soluzioni diverse, in quanto uno slittamento breve dell'adempimento per il creditore è sicuramente preferibile dall'intraprendere un'azione legale, di cui deve anticipare le spese, addossandosi l'alea comunque intrinseca ad ogni giudizio⁶⁴.

In definitiva, si può concludere che o il termine dell'adempimento è inserito all'interno della proposta concordataria, quale elemento essenziale, eventualmente anche indicando esplicitamente che il mancato rispetto in fase esecutiva darà automaticamente diritto ai creditori di chiedere la risoluzione, oppure sarà inserito in via meramente indicativa oppure potrà anche non esser previsto⁶⁵. Nel primo caso la valutazione dell'importanza dell'inadempimento

⁶³ Potrebbero esservi, ad esempio, trattative in corso o altri fatti o atti da cui dipenda il rispetto del termine. Oltretutto, il termine fissato dal giudice potrebbe esser incompatibile con la realizzazione del piano (come nel caso di concordati con cessione dei beni) perché, ad esempio, potrebbe essere troppo breve rispetto alle concrete esigenze del mercato.

⁶⁴ In questo ambito, sarà determinante la "normale tollerabilità" del ritardo nell'adempimento, come soggettivamente percepita da ogni singolo creditore.

⁶⁵ Come spesso accade nel concordato preventivo con cessione dei beni, essendo i pagamenti subordinati alla liquidazione dei beni, che può avere tempi di realizzazione solo ipotizzabili *ab origine*. Il che, come conclude S. Ambrosini, *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di "interferenza" tra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, in www.ilcaso.it, doc. 297/2012: "riflette puntualmente quell'ineludibile margine di alea che contraddistingue tutte le situazioni nelle quali si è chiamati a effettuare valutazioni prognostiche sui tempi e sul risultato dell'alienazione di beni, di qualsivoglia natura essi siano. D'altronde, pare che neppure la sfera di cristallo del matematico occultista britannico John Dee avesse dato, a dispetto dell'esistenza di un manuale di istruzioni per l'uso (*sic!*), grande prova di sé già nell'Inghilterra del XVI secolo...".

è stato fatto *ex ante* dalle “parti” stesse dell’accordo, ed il Tribunale chiamato ad esprimersi sulla risolubilità del concordato dovrà limitarsi a prenderne atto, in quanto è stato violato un termine ritenuto essenziale⁶⁶. Negli altri casi, il Tribunale dovrà, invece, indagare circa la scarsa importanza o meno dell’inadempimento. Ed il giudizio potrà avere l’effetto di dilatare ulteriormente il ritardo nell’adempimento, in quanto si incardina un vero e proprio procedimento, in cui il Tribunale può esercitare mezzi istruttori, dettati dal caso di specie, ed in cui i soggetti chiamati a dialogare tra loro sono i creditori, il debitore, ma, anche, il liquidatore ed il commissario giudiziale, anche se la presenza di questi ultimi non è obbligatoria, in un contraddittorio da cui possono scaturire quegli elementi determinanti per accogliere o meno l’istanza di risoluzione della procedura.

Nelle more del giudizio, tuttavia, il liquidatore giudiziale continuerà a portare avanti le operazioni in corso, eventualmente anche accogliendo le indicazioni del debitore, o quelle scaturenti dalle udienze davanti al Tribunale; di fatto, il piano del concordato si modifica per fatti concludenti. E forse, ciò che interessa davvero ai creditori che invocano la scadenza del termine quale elemento determinante perché venga dichiarata la risoluzione, altro non vogliono se non “pungolare” il debitore, o il liquidatore, stimolare la realizzazione di quanto previsto nel piano, essendo poi disponibili, però, nel giudizio di risoluzione, a stare un po’ “alla finestra”, non opponendosi ad eventuali proroghe o rinvii delle udienze ai fini di dare il tempo a chi di dovere di poter sbloccare la procedura e portarla a termine, invece che procedere con una risoluzione, che molto spesso non sarebbe di alcuna utilità pratica per i più⁶⁷.

⁶⁶ In una struttura simile alla clausola risolutiva espressa. Il debitore potrebbe inserire una clausola del genere anche per rendere maggiormente appetibile la proposta; infatti, da un lato offre ai creditori un’arma più efficace di quella offerta dal legislatore, derimendo a priori la questione dell’importanza dell’inadempimento; dall’altro, questo atteggiamento viene percepito come un segnale di affidabilità nelle prospettazioni del debitore stesso, che tanto è sicuro che il suo piano verrà realizzato, che non teme una clausola automatica di risoluzione.

⁶⁷ Si legge in dottrina che con la risoluzione i creditori tornerebbero titolari del loro credito per intero, venendo meno la falcidia concordataria. Ma nella maggior parte dei casi la “riespansione” del diritto sarebbe solo nominativa e nel fallimento successivo tornerebbe ad esser compresso non in sede di

Con l'entrata in vigore della legge n. 134/2012, e, quindi nelle procedure di concordato preventivo incardinate dall'11/09/2012, il piano deve necessariamente contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, il che semplifica in parte il discorso appena svolto, anche se la formula generica utilizzata dal legislatore sembra non escludere la possibilità dell'indicazione dell'arco temporale in cui è prevedibile l'adempimento della proposta, con l'enunciazione di un tempo minimo e di un tempo massimo, a condizione che la distanza tra i due estremi sia ragionevole e tale da permettere ai creditori l'espressione del voto in modo sufficientemente consapevole⁶⁸.

4. L'oggetto dell'inadempimento

L'inadempimento, anche nella procedura di concordato preventivo, così come nello specifico contesto del rapporto contrattuale litigioso, può presentarsi con mille volti diversi: in relazione alle circostanze di questo, alla natura della prestazione inadempita, alle modalità di condotta dell'inadempiente, alla situazione di controparte; può essere inadempimento radicale e definitivo, adempimento parziale, ritardo nell'adempire, adempimento qualitativamente difettoso⁶⁹. L'art. 186 tace circa l'oggetto dell'adempimento. E' di ausilio, tuttavia, il rinvio all'art. 137 l.f., che espressamente individua quale causa di risoluzione la condotta del debitore, consistente nell'inosservanza degli obblighi assunti nel piano concordatario. Rilevano in proposito⁷⁰:

- la mancata esecuzione delle azioni programmate per il soddisfacimento dei creditori (come ad esempio le operazioni di riorganizzazione della

ammissione al passivo, ma in sede di riparto dell'attivo, ottenendo un pagamento verosimilmente inferiore a quello scaturente dall'adempimento del concordato, poi invece risolto.

⁶⁸ S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, Sez. II, doc. n. 306/2012, 5.

⁶⁹ V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 955 ss.

⁷⁰ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009, 1107.

- società concordataria o l'emissione delle obbligazioni destinate ad essere attribuite ai creditori a titolo solutorio);
- l'inosservanza delle modalità esecutive previste dal piano (come, ad esempio, la mancata consegna al liquidatore giudiziale dei beni oggetto di cessione) o dal tribunale nel decreto di omologazione, quando la violazione possa ripercuotersi sul soddisfacimento dei creditori (così è per la mancata costituzione dei depositi per i creditori contestati) o, ancor prima, impedisca l'esercizio della sorveglianza sull'attività esecutiva;
 - la mancata realizzazione dei risultati soddisfattori indicati nel piano in modo vincolante, con riferimento sia ai creditori privilegiati sia a quelli chirografari, ed ai differenti trattamenti previsti in caso di formazione delle classi;
 - il mancato rispetto dei termini di pagamento stabiliti nel piano;
 - la mancata costituzione delle garanzie promesse, unica ipotesi tipica contemplata nell'art. 137 l.f.⁷¹, a cui rinvia l'ultimo comma dell'art. 186 l.f.

Ma un interrogativo sorge quando si voglia focalizzare sulla fonte da cui scaturiscono gli obblighi concordatari: è la proposta di concordato, è il piano su cui essa si fonda, ed ancora, può essere quel programma redatto dal liquidatore ai sensi dell'art. 182 l.f. o comunque quelle disposizioni integrative che rimangono fuori dall'accordo, pur andandolo ad integrare?

In dottrina, vi è chi ha sottolineato la distinzione tra proposta e piano, evidenziando come alla prima attengano i risultati da conseguire ed al secondo le azioni programmate per raggiungere quel risultato, affermando che “in sede di risoluzione i creditori possano, proprio, lamentare la sopravvenuta non

⁷¹ Come afferma G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 253, la formulazione della norma era strettamente collegata alla struttura vincolata del concordato fallimentare secondo la disciplina dell'art. 124 l.f. *ante riforma* e, di conseguenza, alla previsione di una proposta che prevedesse necessariamente l'indicazione della percentuale offerta ai creditori, l'indicazione del tempo di pagamento e la descrizione delle garanzie offerte per il pagamento dei creditori e le spese di procedura; impostazione oggi ribaltata dal momento che l'art. 124 l.f., così come l'art. 160 l.f., si apre con una formula di possibilità, che lascia il più ampio margine di discrezionalità al proponente il concordato per la sistemazione dell'insolvenza.

fattibilità del piano per dimostrare l'inadempimento della proposta di concordato"⁷².

E, riprendendo questa impostazione, un altro autore ha affermato che: "a ben vedere il profilo imprescindibile ai fini della risoluzione del concordato è l'inadempimento della proposta concordataria. Il creditore in sede di risoluzione può ben limitarsi ad eccepire il mancato rispetto della proposta negoziale formulata dal debitore, disinteressandosi del mancato rispetto delle modalità esecutive contenute nel piano.

L'aperta violazione del piano potrebbe non determinare la risoluzione del concordato perché il debitore è comunque stato in grado di soddisfare i creditori nei termini della proposta, così come l'osservanza del piano non è di certo ostativa alla risoluzione del concordato ove il debitore non abbia comunque adempiuto alla proposta.

L'inadempimento non riguarda il piano, le azioni programmate, anche perché, se così fosse, l'attenzione del tribunale dovrebbe incentrarsi sul comportamento del debitore e, quindi, sull'imputabilità dell'inadempimento"⁷³, requisito soggettivo che, invece, non costituisce oggetto del giudizio del Tribunale.

4.1 Nel concordato preventivo con garanzia

Il nuovo art. 160 l.f. non prevede più la forma del concordato preventivo con garanzia, quale unica alternativa a quella con cessione dei beni ai creditori, ma, al contrario, consente un ampio ventaglio di soluzioni, ciascuna delle quali arricchita dal fatto che il contenuto delle proposte da offrire ai creditori è divenuto quanto mai flessibile.

Ciò non esclude affatto che il debitore non possa comunque decidere di offrire garanzie, sì da rendere maggiormente appetibile per i suoi creditori la

⁷² M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 178.

⁷³ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 258-259.

proposta di concordato⁷⁴, che potranno essere tipiche, sia reali che personali, che atipiche, e che, secondo autorevole dottrina, dovranno non solo essere offerte, ma anche costituite, in quanto “sembra più logico convenire che i creditori, essendo la valutazione economica della proposta rimessa esclusivamente alle loro determinazioni, debbano disporre prima della votazione e dell’approvazione, di ogni elemento utile per desumere la serietà delle garanzie prestate”⁷⁵.

Circa l’equiparabilità o meno delle garanzie offerte dal debitore nell’ambito della proposta di concordato preventivo alla fidejussione di diritto comune, le Sezioni Unite della Cassazione⁷⁶ hanno ribadito l’orientamento consolidato⁷⁷ della Corte nel vigore della previgente disciplina, che negava l’equiparazione, in quanto esse sono costituite in funzione del concordato e non diventano efficaci senza la sentenza di omologazione, ribadendo quindi la loro specialità, trovando la loro causa e finalizzazione proprio alla realizzazione di quella soluzione concordataria della situazione debitoria del proponente. Pertanto, l’obbligazione del garante del concordato preventivo viene ad esistenza solo in quanto, e a partire dal momento in cui, approvata la proposta di concordato da parte dei creditori, la procedura venga poi omologata, il che esclude l’efficacia delle stesse al di fuori della procedura in cui sono inserite⁷⁸.

In dottrina non manca chi ha criticato questa conclusione, sostenendo, al contrario, che in realtà vi è identità di struttura e di funzione tra la garanzia prestata per l’adempimento delle obbligazioni del debitore nei limiti della proposta concordataria e la fidejussione disciplinata dagli artt. 1936 ss c.c., in quanto quest’ultima può avere fonte sia convenzionale che legale (definendo,

⁷⁴ M.R. Schiera, *Garanzie nel concordato*, in M. Ferro (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, Cedam, Padova 2010, 993.

⁷⁵ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008, 252 e 877.

⁷⁶ Cass. Sez. Un, 18 maggio 2009 n. 11396, in *Fall.*, 2009, 1386 ss, con nota di A. Patti, *Escussione delle garanzie nel concordato preventivo risolto e legittimazione dei singoli creditori*, *ivi*, 1390 ss.

⁷⁷ Cass. 30 dicembre 2005 n. 28878, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 7/8; Cass. 27 febbraio 2003, n. 2961, *ivi*, 2003, 406; Cass. 14 marzo 2001, n. 3670, in *Foro it.*, 2001, I, 2226; Cass. sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Giust. civ.*, 1997, 893.

⁷⁸ G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Ispoa, Milano, 2011, 17.

in realtà, l'art. 1936 c.c. il fideiussore) e parimenti garantisce un'obbligazione altrui, essendo il legislatore medesimo a qualificare fideiussore⁷⁹ il garante del concordato⁸⁰.

Inoltre, neppure la ontologica limitazione della garanzia prestata in funzione dell'adempimento del concordato alla sola percentuale concordataria sarebbe motivo ostativo all'assimilazione di questa alla fidejussione di diritto comune, in quanto l'art. 1941 c.c., secondo comma, prevede che la fidejussione possa essere prestata anche per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose, né la prestazione della prima in funzione del concordato e la sua vincolatività per effetto dell'omologa, poiché anche la fidejussione può essere sottoposta alla condizione risolutiva della mancata omologazione del concordato ovvero la sua efficacia essere sospensivamente condizionata ad essa⁸¹. Anzi, la medesima natura delle due garanzie si coordinerebbe “sistematicamente meglio con l'identità delle obbligazioni originarie del debitore e di quelle concordatarie, che non sono né diverse né autonome dalle prime, non operando l'omologazione alcun effetto novativo, posto che il concordato impegna soltanto i creditori chirografari a non richiedere al debitore la parte eccedente la percentuale chirografaria, ma non sostituisce un'obbligazione ad un'altra⁸²: ciò desumendosi dal silenzio del legislatore al riguardo, in relazione al principio di non presunzione della novazione (art. 1230, secondo comma, c.c.), né di sua derivazione da modificazioni accessorie (art. 1231 c.c.), nonché dalla regola di obbligatorietà per tutti i creditori anteriori e soprattutto di conservazione (contrariamente al principio di comunicazione a tutti i condebitori solidali, enunciato dall'art.

⁷⁹ L'art. 137, I co., l.f., nel testo *ante* riforma, espressamente richiamato dall'art. 186 l.f., prevedeva, infatti, nel procedimento di risoluzione del concordato fallimentare, la convocazione, da parte del Tribunale, anche dei fideiussori, se ve ne fossero; argomento che era stato valorizzato, in funzione argomentativa della persistenza delle garanzie anche dopo la risoluzione del concordato, da App. Bologna 26 aprile 1993, in *Fall.*, 1993, 1253.

⁸⁰ L. Panzani, *Risoluzione del concordato preventivo e sorte delle garanzie prestate*, in *Fall.*, 1997, 731.

⁸¹ L. Oliva, *Osservazioni a Cass. 30 dicembre 2005, n. 28878*, in *Fall.*, 2006, 917.

⁸² Così Cass. 3 aprile 1978, n. 1500, in *Foro it.*, 1979, I, 1241.

1300 c.c.) dei loro diritti, impregiudicati, nei confronti dei coobbligati (art. 184, primo comma l. fall.)⁸³.

Infine, la persistenza della garanzia alla risoluzione del concordato, attesa l'ordinaria operatività della fidejussione nell'ipotesi di risoluzione del contratto garantito, sarebbe, “per la sua natura privatistica tipica, in più armonica consonanza con la modulazione della procedura riformata, ispirata ad un maggiore favore per l'autonomia negoziale”⁸⁴.

Per diversa dottrina, invece, questa ultima interpretazione “non appare del tutto convincente dato che da una parte le garanzie possono assistere ogni forma di proposta, anche quella che preveda la consegna ai creditori di beni o strumenti finanziari *solutionis causa*, ipotesi in cui l'obbligazione originaria del debitore è sicuramente diversa da quella concordataria, dall'altra il riformato concordato preventivo, lungi da presentare caratteri prettamente e squisitamente privatistici, presenta una natura giuridica complessa in cui gli interessi di natura pubblicistica concorrono con quelli più spiccatamente contrattuali.

Le garanzie devono assistere tutti i crediti, non ritenendosi applicabile al concordato preventivo la limitazione di responsabilità dell'assuntore, in quanto la legge fallimentare la consente unicamente per il piano di concordato fallimentare proposto dal terzo, e ciò a fronte dell'impossibilità di un'applicazione analogica in presenza di una norma eccezionale, di una diversità di *ratio* fra le due fattispecie⁸⁵, e tale diversità di disciplina trova la sua origine nell'assenza nel concordato preventivo della verifica giudiziale dei crediti e della formazione dello stato passivo.

Infine, occorre sottolineare che la garanzia offerta ai creditori è una garanzia specifica ed aggiuntiva rispetto alla garanzia generica costituita, *ex*

⁸³ A. Patti, *Escussione delle garanzie nel concordato preventivo risolto e legittimazione dei singoli creditori*, cit. 1391-1392; si veda anche V. Napoleoni, *La sopravvivenza delle garanzie nella risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1993, 1258.

⁸⁴ A. Patti, *Escussione delle garanzie nel concordato preventivo risolto e legittimazione dei singoli creditori*, cit., 392; A. Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Ipsoa, Milano, 2009, 119 ss.

⁸⁵ G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 17-18.

art. 2740 c.c., dal patrimonio del debitore, che è naturalmente destinato al soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

4.2 Nel concordato preventivo con cessione dei beni

L'art. 182 l.f., come visto, si occupa dei provvedimenti in caso di cessione dei beni, prevedendo che “Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione”.

Il Tribunale di Mantova⁸⁶ ha così statuito nel decreto di omologazione di una procedura di concordato preventivo qualificata di risanamento, ma che prevedeva anche la cessione dei beni: “valutato che se la liquidità necessaria al soddisfacimento del debito concordatario deriva principalmente dalla prosecuzione, ancorchè ristrutturata, dell'attività d'impresa, è comunque altresì prevista la cessione dei beni (...) per cui l'esecuzione del concordato per questa parte deve venire affidata ad un Liquidatore giudiziale che il Collegio indica nella persona di ***, che dovrà attenersi alle disposizioni di seguito indicate”:

- entro sessanta giorni dovrà redigere programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori;
- dovrà tenere informato il Commissario giudiziale, il comitato dei creditori e il giudice delegato in ordine all'andamento della liquidazione, relazionando ogni semestre e se richiesto dal Commissario giudiziale o dal comitato dei creditori, mediante riunioni alle quali parteciperà sempre anche il commissario giudiziale.

Queste sintetiche disposizioni danno luogo ad una serie di interrogativi di non facile soluzione, a cui l'interprete deve cercare di dare una risposta, al momento in cui si verifichi inadempimento in un'ottica sistemica, che cerchi

⁸⁶ Tribunale di Mantova, 22 luglio 2010, in www.ilcaso.it, doc. 2319/2010.

di tener conto del disposto letterale della norma di cui all'art. 186 l.f., delle finalità del legislatore, degli interessi in gioco:

- come può conciliarsi la stesura del programma di liquidazione da parte del liquidatore con il piano della domanda predisposto dal debitore, su cui i creditori hanno espresso il loro consenso?
- Se il liquidatore non rispetta quanto indicato nel programma, si ha inadempimento?
- E' esso anche inadempimento del piano?
- E l'inadempimento del liquidatore è imputabile al debitore, che in questa fase ha un ruolo assai ridotto?
- Perché il tribunale non dispone che tra i destinatari dell'informativa di aggiornamento vi sia anche il debitore, che è l'interessato principe a che il concordato omologato arrivi alla sua completa esecuzione, ai fini di beneficiare dell'effetto esdebitatorio?
- Ed ancora, in caso di inerzia del liquidatore nominato dal Tribunale, cosa può fare il debitore?

Nel concordato preventivo con cessione dei beni si intrecciano due problematiche: è necessario dare forma all'oggetto dell'impegno assunto verso i creditori con indicazione di una percentuale di pagamento, che possa fungere da termine di paragone nella fase successiva ed esecutiva quale parametro ai fini di stabilire l'avvenuto inadempimento e la sua misura non scarsa?

Qual è il momento in cui può dirsi che dalla liquidazione dei beni non si otterranno le risorse necessarie per rispettare gli impegni fissati nella proposta di concordato preventivo?

Per rispondere a questi interrogativi, può essere opportuno prendere le mosse da quanto affermato dalla Suprema Corte⁸⁷, nella vigenza della precedente disciplina, a proposito di concordato con cessione dei beni.

Dopo aver ripercorso, infatti, le diverse teorie circa l'inquadramento giuridico del concordato preventivo con cessione dei beni, essa afferma che in

⁸⁷ Cass. 05/04/2000, n. 4177, in www.leggiditalia.it

ogni caso la soluzione in ordine alle conseguenze dell'inadempimento non può non dipendere dall'individuazione e dall'esame degli obblighi giuridici che, a seguito del concordato, gravano sul debitore, che i beni ha ceduto, e sul liquidatore che deve eseguire le opportune operazioni per la loro liquidazione, ricordando che la mera cessione non determina la liberazione del debitore, a meno che il concordato non contenga un'espressa clausola in tal senso, ma al contempo l'art. 186, comma 2, l.f., a differenza dell'art. 137 l.f. relativo al concordato in genere, pone dei limiti alla possibilità di ottenere la risoluzione per inadempimento, prevedendo che essa non possa essere dichiarata "se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al 40%". Su tale norma si è consolidato l'orientamento della Suprema Corte di interpretarla nel senso della risolubilità del concordato allorché non vengano soddisfatte le ragioni creditorie privilegiate ed, in una percentuale almeno minima, quella dei creditori chirografari, conseguenza che potrà essere verificata solo se risulti accertato che il debitore abbia la disponibilità materiale e giuridica dei beni offerti e l'inadempimento sia quindi frutto del suo comportamento ovvero se di detti beni abbia assicurato una consistenza superiore a quella reale.

In altre parole, il debitore, a seguito della cessione dei beni, ha assolto ai propri obblighi e non assume alcuna responsabilità sul risultato della liquidazione, non potendosi escludere, del resto, che l'esito negativo possa dipendere unicamente dall'operato del liquidatore giudiziale, che ha l'obbligo istituzionale di assolvere con diligenza all'incarico di realizzare il valore dei beni ceduti ai fini del riparto e di rendere il conto della propria attività di liquidazione.

Prosegue la Corte di Cassazione⁸⁸ sottolineando che nel concordato preventivo per cessione dei beni la legge non prevede alcun termine per la liquidazione ed il pagamento dei crediti e che la sua eventuale previsione nella sentenza di omologazione non può tradursi quindi in un ulteriore obbligo a carico del debitore che non ha più la disponibilità dei beni ceduti.

⁸⁸ Cass. 5 aprile 2000 n. 4177, cit.

Un tale termine, se previsto, riguarda invece la procedura, con la conseguenza che al suo rispetto deve ritenersi tenuto il liquidatore il quale potrebbe essere chiamato pertanto a rispondere dei danni eventualmente derivanti dalla sua inosservanza.

Per quanto riguarda la questione della necessità dell'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei creditori nella formulazione della proposta di concordato preventivo con cessione dei beni e se tale indicazione sia vincolante e costituisca l'oggetto dell'obbligo assunto dal debitore verso i creditori medesimi, si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione⁸⁹ in senso negativo, affermando che: “A parte l'imprevedibilità, in linea generale, di un onere di indicare in ogni caso la percentuale di soddisfacimento dei creditori a fronte di una pressochè infinita gamma di possibili articolazioni della proposta di concordato e quindi della possibilità di soluzioni che, anche coinvolgendo i creditori nella gestione dell'impresa attraverso l'attribuzione di quote di capitale, non consentono un'immediata quantificazione del risultato utile, e limitando il discorso all'ipotesi di cessione dei beni, è noto come la stessa consista nell'attribuzione ai creditori del potere di disporre, attraverso gli organi della procedura, dei beni dell'imprenditore e di rivalersi sul ricavato.

Nessuna specifica disposizione prevede espressamente l'onere di indicare la percentuale di soddisfacimento che, in esito alla liquidazione, i creditori otterranno, ma si può convenire con l'opinione secondo la quale tale indicazione, come quella relativa ai presumibili tempi della liquidazione, siano necessarie al fine della determinatezza e piena intelligibilità della proposta di concordato.

Ciò non significa, tuttavia, che in difetto di esplicita assunzione di un'obbligazione in tal senso, detta percentuale costituisca oggetto dell'obbligazione che il proponente si assume in quanto ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessario che il concordato assuma quantomeno la forma del

⁸⁹ Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in www.leggiditalia.it. Nello stesso senso Cass. SSUU 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.ilfallimentarista.it.

concordato misto nel quale la cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire ai creditori una percentuale minima di soddisfacimento. In realtà, oggetto dell'obbligazione può ben essere, e tale è in difetto di diversa ed inequivoca assunzione di responsabilità, unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, assumendo l'indicazione della percentuale unicamente una funzione chiarificatrice del presumibile risultato del completamento del piano di concordato. In altri termini, il proponente, ovviamente sulla base di dati concretamente apprezzabili, indica ai creditori la prospettiva che ritiene plausibile e questi, approvando la proposta, condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili (esecuzione singolare o collettiva in sede fallimentare)⁹⁰.

⁹⁰ In senso parzialmente difforme, si era espresso il Tribunale di Milano, 21 gennaio 2010, in www.ilcaso.it, sez. I – Giurisprudenza, doc. 2208/2010, affermando che la distinzione introdotta dalla nuova disciplina del concordato preventivo tra proposte che offrono la soddisfazione monetaria pura e semplice dei creditori e quelle che invece prevedono l'attribuzione di beni di altra natura, si riflette sul giudizio di fattibilità del concordato e sulla disciplina della sua risoluzione. Per le proposte del primo genere, la soglia da tener presente per la valutazione di eventuali scostamenti dalle previsioni sarà quella della scarsa importanza dell'inadempimento (identificabile nella misura di un quarto). Diversamente, per le proposte nelle quali ai creditori, in luogo del pagamento monetario, viene offerta l'attribuzione di un determinato bene in funzione della sua liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, lo spazio per una risoluzione del concordato appare più ristretto in considerazione del fatto che ai creditori viene trasferita l'alea relativa al realizzo del valore del bene prospettato nella proposta. Tuttavia, precisa che: "la proposta concordataria prevedente genericamente la cessione di tutte le attività ai creditori deve essere sempre accompagnata dall'indicazione della percentuale di pagamento che s'intende offrire ai creditori, in quanto la cessione dei beni rileva come modalità strumentale per il realizzo del soddisfacimento monetario dei crediti. In altri termini quando i beni sono ceduti in funzione della loro liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, l'oggetto dell'offerta è comunque la prestazione monetaria, sia pur modificata rispetto a quella originariamente dedotta nell'ambito del rapporto contrattuale, ed essa, ai fini del rispetto delle regole generali in materia di contratto ed in particolare di quelle attinenti all'oggetto del contratto ed alla formazione del consenso delle parti, deve essere esattamente determinata".

Qualora la proposta di concordato preventivo preveda il trasferimento ai creditori di beni materiali o di crediti verso terzi, l'indicazione nella proposta del valore di detti beni non costituisce promessa del pagamento della percentuale offerta ma solo uno degli elementi di descrizione, da considerarsi meramente orientativo, dei beni stessi. In tale ipotesi, infatti, i creditori, accettando la proposta di concordato che prevede una prestazione alternativa, accettano anche l'alea in ordine all'effettivo valore di realizzo di tale prestazione. Critico, rispetto alle conclusioni del Tribunale di Milano, G. La Croce, *Concordato preventivo e cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 ss cod. civ.*, in *Fall.*, 2010, 1316 ss, il quale rileva che: "In questo scenario ove la libertà delle forme e dei contenuti, con il loro molteplice combinarsi, delle possibili proposte concordatarie ai creditori è massima, con il solo limite della loro liceità, non può non trovare spazio legittimo la figura contrattuale disegnata dagli artt. 1977

In dottrina, alcuni autori hanno messo in dubbio la legittimità di una domanda di concordato preventivo con cessione dei beni, che non specifichi in modo determinato la percentuale da attribuire ai creditori, in quanto ciò andrebbe a svuotare di contenuto il requisito della fattibilità e renderebbe inapplicabile l'istituto della risoluzione *ex art. 186 l.f.*, in quanto in questa fattispecie il debitore assumerebbe l'unico obbligo della consegna dei beni al liquidatore e non anche quello di garantire il risultato concreto della liquidazione e, di conseguenza, la risoluzione sarebbe determinata esclusivamente dalle ipotesi residuali della mancata messa a disposizione, giuridica o materiale, dei beni. La proposta di concordato preventivo con *cessio bonorum*, dovrebbe, invece, indicare la percentuale offerta ai creditori, che sia la misura da essi considerata al momento della votazione come propria possibilità di recupero del credito⁹¹, tesi sostenuta anche da alcuni Tribunali di merito⁹².

Al contrario, altra dottrina sostiene che nei concordati preventivi di cui si discute, in cui la proposta preveda la cessione dei beni in funzione del soddisfacimento monetario dei creditori, il debitore abbia la facoltà, ma non l'obbligo, di indicare la percentuale di soddisfacimento degli stessi, e che, anche qualora essa venga indicata, essa sia solo un "dato previsionale cui consegue una situazione di aleatorietà sulla possibilità di soddisfazione effettiva, sia di entità superiore che inferiore a quella preventivata.

Il debitore deve quindi realisticamente contemplare il rischio del verificarsi di eventi imprevedibili ed indicare un range previsionale di soddisfazione dei creditori, che oscilli tra un minimo ed un massimo, a seconda di come evolvono le circostanze di fatto non immediatamente controllabili; ed anche formulare ipotesi alternative, a ciascuna delle quali sia

ss. c.c. nella quale, come abbiamo spiegato, la garanzia/offerta di una percentuale di soddisfacimento non costituisce uno degli elementi caratterizzanti quella figura contrattuale".

⁹¹ M. Vitiello, *Commento sub art. 186 l.fall.*, in G. Lo Cascio (diretto da), *Codice Commentato del fallimento*, Ipsoa, Milano, 2008, 1598; M. Ferro, *Commento sub art. 160 l.fall.*, *Condizioni per l'ammissione alla procedura*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2007, 1178-1180.

⁹² Tribunale di Piacenza, 23 giugno 2009, in www.ilcaso.it; Tribunale di Varese, 28 aprile 2006, in *Riv. dott. comm.*, 2007, 303.

legata una previsione di realizzo differente, purchè sia ben chiaro quale sia l'obiettivo minimo programmato"⁹³, percentuale che può essere espressa a forbice, in quanto risulta più realistico rispetto all'indicazione di una percentuale secca, ed "è più corretto e trasparente nei confronti degli stessi creditori, che in tal modo hanno fin dall'inizio la percezione dell'aleatorietà che caratterizza il contesto concordatario"⁹⁴.

E, nel caso in cui nessuna percentuale venga indicata, ovvero nessun obbligo specifico sia assunto al riguardo dal debitore, "la fattibilità del piano o l'eventuale risoluzione del concordato non saranno rapportate alla sola residuale ipotesi del mancato adempimento dell'obbligo alla cessione dei beni (sia con riferimento alla disponibilità materiale dei beni che alla loro disponibilità giuridica), dato che a tale obbligazione si aggiunge quella, sancita dall'art. 160 l. fall., che impone che tutti i crediti siano soddisfatti"⁹⁵ in una qualche misura. Logica conseguenza della mancata assunzione di responsabilità in ordine alla percentuale di pagamento a favore dei creditori per il tramite del realizzo della liquidazione dei beni messi a loro disposizione, sarebbe, per autorevole autore, "l'inapplicabilità dell'art. 186 alle ipotesi di scostamento, ancorchè sensibile, fra la percentuale menzionata nel ricorso e quella risultante a seguito dell'attività liquidatoria svolta in sede di esecuzione del concordato; e ciò indipendentemente dalla possibilità di predicare, nel nostro ordinamento, la configurabilità di una risoluzione disancorata dal

⁹³ G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 26; nello stesso senso D. Galletti, Commento *sub* art. 160 l. fall., in C. Cavallini (diretto da), *Commentario della legge fallimentare*, Egea, Milano, 2010, 361 ss; A. Audino, Commento *sub* art. 160 l. fall., in A. Maffei Alberti (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009, 921.

⁹⁴ S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 941 ss, nota 14 pag. 943, commento a Cass. 23 giugno 2011 n. 13817, *ivi*, 933 ss.

⁹⁵ G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 24. E, del resto anche nella cessione dei beni *ex art.* 1977 ss c.c., il debitore, salvo patto contrario, è liberato verso i creditori "solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione", con l'importante differenza, però, rispetto al concordato preventivo, che l'art. 1984 c.c. prevede che la liberazione sia limitata alla sola parte di credito soddisfatta, non ricorrendo l'effetto esdebitatorio collegato alla omologazione della procedura di concordato preventivo.

presupposto – indefettibile sul piano dei principi generali – dell’inadempimento colpevole (artt. 1218 e 1453 c.c.)”⁹⁶.

La Suprema Corte⁹⁷ è tornata ad affrontare la problematica di cui si discute, affermando che “la cessione dei beni e le altre operazioni, anche di ingegneria imprenditoriale e societaria, contemplate dall’art. 160 l.fall. costituiscono il mezzo e non il fine: onde, non possono essere disancorate dalla promessa di un risultato utile conseguibile, precisato o implicito in una percentuale di soddisfacimento, senza il quale la proposta del debitore diverrebbe aleatoria in senso giuridico, pur a fronte dell’effetto esdebitativo certo della falcidia concordataria”, impostazione che ha trovato accoglimento anche nella recente giurisprudenza di merito.

Il Tribunale di Milano si è così pronunciato⁹⁸: “non basti affatto a rendere ammissibile la proposta di concordato preventivo per cessione dei beni la semplice previsione di un qualunque possibile esito soddisfacente per i creditori chirografari e dunque in una misura percentuale semplicemente ipotizzata come possibile, ma non impegnativa.

Occorre invece la specifica assunzione di un ben quantificato obbligo di pagamento, non potendo il debitore traslare il rischio della liquidazione *sic et simpliciter* ed interamente in capo ai creditori”.

Il Tribunale di Milano⁹⁹, in sostanza, afferma che non può seguire dall’attuale formulazione dell’art. 160 l.f. la sua idoneità a giustificare un effetto esdebitatorio per *cessio bonorum* che il debitore formula ai suoi creditori, in quanto tale norma compie un elenco esemplificativo di varie modalità di articolazione delle proposte concordatarie, comprendendo tra esse, anche la cessione dei beni, ma nell’annoverare tra queste modalità anche la *cessio bonorum* recepisce tale strumento nella stessa configurazione con cui esso è disciplinato tipicamente dal codice civile o comunque senza conferire a

⁹⁶ S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 944.

⁹⁷ Cass. 30 giugno 2011 n. 18864 in www.leggiditalia.it.

⁹⁸ Tribunale di Milano decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo della Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor, del 27/10/2011, in www.ilcaso.it.

⁹⁹ Tribunale di Milano, 27/10/2011, cit.

tale figura, per quanto essa possa in ipotesi adattarsi nella prassi a forme atipiche, l'attitudine a derogare alla norma imperativa dell'art. 1984 c.c. (il quale così recita: "Se non vi è patto contrario, il debitore è liberato verso i creditori solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione, e nei limiti di quanto hanno ricevuto), atteso che la disciplina fallimentare non ripropone più una regola eccezionale analoga a quella contenuta nell'art. 186 l.f. *ante* decreto correttivo n. 169/2007 (Si ricorda che l'abrogato secondo comma di tale articolo stabiliva, in via eccezionale, che il concordato con cessione dei beni non poteva essere risolto, se dalla liquidazione fosse stata ricavata e poi ripartita tra i creditori chirografari una percentuale inferiore al quaranta per cento).

Infine, il Tribunale di Milano¹⁰⁰ evidenzia che, coerentemente con l'espunzione della regola eccezionale di cui al citato art. 186, secondo comma, l.f., il legislatore della riforma lo ha integrato, mutuando alcune disposizioni dalle norme generali in tema di risoluzione contrattuale, imponendo di valutare in concreto, di volta in volta, ai fini risolutivi del concordato, l'importanza dell'inadempimento, concetto ontologicamente relativo, che necessita di un termine di paragone sotto il profilo quantitativo per poter essere affermato o negato ("il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza"). In mancanza di una specifica obbligazione sul *quantum*, la proposta finirebbe sostanzialmente per sottendere una causa meramente aleatoria, traslando per intero il rischio del concordato sui creditori stessi, in violazione della detta norma imperativa che ammette il diritto dei creditori, in caso di grave inadempimento, a chiedere ed ottenere la risoluzione del concordato. Ma ciò renderebbe la proposta concordataria non sostenibile nemmeno sul piano della verifica di legittimità costituzionale, non risultando giustificabile un'espansione del principio maggioritario nell'ambito dei rapporti tra privati (peraltro in un contesto caratterizzato dal fatto che la "comunità" dei privati non nasce in modo

¹⁰⁰ Tribunale di Milano, 27/10/2011, cit.

volontario, ma quale conseguenza della situazione di crisi in cui venga a trovarsi il comune debitore) fino al punto da consentire alla maggioranza d'imporre alla minoranza una soluzione che comporti o possa comportare a svantaggio di quest'ultima il sacrificio totale di un diritto soggettivo, finanche senza alcuna controprestazione e senza alcuna possibilità di un rimedio successivo.

Pertanto, il Tribunale di Milano¹⁰¹ conclude che il debitore debba impegnarsi al pagamento di una determinata percentuale, deducendo a proprio carico il rischio di inadempimento di tale obbligazione, in tal modo sottraendosi alla regola di cui all'art. 1984 c.c. che contempla la sola esdebitazione parziale, potendo così giustificarsi sul piano causale la possibilità di ottenere tale totale esdebitazione per effetto della soggezione ad un rischio di risoluzione del concordato correlato proprio all'inadempimento rilevante dell'obbligazione di pagamento, a pena di inammissibilità della domanda stessa.

Il Tribunale di Firenze¹⁰², 18 aprile 2012, pur ritenendo di non dover prender posizione in ordine alla questione sull'effetto esdebitativo del concordato preventivo con cessione dei beni, questione rilevante in sede di risoluzione o annullamento del concordato medesimo, ha comunque ritenuto giusto “rilevare le criticità che emergono dal sistema delineato dal nuovo istituto del concordato preventivo, laddove ad uno spostamento della potestà decisoria in capo alla maggioranza dei creditori (nel punto di interesse costituito dal restringimento della legittimazione a domandare la risoluzione del concordato escludendo gli organi della procedura e la parte pubblica, ex art. 186 l. fall.) deve corrispondere, per una necessità di bilanciamento sottesa alla razionalità del sistema, un ampliamento alle garanzie codicistiche contrattuali”.

¹⁰¹ Tribunale di Milano, 27/10/2011, cit.

¹⁰² Tribunale di Firenze, 18 aprile 2012, in <http://istitutocuratorifallimentari.it>. Nella fattispecie analizzata dal Tribunale di Firenze, il proponente, nella versione definitiva della domanda di concordato, aveva garantito una percentuale minima di pagamento a favore dei chirografari, diventando la promessa di pagamento “patto di concordato a pena di risoluzione in caso di inadempimento”.

E se, come sopra ricordato, la Corte di Cassazione¹⁰³ nella sentenza 18864/2011 dimostra di ritenere sempre necessario, anche nel concordato con cessione dei beni, un preciso e determinato impegno di pagamento in una certa percentuale verso i creditori chirografari (da pagare tutti in un percentuale che comunque non appaia irrisoria, pena difetto di causa della soluzione concordataria proposta), individuando quale causa di nullità della proposta concordataria l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta, d'altra parte afferma che “quest'ultima evenienza è di particolare delicatezza, non dovendo essere confusa con la normale alea inscindibilmente connessa con la valutazione di fattibilità di qualsiasi iniziativa economica. Sotto questo profilo, se la realizzabilità è intesa come mera prognosi di adempimento di obbligazioni immuni da vizi genetici, assunte sulla base di una situazione patrimoniale veritiera, non v'è dubbio che il suo apprezzamento spetti esclusivamente ai creditori, indipendentemente dall'eventuale dissenso del giudice (Cass., sez. 1, 25 ottobre 2010, n. 21860)”.

Non si può non osservare che, per quanto possa essere encomiabile lo sforzo della giurisprudenza di sottrarre i creditori dall'integrale alea della liquidazione dei beni offerti dal debitore come mezzo per realizzare le somme necessarie per il loro soddisfacimento, almeno per il tramite della possibilità di agire in risoluzione *ex art. 186 l.f.*, in realtà il testo normativo non permette di imporre l'obbligatorietà dell'indicazione della percentuale offerta. Ciò alla luce anche del recente intervento legislativo, avvenuto con il “Decreto Sviluppo” n. 83/2012, convertito in L. 134/2012, con cui è stato precisato alla lettera e) dell'art. 161 l.f. che il piano deve contenere la analitica descrizione delle modalità e dei tempi della proposta, nulla dicendo in ordine alla necessità che debba essere precisata la percentuale di soddisfazione per i creditori nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni, né può farsi veicolare tale obbligatorietà per il tramite dell'espressione “modalità”, in quanto essa

¹⁰³ Cass. 30/06/2011 n. 18864, *cit.*

non può in alcun modo voler dire “entità” o “misura” del soddisfacimento, trattandosi di concetti oggettivamente diversi tra loro, attinenti il primo all’aspetto qualitativo ed il secondo a quello quantitativo¹⁰⁴.

Nel concordato preventivo con cessione dei beni, se il proponente non promette il conseguimento di una determinata percentuale ma prospetta, come solitamente accade, che dalla vendita degli stessi potrà ragionevolmente ricavarsi una somma che consentirà un presumibile grado di soddisfacimento dei creditori, è oggettivamente difficile che, in caso di mancato pagamento di quella percentuale prospettata, possa parlarsi di risoluzione, in quanto essa presuppone la sussistenza di un’obbligazione in tal senso rimasta inottemperata. Piuttosto, nella fase esecutiva deve porsi il problema di accertare se una qualche forma di inadempimento sussista e se sia di non scarsa importanza nonché del momento temporale in cui può dirsi che il soddisfacimento dei creditori, come preventivato nel piano su cui si è formata la maggioranza in sede di votazione, non abbia alcuna speranza di essere realizzato da parte dei creditori¹⁰⁵.

Un altro aspetto peculiare del concordato preventivo con cessione dei beni, infatti, è quello dei tempi di realizzazione dei pagamenti a favore dei creditori, in quanto essi dipendono dall’andamento della liquidazione dei beni, dalla cui vendita vengono realizzate le somme liquide necessarie per soddisfare i creditori medesimi. I tempi dei pagamenti, quindi, seguono i tempi della liquidazione del patrimonio del debitore, difficilmente preventivabili *ab origine*, e che possono rapidamente mutare rispetto alle originarie previsioni, a fronte del mutare della situazione economica o dei mercati di riferimento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, cit., 6.

¹⁰⁵ Sorge il dubbio, afferma A. Penta, (*La revoca dell’ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e fattibilità del piano*, in *Fall.*, 860 ss, nota 45 pag. 867) che, a rigore, in un concordato con *cessio bonorum* nella forma tradizionale, e quindi, in assenza di una vera e propria obbligazione assunta dal debitore, non sarebbe neppure configurabile un inadempimento, e, quindi, sarebbe difficilmente risolvibile il concordato preventivo con cessione dei beni, nell’ipotesi di mancato raggiungimento delle percentuali, tenuto altresì conto del fatto che non può ricorrersi all’istituto della risoluzione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta.

¹⁰⁶ G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 26-27. Il classico esempio è quello dei concordati preventivi basati sulla vendita di beni immobili, il cui mercato è crollato

Ed allora, quando si può dire che in un concordato preventivo il piano non è più fattibile, che il debitore non ha mantenuto fede all'obbligazione "pattuita" e, quindi, quando il creditore può chiedere la risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni?

La Suprema Corte¹⁰⁷ si è recentemente pronunciata, in linea con l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità sul tema¹⁰⁸, affermando che: "il concordato con cessione dei beni – salva previsione espressa di totale, immediata liberazione del debitore – deve essere risolto, a norma della L. Fall., art. 186, qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua naturale funzione in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavate dalla vendita dei beni ceduti siano insufficienti a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati. E' nella impossibilità, anche per cause sopravvenute, di attuare queste condizioni minime previste dalla legge fallimentare che deve ravvisarsi la ragione della risoluzione nel caso in esame, indipendentemente dalla colpa del debitore, il quale in effetti con la consegna dei beni ha esaurito la sua prestazione. Consegna che peraltro, in tale particolare modo di attuazione del concordato preventivo inquadrabile nell'ambito della normativa dettata dall'art. 1977 cod. civ., e segg., non comporta (salvo patto contrario) il trasferimento dei beni ceduti con la conseguente liberazione immediata del debitore, ma il trasferimento in favore degli organi della procedura concordataria della legittimazione (mandato irrevocabile) a disporre dei beni ceduti onde procedere alla loro liquidazione; e produce la liberazione del debitore, a norma dell'art. 1984 cod. civ., soltanto quando i creditori conseguono sul ricavato della liquidazione le somme loro spettanti".

drasticamente ed in modo repentino con la conseguenza che gli obiettivi di liquidazione originariamente ritenuti di facile e pronta conclusione, sono divenuti, nella fase esecutiva, invece, molto problematici se non addirittura irrealizzabili.

¹⁰⁷ Cass., 20 giugno 2011 n. 13446, in www.leggiditalia.it

¹⁰⁸ Cass. 13626/1991; Cass. 709/1993; Cass. 13357/2007; Cass. 7942/2010.

La fattispecie analizzata dalla Corte è relativa ad una procedura di concordato preventivo la cui proposta era stata formulata nella vigenza della precedente disciplina, che presupponeva l'integrale pagamento dei creditori privilegiati ed almeno il 40% dei creditori chirografari, fermo restando che l'art. 186 l.f. prevedeva la non risolubilità dei concordati preventivi con cessione dei beni, se dalla liquidazione degli stessi venivano ricavate somme inferiori alla soglia di cui all'art. 160 l.f.

Rimane da chiedersi se nel nuovo scenario legislativo, in cui è venuto meno, seppure a determinate condizioni, l'obbligo del pagamento dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione, il principio espresso dalla Suprema Corte possa comunque ritenersi valido.

Recentemente il Tribunale di Perugia¹⁰⁹, chiamato a decidere sulla risolubilità di un concordato preventivo con cessione dei beni, aperto nel 2003 e chiuso nel 2006, oltre ad avere optato per l'applicabilità al caso di specie dell'art. 186 l.f. nella formulazione introdotta dal D. lg.s 269/07, recepisce l'orientamento sopra ricordato della Suprema Corte, della risolubilità del concordato anche prima della liquidazione di tutti i beni, se esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto le somme ricavabili dalla vendita dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base a una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i privilegiati.

Anche il Tribunale di Benevento¹¹⁰, il quale è stato chiamato a pronunciarsi circa la risoluzione di un concordato preventivo aperto nel giugno 2009 e, quindi, già nella vigenza della legge fallimentare riformata, richiama esplicitamente l'orientamento tradizionale della Suprema Corte, e così conclude: “Alla luce delle argomentate deduzioni svolte dal Commissario Giudiziale, può fondatamente ritenersi che l'avvenuta risoluzione del presente concordato si fondi sulla presentazione di una situazione economica della

¹⁰⁹ Tribunale di Perugia 18 luglio 2011, in www.ilcaso.it.

¹¹⁰ Tribunale di Benevento, 1 febbraio 2012, in www.ilcaso.it

società del tutto diversa da quella reale, circostanza questa che ha tratto sicuramente in errore i creditori nel momento decisivo della formazione della volontà.

Né può ritenersi, in relazione alla causa negoziale, che i creditori chirografari possano aver accettato l'alea di un diverso esito, sotto il profilo dell'adempimento, rispetto a quanto loro proposto originariamente (100%).

Non può ritenersi “di non scarsa importanza” un inadempimento concordatario tanto grave (0%) da essere venuto meno alla sua funzione e da costituire, di fatto, una beffa per i creditori e una sorta di “espropriazione integrale” del loro diritto di credito”.

Pertanto, al di là dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati, che non è più sempre obbligatorio, stante quanto previsto dall'art. 160 l.f., ciò che conta è il raffronto tra l'effettiva esecuzione del piano del concordato, e ciò che sulla carta era stato prospettato ai creditori e dagli stessi votato: ciò permette di rilevare la importanza o meno dell'inadempimento e, soprattutto, se la procedura di concordato è venuta meno alla sua funzione, perché questo sembra essere il cuore del principio espresso dalla Suprema Corte, ed applicabile anche ai concordati preventivi con cessione dei beni, anche sotto la vigenza dell'attuale normativa.

In conclusione, il concordato preventivo con cessione dei beni è una fattispecie complessa, che ha in sé due diverse obbligazioni, l'una dipendente dall'altra: la prima è la consegna beni, nella situazione di fatto e di diritto descritta nella proposta di concordato; la seconda è quella di pagare le spese di giustizia, le prededuzioni ed i creditori, nella graduazione prevista nella proposta omologata.

Pertanto, in caso di adempimento della prima obbligazione, il creditore potrà chiedere la risoluzione qualora al termine delle operazioni di liquidazione non abbia ricevuto alcunchè, oppure, secondo la ricordata giurisprudenza, anche prima, quando la previsione più attendibile è quella del mancato pagamento di una seppur minima percentuale a favore dei creditori.

Ma, a parte valutare l'opportunità e convenienza, magari a distanza di anni dall'omologazione, di sostenere le spese legali per far risolvere un concordato di un debitore che non ha più alcun attivo (e che continuerebbe a non averne nel successivo fallimento!) si ritiene che durante la fase esecutiva della cessione dei beni, il creditore possa agire *ex art. 186 l.f.* anche prima dell'esaurimento delle operazioni di liquidazione, ma solo laddove possa essere provato e dimostrato che il liquidatore ha già esperito tutti i possibili tentativi di alienazione degli stessi, con insuccesso, e che sia pertanto oggettivo che la strada della liquidazione non sarà fruttuosa.

Rimane il fatto che sicuramente non lo sarà di più nella procedura alternativa e susseguente, quella fallimentare.

5. La misura dell'inadempimento

Il secondo comma dell'art. 186 l.f. introduce, innovando con il passato, il principio contrattuale dell'importanza dell'inadempimento, ed all'interprete spetta il compito di individuare i limiti entro cui le teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza nel terreno civilistico, possano essere applicate e recepite nel diritto concorsuale concordatario.

Se, in generale, la regola fondamentale, valevole per tutte le tipologie di concordato, alla quale attenersi, consiste nel parametrare l'inadempimento lamentato dal creditore con quello promesso nel piano, vi è chi¹¹¹ ha distinto i concordati in due grandi categorie:

- 1) concordati, sia di natura liquidatoria sia con finalità conservativa con finalità di risanamento, che prevedono il pagamento di una somma di denaro;
- 2) concordati che, invece, prevedono forme diverse di soddisfacimento per i creditori.

Nel primo caso, la somma offerta nel piano deve essere messa in comparazione con quella concretamente ricevuta dal creditore, con la

¹¹¹ G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e ... futuro*, nota a commento di Tribunale di Roma 14 marzo 2007, in *Il Fall.*, n. 10/2007, 1216 .

conseguenza che, ove lo scarto risulti notevole, la risoluzione deve essere pronunciata. Quale debba essere lo scarto, superato il quale l'inadempimento deve ritenersi di non scarsa importanza, è una questione di merito alla quale dovrà rispondere la giurisprudenza. Per tale autore, sul punto “non si deve indulgere in lassismi che potrebbero portare i debitori più smaliziati a comportarsi in mala fede. Può, infatti, ragionevolmente paventarsi che il debitore provveda a soddisfare, secondo quanto stabilito nel piano, i creditori più forti, restando inadempiente totalmente o parzialmente nei confronti degli altri creditori più piccoli, oppure, con un'accorta strategia, paghi tutti i creditori un po' meno di quanto stabilito nel piano decurtando quindi ulteriormente quanto loro spettante, confidando, appunto, nel fatto che il concordato non può essere risolto”. Nel caso di inadempimento totale, non pare dubbio che la risoluzione debba essere pronunciata sia che l'inadempimento si riferisca ad un solo creditore sia che abbia ad oggetto una somma irrisoria e ciò perché, una volta effettuato il raffronto, tra quanto promesso e quanto ricevuto, l'inadempimento totale, per assioma, non può essere di scarsa importanza.

Nel caso d'inadempimento parziale, invece, può succedere che il debitore, sfruttando la norma a suo favore, ne approfitti per decurtare, in modo consapevole, il dovuto ai creditori, pagando cioè loro una percentuale inferiore a quella promessa che si mantenga sotto la soglia, superata la quale scatterebbe l'inadempimento di non scarsa importanza.

L'estensione al concordato preventivo del principio dell'irrelevanza dell'inadempimento di scarsa importanza previsto per la risoluzione dei contratti¹¹² è finalizzata ad assicurare la conservazione dell'efficacia del concordato, in ragione della sua idoneità a superare la crisi dell'impresa e, comunque, a definire la generalità dei suoi rapporti debitori, quando l'inesatta

¹¹² Nella Relazione illustrativa al D. Lgs. n. 169/2007 si afferma esplicitamente l'intenzione di recuperare “i principi sull'importanza dell'inadempimento contrattuale elaborati con riferimento alla norma generale di cui all'art. 1455 c.c.”.

attuazione del piano incida soltanto marginalmente sull'interesse dei creditori al conseguimento del soddisfacimento programmato.

La legittimazione di ogni singolo creditore presuppone che l'inadempimento fatto valere produca effetti, direttamente od indirettamente, sulla propria sfera giuridica, poichè diversamente difetterebbe l'interesse ad agire. La peculiarità della risoluzione del concordato preventivo sta, quindi, nell'idoneità dell'inadempimento verso il singolo creditore a provocare l'inefficacia del patto concordatario nei confronti della collettività, semprechè si tratti di inadempimento di non scarsa importanza.

Quindi, prendendo le mosse dalla elaborazione che è stata fatta in tema di risoluzione contrattuale, si può affermare che, perché l'inadempimento possa venire considerato di scarsa importanza, occorrono due requisiti: uno di natura oggettiva, consistente in una valutazione dell'inadempienza nell'ambito dell'economia complessiva del contratto, e l'altro di natura soggettiva, che si fonda, secondo quanto stabilisce l'art. 1455, ultima parte, c.c., sull'interesse della parte fedele, ovvero sulla vittima dell'inadempimento.

Ed è discusso in dottrina se la gravità dell'inadempimento debba essere valutata con riferimento al credito di colui che proponga l'istanza di risoluzione, ovvero al complesso degli obblighi concordatari.

I problemi interpretativi sorgono, principalmente, per il fatto che il concordato, se integra un istituto assimilabile ad un contratto bilaterale, si caratterizza per essere una delle due parti, quella costituita dalla massa dei creditori, di natura composita e plurisoggettiva¹¹³.

Da ciò discende la necessità di stabilire se, nel valutare l'esistenza dell'inadempimento e della sua non trascurabile rilevanza, il polo di riferimento, per giudicare la differenza tra quanto eseguito dal debitore e

¹¹³ F. Battaglia – A. Bonechi – L. Galeotti Flori, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, CESI, Milano, 2008, 73-74; M. Ferro – A. Ruggiero – A. Di Carlo, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, 252 ss; A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova, 2008, 758 ss; S. Sanzo – A. Bianchi, *Manuale delle procedure concorsuali*, IlSole24 Ore, 2007, 793; G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e ... futuro*, nota a commento di Tribunale di Roma 14 marzo 2007, in *Il Fall.*, n. 10/2007, 1205 ss.

quanto prospettato nella proposta, sia il singolo creditore, ed in particolare il singolo creditore che ha presentato il ricorso per la risoluzione, o l'intero ceto creditorio.

Vi è chi¹¹⁴ sostiene che “sotto il profilo oggettivo, è impossibile effettuare un'indagine che tenga conto dell'economia complessiva del contratto per la semplice ragione che un contratto non esiste: esistono, invece, singole obbligazioni derivanti dal piano che riguardano i singoli creditori, sicchè l'unico accertamento che va effettuato consiste nello stabilire se, in relazione a quella singola obbligazione fatta valere nel procedimento di risoluzione, l'inadempimento sia o meno di scarsa importanza.

In secondo luogo, è facile osservare che l'inciso di cui alla seconda parte dell'art. 1455 c.c. non è stato riprodotto nel novellato art. 186, sicchè appare davvero problematico introdurre, nel procedimento di risoluzione del concordato, la tematica del requisito di natura soggettiva”; in definitiva, secondo questa impostazione, la valutazione deve essere di natura esclusivamente oggettiva e deve avere riguardo al solo inadempimento che viene fatto valere dal creditore che ha promosso l'azione di risoluzione.

Sul versante diametralmente opposto si colloca chi¹¹⁵, volgendo lo sguardo verso la scelta conservativa che si trae dalla lettura dell'art. 1459 c.c. a proposito della disciplina della risoluzione nei contratti plurilaterali, ritiene preferibile la soluzione di valutare la gravità dell'inadempimento rispetto alla proposta di concordato nella sua complessità¹¹⁶, fermo restando che un singolo inadempimento può essere sintomatico della non scarsa importanza rispetto al

¹¹⁴ G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e ... futuro*, cit., 1215 ss.

¹¹⁵ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, 678.

¹¹⁶ Sostiene che l'inadempimento debba essere verificato in relazione alla proposta di concordato il Tribunale di Prato, 12 ottobre 2012, decreto inedito. E così anche il Tribunale di Ravenna, 7 giugno 2012, in www.ilcaso.it, il quale afferma che la gravità dell'inadempimento implica una dimensione superiore a quella relativa al singolo rapporto debito-credito facente capo all'istante, poiché la natura contrattuale che è alla base del meccanismo concordatario non esclude la natura collettiva della valutazione espressa dai creditori con il voto e delle obbligazioni che conseguono all'omologazione della procedura, e, allo stesso tempo, la natura contrattuale non esclude una componente procedimentale a tutela dell'interesse collettivo e più generale di quello dei singoli creditori, e pertanto rileva quale causa di risoluzione non il pregiudizio che riguardi un singolo creditore ricorrente, bensì la generalità dei creditori o, comunque, quelli appartenenti alla classe dei chirografari, che sono coloro che sono stati chiamati ad esprimere il consenso alla proposta.

concordato intero. E, una volta chiarito che il parametro è la proposta concordataria, ci sarà inadempimento “ogni qualvolta il debitore nell’ eseguire il concordato non fa tutto e proprio tutto ciò che aveva promesso ai creditori. Ancora una volta la misura dell’ inadempimento è la diretta conseguenza della specificità ed analiticità della proposta di concordato”.

Ed ancora, per autorevole dottrina¹¹⁷ lo sguardo dell’ interprete deve concentrarsi sul piano concordatario complessivamente considerato, senza trascurare gli elementi che attengono all’ imputabilità dell’ inadempienza, nel segno dell’ accentuata natura privatistica dell’ istituto e del testuale richiamo al criterio fondante la risoluzione riservato alla materia contrattuale dall’ art. 1455 c.c., ritenendo non meritevole d’ essere condivisa l’ idea che l’ inadempienza al concordato debba esser valutata soltanto sul piano oggettivo del mancato avveramento delle condizioni prescritte, quale inequivocabile indice dell’ incapacità dell’ imprenditore di superare lo stato di crisi o di insolvenza, in quanto la modifica del presupposto di ammissione alla procedura e l’ interesse generale alla conservazione ed alla prosecuzione dell’ impresa che ispira le riforme in materia concorsuale, impediscono un rigorismo aprioristico, restando ogni decisione in concreto e nel vivo del singolo caso affidata alla discrezionalità del giudice ed alla sua *aequitas*, nell’ interpretare la clausola generale della “non scarsa importanza dell’ inadempimento”, cui non possono rimanere estranei metri equitativi di valutazione della diligenza e della soggettiva buona fede del debitore.

E, in tale quadro, l’ autore conclude sposando la tesi per cui l’ importanza dell’ inadempimento debba essere valutata nel contesto del concordato e della massa dei creditori, e non già isolatamente con riguardo alla posizione del singolo ricorrente, che non può ritenersi legittimato a far valere inadempienze che riguardino altre posizioni creditorie, non giustificandosi una siffatta sostituzione processuale (da ammettersi soltanto in casi tassativamente previsti *ex art 81 c.p.c.*) solo in virtù di uno scollamento

¹¹⁷ A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione e di risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 647 ss.

tra legittimazione attiva alla domanda di risoluzione e versante passivo dell'inadempimento, volto a bilanciare la scomparsa del potere officioso di promuovere *ex officio* l'azione di risoluzione, competendo ad ogni creditore soltanto la legittimazione e l'interesse a tutelare il proprio credito, allorché inadempienze a previsioni del piano concordatario direttamente od indirettamente lo investano.

Ed assimilando il concordato ad un contratto, pur *sub specie* di negozio processuale, poichè in seno al processo l'accordo tra debitore e creditori si forma e trae giuridico effetto, ed, in particolare ad un contratto plurilaterale¹¹⁸, sul piano dei giuridici effetti, la contrapposizione ed il nesso di corrispettività *latu sensu* si situano e colgono all'interno dei plurimi fasci di rapporto tra debitore e singoli creditori o classi di questi, a misura di legami divisibili ed enucleabili l'uno rispetto all'altro, ma pur sempre congiunti: la misura non lieve dell'inadempimento *ex latere debitoris* va saggiata con specifico riguardo al singolo rapporto di dare ed avere tra il debitore ed il richiedente la risoluzione, purtuttavia valutandolo alla stregua dell'intero assetto di interessi scaturente dal piano concordatario approvato dalla maggioranza del credito. Non si potrà, infatti, giustificare un'inadempienza oggettivamente grave nell'ambito di questa coppia quasi sinallagmatica invocando un superiore, non meglio identificato, interesse alla conservazione dell'impresa per l'economia generale del Paese o per la massa dei creditori. Infatti, una pedissequa applicazione del principio maggioritario presterebbe il fianco ad abusi che non possono ricevere avallo, pena la svalutazione degli obblighi e dei doveri nascenti dal concordato e, con questi, uno svilimento dell'istituto, che resta ancora oggi incentrato, nonostante gli sforzi e le propensioni spiccatamente privatistiche del legislatore, su meccanismi di eterotutela della collettività dei

¹¹⁸ Ancorchè non assimilabile ai contratti con comunanza di scopo o associativi, stante il difetto di prestazioni di ciascuna parte convergenti ad un medesimo fine, come esigono *ex littera* gli artt. 1420 e 1459 c.c., essendovi nel concordato preventivo da un lato il debitore e, dall'altro, i plurimi creditori, magari raggruppati in classi, che formano una o più parti complesse, soggette al principio di maggioranza.

creditori, sotto la vigilanza degli organi giudiziari, che dovranno far largo uso di un'equilibrata *aequitas*, assai più che dello *ius strictum*.

Si tratta, in definitiva, di questioni estremamente rilevanti, la cui soluzione deve fare i conti con indici non univoci desumibili dal sistema, che legittima all'azione di risoluzione i singoli creditori, ma configura il concordato preventivo come accordo tra il debitore e l'insieme dei creditori collettivamente considerati, o, in altre parole, come una procedura concorsuale basata su un piano di sistemazione complessiva della crisi o dell'insolvenza. E' quindi verosimile che le due questioni, presentando forti connessioni, riceveranno nella pratica soluzioni diversificate. Invero, la legittimazione individuale di ogni singolo creditore potrebbe indurre a ritenere che ciascuno di essi possa far valere, con il ricorso per la risoluzione del concordato preventivo, esclusivamente inadempimenti direttamente incidenti sulla propria sfera giuridica e non anche inadempimenti coinvolgenti altri creditori e che, pertanto, la valutazione di importanza dell'inadempimento debba essere necessariamente rapportata al singolo inadempimento che viene fatto valere dal singolo creditore. Ma deve pure considerarsi¹¹⁹ che anche nel nuovo sistema, da un lato, il concordato preventivo, pur nella "prospettiva contrattuale", non è costituito da un accordo tra debitore e singoli creditori, ma da un accordo tra debitore ed insieme dei creditori, i cui singoli componenti restando vincolati dal voto maggioritario, quand'anche non prestino esplicito consenso ed addirittura manifestino dissenso alla proposta concordataria, e quand'anche la maggioranza del credito sia portato da pochissimi creditori o, al limite, da un unico creditore, e, cioè, da un piano di sistemazione della crisi che coinvolge necessariamente l'insieme dei creditori; dall'altro lato, che è ben possibile che creditori rispetto ai quali non si verifichi alcun inadempimento abbiano interesse a far valere inadempimenti concernenti altri creditori, al fine di caducare gli effetti esdebitatori del concordato preventivo e di riacquistare la pienezza del proprio diritto di credito modificato a seguito

¹¹⁹ M. Ferro, *La Legge fallimentare Commentario teorico-pratico*, cit, 384.

dell'omologa. Ciò, se in passato giustificava la previsione dell'iniziativa giudiziaria officiosa, oggi potrebbe giustificare uno scollamento tra legittimazione attiva e versante passivo dell'inadempimento, nel senso di consentire a qualunque creditore di far valere ai fini risolutivi, nel proprio interesse privatistico, qualunque inadempimento del piano omologato e di allargare, così, la valutazione di importanza oltre i limiti del singolo inadempimento. Quello che invece sembra in ogni caso da escludere è che la valutazione di importanza di inadempimento vada riferita, al di là dei limiti segnati dagli specifici inadempimenti dedotti dai creditori ricorrenti, che peraltro fissano nel contempo lo spazio entro cui può esplicarsi attività istruttoria anche officiosa, all'intero assetto ristrutturativo-satisfattorio pianificato con la proposta omologata, così da consentire che inadempimenti qualitativamente e/o quantitativamente gravi per singoli creditori che li subiscono possano essere giudicati di scarsa importanza.

Altre difficoltà interpretative derivano, poi, dalla ricezione dei principi di risoluzione contrattuale e dall'atipicità dei contenuti del piano; il che può delineare scenari diversi rispetto al passato, caratterizzato dalle due forme tipiche di concordato con garanzia o con cessione dei beni.

E', cioè, ipotizzabile, da un lato, che la mancata esecuzione di alcuni passaggi intermedi della proposta non pregiudichi, nella sostanza, il risultato finale, e, quindi, la tenuta complessiva del piano concordatario, e dall'altro che, nonostante l'intervenuto adempimento degli obblighi previsti sino ad una determinata scadenza, sia chiaro, in via prognostica, che il piano non potrà essere portato ad integrale esecuzione.

Le risposte a tali problemi sono scontate solo in astratto¹²⁰: per la prima ipotesi, sembra doversi privilegiare una soluzione intesa al salvaguardare la tenuta finale della proposta, così come nell'ipotesi di inadempimento riferibile ad uno soltanto od a pochi creditori; nel secondo caso, va ritenuta rilevante, quale causa risolutiva del concordato, anche la semplice previsione di non

¹²⁰ S. Ambrosini – P.G. Demarchi – M. Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2009, 242-243.

fattibilità del piano concordatario, senza che sia quindi indispensabile attendere gli esiti della fase esecutiva¹²¹. E' peraltro evidente che la pratica giudiziaria verosimilmente presenterà fattispecie concrete non agevolmente collocabili nell'una o nell'altra delle suddette ipotesi¹²².

6. L'elemento soggettivo

L'avvicinamento della risoluzione del concordato preventivo all'istituto generale della risoluzione contrattuale induce a domandarsi se l'inadempimento, oltre che di non scarsa importanza – e prima ancora - debba essere anche imputabile al debitore, nel senso precisato dall'art.1218 c.c., o se, invece, sotto questo profilo mantenga validità l'opinione tradizionale¹²³ che negava rilevanza alla non imputabilità dell'inadempimento, venendo qui in considerazione non quale fatto causativo di responsabilità, ma quale mancato avveramento, sia pure importante, del piano.

Nella prima prospettiva, verrebbero espunti dall'area della risolubilità tutti i casi in cui sopravvenga dopo l'omologa la non fattibilità, anche totale del piano, per cause non imputabili al debitore, e si porrebbe il quesito se la accentuata natura negoziale del concordato preventivo renda utilizzabile lo strumento generale della risoluzione per impossibilità sopravvenuta; nella seconda prospettiva, che relegherebbe l'atteggiamento soggettivo del debitore tutt'al più a mero criterio di completamento della valutazione di non scarsa importanza dell'inadempimento, la non fattibilità sopravvenuta manterrebbe, invece ed in ogni caso, rilevanza risolutoria, salva la valutazione della sua importanza nell'economia complessiva del piano. Proprio l'accennata

¹²¹ Cass. 21 gennaio 1993, n. 709, in *Fall.*, 1993, 807; Cass. 25 marzo 1976 in *Foro it.*, 1977, I, 2023. In dottrina, A. Bonsignori, *Le procedure concorsuali minori*, Trattato Galgano XXII, Cedam, Padova 1997, 363; G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1997, 206.

¹²² M. Vitiello, *Il nuovo concordato preventivo e le classi dei creditori*, in AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti, Map, Torino, 2008, 63-65; M. Vitiello, *Il concordato preventivo con classi nella prospettiva liquidatoria e nella prospettiva del risanamento*, in www.ilfallimentarista.it.

¹²³ Cass. 05/04/2000 n. 4177, in www.leggiditalia.it esige l'addebitabilità dell'inadempimento al debitore che abbia conservato la disponibilità dei beni, ovvero di essi abbia assicurato una consistenza maggiore di quella reale; Cass. 07/06/2007, n. 13357, in www.leggiditalia.it, nega rilevanza esimente all'eventuale negligenza del solo liquidatore; in dottrina, L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2005, 115.

specialità della disciplina posta dall'art. 186 l.f., e la conseguente dubbia utilizzabilità degli ulteriori meccanismi risolutivi previsti dalla disciplina contrattuale generale, dovrebbero indurre a ritenere che l'inadempimento venga qui in rilievo nella sua dimensione e consistenza oggettiva, ricomprendente anche ipotesi di impossibilità sopravvenuta per cause non imputabili al debitore che comportino però la mancata attuazione, non scarsamente importante, del piano¹²⁴.

Si tratta di stabilire, quindi, se, ai fini della risoluzione del concordato, assuma rilevanza la colpa del debitore e l'inadempimento di ben precisi obblighi assunti: dopo l'omologazione della proposta, possono verificarsi eventi che possono incidere sulla concreta fattibilità del piano che non sono imputabili a dolo o colpa del debitore¹²⁵. Numerosi elementi (in particolare, il riferimento all'inadempimento ed alla sua non scarsa importanza) indurrebbero a ritenere necessaria una condotta imputabile al proponente. Se così fosse, ne deriverebbe che, nella maggior parte dei casi il concordato, pur in presenza di un inadempimento grave, non potrebbe essere risolto a causa della mancanza dell'elemento soggettivo. Di regola, la pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento richiede un accertamento non limitato al solo parametro oggettivo, ma esteso anche al profilo soggettivo della colpa, potendo da esso emergere una situazione tale o da escludere un inadempimento colpevole ovvero da attenuare il giudizio di gravità dell'inadempimento.

Secondo autorevole dottrina¹²⁶, avendo la nuova normativa sul concordato preventivo sensibilmente stemperato le differenze fra concordato con garanzia e concordato per cessione dei beni, nella misura in cui essi sono venuti a costituire altrettante possibili "fenomenologie" della proposta del

¹²⁴ G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e ... futuro*, cit., 1215, nota come "anche nella risoluzione contrattuale, la questione non è affatto pacifica e la tendenza è proprio quella di sganciare l'accertamento da ogni psicologismo".

¹²⁵ A. Penta, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2010, 860 ss, nota a Tribunale di Tivoli, 15 luglio 2009.

¹²⁶ S. Ambrosini, *Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in www.ilcaso.it, 2007.

debitore, la verifica della quale, vuoi da parte dell'esperto e del commissario, vuoi da parte del tribunale, ha oggi precipuamente ad oggetto la fattibilità del piano ivi contenuto e descritto, ed essendosi verificato un radicale capovolgimento di prospettiva, da ciò segue il consequenziale corollario, in materia di risoluzione del concordato, di attribuire valenza decisiva alla conclamata non fattibilità del piano, che può emergere anche prima della scadenza del termine fissato per il soddisfacimento dei creditori¹²⁷.

De jure condendo, appare bensì condivisibile l'assunto secondo cui "la complessità che può assumere il piano concordatario, specie se diretto alla tutela dell'impresa e non alla sua liquidazione, avrebbe dovuto consigliare la previsione di un procedimento per le eventuali modifiche da apportare al piano"; ma, come osserva lo stesso autore, "in assenza di ciò, ritenendo preminente il profilo del soddisfacimento dei creditori, ogni inadempimento che pregiudichi la fattibilità del piano è – in linea di principio – preclusivo alla continuazione della procedura legittimandone la risoluzione"¹²⁸.

Le considerazioni fin qui riportate trovano puntuale conferma, ed anzi traggono nuova linfa, dal principio consensualistico così come valorizzato dalla novella, atteso che l'unico aspetto che rileva in base alla disciplina del contratto in generale è – come noto – quello dell'importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.).

Alla stregua di quanto osservato, sembra dunque doversi concludere che la conclamata non fattibilità del piano – beninteso in termini quantitativamente apprezzabili – dia luogo alla risoluzione del concordato e

¹²⁷ L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare, cit.*, 115; nello stesso senso A. Coppola, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in S. Pacchi e altri, *Il nuovo concordato preventivo*, Ipsoa, Milano, 2005, 252.

¹²⁸ P. Marano, *Commento all'art. 186*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Zanichelli, Bologna, 2006, 1894-1895; nello stesso senso L. Guglielmucci, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale "con riguardo all'ipotesi dell'emersione della non fattibilità del piano sembra doversi ritenere la risolubilità del concordato anche quando dipende da fatti sopravvenuti non imputabili al debitore, dovendosi attribuire rilievo preminente al mancato superamento della crisi attraverso il soddisfacimento dei creditori e la conseguente esdebitazione". *Contra*, invece, S. Bonfatti-P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2007, 462, i quali, "rispolverando" la tesi, in passato largamente minoritaria, dell'*emptio spei*, affermano che "il concordato può dirsi adempiuto da parte del debitore nel momento stesso in cui i beni ceduti sono messi a disposizione dei creditori".

che di tale stato di cose debba prendersi atto senza bisogno di attendere l'esito della liquidazione dei beni¹²⁹.

Una conferma della interpretazione prospettata può essere tratta dall'art. 14 della L. 27/01/2012 n. 3, relativo alla impugnazione e risoluzione dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, in quanto al comma due dispone testualmente che: "Se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite e se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso".

De iure condito, pertanto, il debitore può veder accolta la richiesta di risoluzione del concordato anche quando, essendo prevista la cessione dei beni ad opera del liquidatore nominato dal Tribunale, non è il diretto responsabile dell'adempimento o meno degli atti di liquidazione od anche quando il programma stilato dal liquidatore vada a incidere o modificare quello approvato dai creditori od anche quando semplicemente il liquidatore risulti poco zelante se non addirittura "dormiente". Il legislatore sembra voler tutelare i creditori dall'indagine della ricerca del colpevole, ed arginare qualsiasi "caccia alla strega" consegnando nelle mani dei creditori uno strumento attivabile quando sono i dati oggettivi, i fatti, a parlare chiaro: vi è un inadempimento di non scarsa importanza e quindi il concordato ha perso la

¹²⁹ La giurisprudenza formatasi prima della novella ha sempre ritenuto che l'impossibilità di onorare gli impegni concordatari andasse apprezzata anche in via meramente prognostica "qualora, ancorché prima della liquidazione dei beni, emerga, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, che il concordato medesimo sia venuto meno alla sua funzione, per essere ragionevolmente prevedibile che le somme ricavabili dalla vendita dei beni ceduti non possano essere sufficienti, per cause originarie o sopravvenute, a soddisfare, nemmeno in minima parte, i creditori chirografari o, a maggior ragione, a soddisfare integralmente i creditori privilegiati" (così, *ex aliis*, Cass., 21 gennaio 1993, n. 709, *Fall.*, 1993, 807; nel medesimo senso già Cass., 13 dicembre 1969, n. 3936, in *Dir. fall.*, 1970, II, 393; Cass., 25 marzo 1976, n. 1073, in *Foro it.*, 1977, I, 2023; Cass., 3 novembre 1981, n. 5790, in *Foro it.*, 1983, I, 1092, cui *adde*, nella giurisprudenza di merito più recente, Trib. Sulmona, 3 giugno 1999, in *Fall.*, 1999, 1153; Trib. S. Maria Capua Vetere, 23 luglio 2002, in *Fall.*, 2003, 224). E la dottrina ha osservato che "il tribunale non è vincolato ad attendere l'ultimazione della realizzazione dell'attivo per procedere alla risoluzione del concordato, quando si possa logicamente supporre che la cessione del compendio concordatario non sia sufficiente a coprire almeno una parte del passivo" (così A. Bonsignori, *Le procedure concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXII, Cedam, Padova, 1997, 363; nello stesso senso, G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1997, 206).

sua funzione, questo sembra essere ciò che veramente rileva, il raggiungimento o meno dello scopo da parte della procedura omologata.

Al debitore che subisce la risoluzione del concordato, per “causa non imputabile”, non rimane che agire eventualmente per risarcimento danni nei confronti del liquidatore giudiziale.

Non v'è dubbio che il quadro generale di riferimento sia oggi mutato, e che la considerazione dell'interesse alla conservazione della soluzione concordataria, specie ove essa garantisca il mantenimento della vitalità dell'impresa e dei livelli occupazionali, debba orientare in misura maggiore, rispetto al passato, la soluzione da dare al problema.

In quest'ottica, appare condivisibile il rilievo di chi auspica un intervento legislativo inteso a consentire la possibilità di evitare la risoluzione, nei casi di incolpevolezza dell'inadempimento, con la predisposizione di un procedimento finalizzato ad una ridefinizione del piano nella sua fase esecutiva¹³⁰.

7. Casi di irresolubilità del concordato preventivo

L'art. 186 l.f., al terzo comma prevede che le disposizioni relative alla risoluzione del concordato preventivo non si applichino quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

La *ratio* di tale esclusione risiede nel fatto che quando vi è la liberazione del debitore si verifica la novazione dei rapporti obbligatori a cui consegue l'impossibilità di imputare l'inadempimento al debitore, che ormai è del tutto estraneo a tali rapporti¹³¹.

L'ipotesi ricorre sia quando l'assuntore sia l'unico soggetto che si è fatto carico dell'obbligo di dare esecuzione al piano del concordato

¹³⁰ P. Marano, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 101.

¹³¹ Cass. 17 gennaio 1978, n. 191, in *Giur. comm.*, 1978, II, 171; Cass. 3 marzo 2000 n. 2400, in *Fall.*, 2001, 192, secondo cui “le vicende inerenti l'esecuzione delle obbligazioni derivanti dal concordato riguardano esclusivamente l'assuntore e non giustificano la risoluzione”.

acquisendo di controcanto l'attivo concordatario¹³², sia quando il terzo si obbliga verso i creditori in forza di un acollo privativo *ex art. 1273 c.c.* senza acquisire la proprietà dell'attivo¹³³. In ogni caso, la norma non prevede alcuna limitazione della responsabilità dell'assuntore ai soli creditori ammessi al passivo, consentita, invece, dall'art. 124 l.f. nel concordato fallimentare¹³⁴.

Ogni creditore potrà reagire all'inadempimento dell'assuntore esercitando l'azione di adempimento.

¹³² Essendo necessaria una convenzione tra il proponente ed il terzo, da allegare al piano, l'elemento obbligatorio sarà strutturato in base allo schema dell'acollo previsto dall'art. 1273 c.c. e, in mancanza di esplicita previsione della liberazione del debitore sin dal momento della definitività del decreto di omologa del concordato preventivo, l'acollo deve intendersi cumulativo. Il trasferimento della proprietà dei beni all'assuntore seguirà la definitività del decreto di omologa, salvo che il piano non ne preveda il differimento al momento dell'integrale adempimento degli obblighi concordatari. Nulla vieta che l'adempimento del concordato sia eseguito non con mezzi propri dell'assuntore, ma attraverso la liquidazione dei beni del debitore e la distribuzione ai creditori delle somme ricavate. In questi termini A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 160, cit., 926.

¹³³ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1115.

¹³⁴ Una limitazione in tal senso nel concordato preventivo si porrebbe in contrasto con l'obbligatorietà dello stesso per tutti i creditori antecedenti la pubblicazione della domanda nel registro imprese, sancita dall'art. 184 l.f..

Capitolo III

Il procedimento di risoluzione del concordato preventivo

1. Introduzione

L'art. 181 l.f. stabilisce che il decreto di omologazione chiude la procedura di concordato preventivo; in quel momento si apre la fase esecutiva e gli stessi organi della procedura permangono, pur vedendo attenuate le proprie funzioni.

Il commissario giudiziale sorveglia, infatti, l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nel provvedimento di omologa, riferendo al giudice delegato i fatti dai quali possa derivare un pregiudizio ai creditori¹.

Il debitore viene liberato da ogni vincolo e resta obbligato soltanto all'esatta esecuzione degli impegni assunti; il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di ammissione alla procedura *ex art.* 161 l.f., cosicché, una volta soddisfatti nella misura prevista, ogni obbligazione nei loro confronti risulta estinta. Essi, tuttavia, conservano impregiudicati i diritti nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso del debitore e, pertanto, possono agire liberamente verso tali soggetti, i quali, una volta pagato, potranno agire in surroga e regresso verso il debitore principale, subendo, però, l'eventuale falcidia concordataria.

Per agevolare la procedura di concordato preventivo, conferendo stabilità ai risultati a cui essa perviene, l'art. 67, III co, lett. e), l.f. stabilisce che non sono soggetti all'azione revocatoria “gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo”, nonché “gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161”, mentre i crediti da finanziamenti sono prededucibili *ex*

¹ G. Fauceglia – N.R. Di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli Editore, Bologna, 2010, 343-344.

art. 182 *quater* l.f. e 182-*quinquies* l.f. ed, infine, le disposizioni penali contenute negli articoli 216, III co., e 217 l.f. non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo, nonché ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182-*quinquies*, ai sensi dell'art. 217 *bis* l.f..

E' previsto il rimedio della risoluzione del concordato preventivo, od il suo annullamento, quale strumento per eliminare alcuni vizi peculiari della procedura, che possono sorgere dopo l'omologazione, durante la fase esecutiva.

Per quanto riguarda, in particolare, gli aspetti procedurali, nel sistema previgente, il procedimento per la risoluzione del concordato omologato era assoggettato ad un rito camerale "deformalizzato", mentre quello per l'annullamento era regolato dalla normativa del procedimento contenzioso ordinario.

Nel nuovo sistema, la compiuta regolamentazione del rito camerale non richiede più per la risoluzione e l'annullamento del concordato la previsione di riti differenziati. Per effetto dei richiami a catena, la disciplina deve essere ricercata nel combinato disposto degli articoli 186, 137, 138 e 15 l.f., infatti l'art. 186 testualmente recita: "si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili"², l'art. 138 l.f. dispone che "si procede a norma dell'articolo 137" ed, infine, l'art. 137 l.f. prevede che "si applicano le disposizioni dell'articolo 15 in quanto compatibili"³.

Dalla lettura *prima facie* dell'art. 186 l.f. possono evincersi tre regole fondamentali⁴:

1) ciascun creditore, ed ogni altro soggetto escluso, ha la facoltà di domandare la risoluzione del concordato preventivo per inadempimento;

² In seguito all'emanazione del D.L. 35/2005, convertito in L. 80/2005, la compatibilità della disciplina contenuta nella legge fallimentare in tema di risoluzione e di annullamento, rispetto alle nuove fattispecie di ipotesi concordatarie introdotte dal D.L. medesimo, e nel quadro modificato delle norme di rinvio in seguito alla riforma delle procedure concorsuali, è stata analizzata da G. Fauceglia, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 1104 ss.

³ Tribunale di Ascoli Piceno 18 dicembre 2009, in www.ilcaso.it.

⁴ S. Ambrosini, *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Il fallimento...atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, a cura di L. Panzani, Ipsoa, 2008, 133.

- 2) il ricorso diretto ad ottenere la risoluzione deve essere depositato entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal piano del concordato;
- 3) il concordato non può essere risolto se l'inadempimento è di scarsa importanza.

Il procedimento di risoluzione del concordato si apre con il deposito di un ricorso; pertanto, ha natura giurisdizionale e contenziosa e, in assenza di espressa deroga legislativa, opera il principio generale di cui all'art. 82 c.p.c., e quindi deve ritenersi necessario che il ricorrente sia assistito da difensore munito di procura conferita prima della proposizione del ricorso⁵.

I soggetti passivi dell'inadempimento sono i creditori, i quali divengono gli unici legittimati attivi, attori del procedimento di risoluzione; i soggetti attivi dell'inadempimento sono, invece, il proponente, il fideiussore e l'assuntore, i quali diventeranno i convenuti nel suddetto procedimento⁶.

2. La legittimazione attiva

2.1 Individuazione dei creditori che hanno la legittimazione attiva ex art. 186 l.f.

Circa la legittimazione attiva, i dubbi interpretativi originati dopo la riforma del 2005 dal fatto che il testo dell'art. 186 l.f. non fosse stato interessato dall'intervento legislativo, sono stati in gran parte risolti dal D. Lgs. N. 169/2007, che ha rivisto completamente la norma in commento, armonizzandola con i nuovi principi⁷, attribuendo la legittimazione esclusiva dei singoli creditori a promuovere l'azione di risoluzione, con esclusione dell'iniziativa d'ufficio e di quella del commissario giudiziale.

⁵ Tribunale di Mantova, 4 marzo 2010, in www.ilcaso.it.

⁶ G. B. Nardecchia, *Inattuazione del concordato e risoluzione*, relazione all'incontro di studio del CSM sul tema "Il concordato preventivo", tenutosi a Roma, il 12-14 settembre 2011, inedita.

⁷ M. Vitiello, *L'esecuzione del concordato*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, S. Ambrosini – P.G. Demarchi – M. Vitiello, Zanichelli Editore, Bologna, 2009, 239.

Il legislatore, tuttavia, non descrive i confini della “categoria” dei creditori, permanendo il dubbio se la legittimazione sia riconosciuta solo ai creditori concordatari, od, invece, anche a quelli pretermessi.

In considerazione del fatto che, ai sensi dell’art. 184 l.f., il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura (per i concordati aperti dall’11/09/2012, data di entrata in vigore della Legge 7 agosto 2012 n. 134, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all’articolo 161 l.f., ma il ragionamento non cambia), si ritiene che questi siano i creditori che possano avvalersi del rimedio di cui all’art. 186 l.f.. Inoltre, l’elenco dei creditori redatto dal commissario giudiziale ai fini della votazione non ha alcuna funzione di creare uno stato “passivo cristallizzato” della procedura, ben potendo esservi altri creditori ai quali il concordato è opponibile per i quali si determina soltanto un’inversione dell’onere della prova in ordine alla legittimazione attiva, dovendo provare in via preliminare la propria qualifica di creditore del debitore concordatario⁸.

Sono legittimati i creditori assistiti da causa legittima di prelazione e quelli divenuti tali dopo il deposito del decreto di ammissione, in quanto ad essi non può essere opposta alcuna limitazione di responsabilità.

Precisa il Tribunale di Ravenna⁹ che la *legitimatio ad causam* sussiste qualora il soggetto istante *ex art. 186 l.f.*, oltre ad essere un creditore, affermi anche l’esistenza di circostanze che determinano un pregiudizio a suo carico, non limitandosi a prospettare un possibile depauperamento in capo ad altri creditori. Afferma cioè, che debba essere rispettato il paradigma di cui all’art. 81 c.p.c. e, quindi, che non potrebbe ammettersi l’istanza di un creditore dotato di privilegi, al punto da ritenersi insensibile rispetto alle condizioni peggiorative verificatesi, non potendo limitarsi a prospettare un danno riportabile da soggetti diversi o da diverse categorie di creditori.

⁸ G. B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 260.

⁹ Tribunale di Ravenna, 7 giugno 2012, pubblicato su www.ilcaso.it il 22 ottobre 2012.

Secondo il Tribunale di Ravenna citato, in definitiva, il grave inadempimento, che si traduce in un “grave pregiudizio”, diviene “sia presupposto sostanziale per l’accoglimento della domanda sia presupposto di ammissibilità dell’istanza, nel senso di tradursi in una doppia verifica: a) prima che il grave pregiudizio sia affermato ed effettivamente subito da chi agisce per la risoluzione del concordato (c.d. prius); b) poi che un detto pregiudizio riguardi in modo esiziale le stesse obbligazioni discendenti dall’omologazione del concordato, nel senso di riflettersi sull’equilibrio e sul fondamento dell’impianto obbligatorio così come ridisegnato dall’accettazione e successiva omologa del concordato (c.d. posterius)”.

Un dubbio interpretativo sorge dal rinvio dell’art. 186 l.f. all’art. 137 l.f., che si occupa della risoluzione del concordato fallimentare. Infatti, tale norma esclude la legittimazione a proporre istanza di risoluzione “dei creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell’articolo 124, non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato”, in quanto l’art. 124 prevede espressamente che un soggetto terzo proponente il concordato possa limitare gli impegni assunti ai soli creditori ammessi al passivo fallimentare, anche con riserva, ed a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva, prima della presentazione della proposta.

A questo punto si presentano due interpretazioni alternative: la prima è quella di far veicolare, tramite un’interpretazione analogica dell’art. 124, anche all’interno del concordato preventivo *ex art. 160 ss l.f.* la possibilità di prevedere un piano che limiti la responsabilità del debitore ad alcuni soltanto dei creditori, rendendo così compatibili le due norme; con la conseguenza che sarebbe privo di legittimazione a chiedere la risoluzione del concordato il creditore verso cui il debitore non abbia assunto responsabilità.

L’altra, è quella di ritenere inammissibile una domanda di concordato preventivo con assunzione di responsabilità limitata soltanto ad alcuni crediti, e, quindi, la compatibilità dell’ultimo comma dell’art. 137 l.f. alla disciplina del concordato preventivo.

Tale seconda soluzione appare preferibile, in quanto l'art. 184 l.f. non lascia spazio ad interpretazioni, quando sancisce che "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161".

Sul punto è intervenuta la Suprema Corte¹⁰, la quale ha espresso il principio per cui nel concordato preventivo, non essendo prevista una verifica giudiziale dei crediti e dello stato passivo, l'assuntore non ha la possibilità, riconosciuta invece nel concordato fallimentare, di limitare i propri impegni ai soli creditori ammessi al passivo anche provvisoriamente e da quelli che hanno proposto opposizione o domanda tardiva al tempo della proposta. E ciò varrà a maggior ragione per il debitore proponente.

Questi in prima battuta deve redigere l'elenco dei creditori, alla data di predisposizione del piano del concordato e poi di nuovo alla data di pubblicazione del ricorso di ammissione alla procedura nel registro imprese. Tale elenco sarà verificato ed integrato dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 172 l.f., ma non si determinerà alcuno stato passivo della procedura, ben potendo un creditore manifestarsi in data successiva.

Pertanto, anche la limitazione di responsabilità ad un certo gruppo determinato di creditori sarebbe del tutto aleatoria ed assai indefinita, sia nell'identificazione che nella precisazione del *quantum*, al contrario, invece, di quanto accade nella procedura fallimentare, ai sensi degli articoli 92 e seguenti in merito di accertamento del passivo.

Infine, la possibilità di limitare la responsabilità nel concordato fallimentare è riservata al terzo proponente o ad uno o più creditori (ed in tal caso per gli altri crediti continua a rispondere il debitore), mentre è esclusa per il debitore fallito; ciò vale a maggior ragione per la procedura di concordato preventivo dove la domanda di ammissione proviene necessariamente dal debitore.

¹⁰ Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. 1691/2009.

2.2 Informativa ai creditori sulla fase esecutiva del concordato

L'art. 137 l.f., nella precedente formulazione, prevedeva l'obbligo a carico degli organi della procedura di informare il Tribunale, il quale era ancora titolare del potere d'ufficio di dichiarare la risoluzione del concordato, qualora nella loro attività di controllo e sorveglianza, avessero rilevato la sussistenza di uno dei fatti integranti l'inadempimento di cui all'art. 137 l.f.¹¹.

Il D. Lgs. n.169/2007 ha eliminato il potere del Tribunale di procedere d'ufficio alla risoluzione del concordato ed ha escluso il commissario giudiziale dal novero dei legittimati attivi. Si pone, pertanto, il problema di come i creditori, che singolarmente possono reagire all'inadempimento di non scarsa importanza con azione di risoluzione, possano essere messi in concreto nell'effettiva possibilità di esercitare tale diritto.

In altre parole, per il buon funzionamento dell'istituto non può essere sufficiente, per autorevole dottrina¹², lasciare alla libera iniziativa del creditore di informarsi presso il commissario giudiziale dell'andamento della procedura, ma deve ritenersi che sia il commissario giudiziale ad essere gravato di un onere informativo verso i soggetti legittimati alla domanda di risoluzione *ex art. 186 l.f.*, un "obbligo di segnalazione in caso di irregolare inadempimento degli obblighi derivanti dal concordato che deve assumere la forma e la sostanza di strumento informativo astrattamente idoneo ad attivare i poteri d'iniziativa dei creditori"¹³.

Nella prassi si sta affermando questo *modus operandi*: il Commissario Giudiziale nella relazione periodica al Giudice Delegato segnala il verificarsi di eventi che secondo il suo qualificato punto di vista possano determinare un grave inadempimento o l'impossibilità definitiva dell'adempimento del piano del concordato preventivo. Ne dà comunicazione anche al Comitato dei

¹¹ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 261.

¹² G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 261.

¹³ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 261.

Creditori, il quale potrà valutare la gravità della situazione ed esprimere un parere in merito.

Letto il parere del Comitato dei Creditori, il Giudice Delegato convoca il debitore, il Commissario Giudiziale ed il liquidatore affinché siano date indicazioni circa lo stato di esecuzione del piano e chiarimenti circa la possibilità di rispettare tutti gli adempimenti prescritti.

Se le informazioni acquisite confermano la probabile inattuazione del piano concordatario, il Giudice Delegato può ordinare che sia data una comunicazione informativa a tutti i creditori circa lo stato della procedura, con indicazione della possibilità offerta dall'art. 186 l.f. di agire singolarmente per la risoluzione del concordato, o ancora, il Commissario giudiziale, di sua iniziativa, inoltra tale comunicazione ai creditori. Tale prassi, tuttavia, nasconde almeno una criticità, dovuta al fatto che i creditori, i quali molto spesso sono i primi a disinteressarsi delle sorti della procedura, avendo ormai contabilizzato a perdita il proprio credito¹⁴, vengono messi in allerta dalla comunicazione del commissario di infattibilità del piano del concordato, sono stimolati ad agire *ex art.* 186 l.f., e promuovono l'azione affidandosi completamente ed esclusivamente a quanto loro riferito dal commissario giudiziale, e, forse, con l'idea di innescare un meccanismo di rapida e pronta soluzione.

Il procedimento di risoluzione implica, invece, l'espletamento di mezzi istruttori, convocazioni delle parti di fronte al giudice, memorie e contro memorie, richieste di rinvio per chiudere contratti di vendita di beni aziendali di cui sono in corso le trattative, spesso rallentate anche da motivi burocratici del tutto estranei dalle volontà dell'imprenditore. Il primo effetto è quello di un ulteriore stallo della fase esecutiva; il secondo quello del generarsi di un contenzioso spesso sterile che crea più carte che risultati finali.

¹⁴ O, ancora, perché sempre più spesso la percentuale possibile stimata di realizzo è talmente vicina allo zero che il creditore non ha un reale interesse a seguire anche le vicende processuali *post omologa*, con ulteriore dispendio di tempo e denaro.

E' recente il provvedimento di un Tribunale di merito¹⁵ che, oltre a rigettare le istanze di risoluzione, ha condannato alle spese processuali in solido i due creditori procedenti in risoluzione.

Con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221, è stato previsto all'ultimo comma dell'art. 182 l.f. che il liquidatore debba redigere una relazione di aggiornamento con cadenza semestrale dalla nomina, da comunicare al Giudice Delegato ed al Commissario giudiziale, il quale deve comunicarlo ai creditori a norma dell'art. 171, secondo comma, l.f.. Questo è, pertanto, lo strumento pensato dal legislatore perché i creditori siano periodicamente informati sullo stato di avanzamento delle operazioni di liquidazione, cosicché possano anche tempestivamente attivare lo strumento della risoluzione del concordato preventivo.

3. Competenza

Competente a pronunciare la risoluzione è il Tribunale fallimentare¹⁶.

4. Procedimento di risoluzione del concordato preventivo

Per quanto concerne il procedimento, l'art. 137 l.f., al secondo comma, rinvia all'art. 15 l.f., in quanto compatibile.

¹⁵ Tribunale di Vicenza 7 maggio 2012, in www.ilcaso.it. Il caso riguarda un concordato con cessione dei beni in cui il commissario giudiziale, dopo l'omologazione della procedura, con nota inviata al P.M. ed ai creditori, affermava che il concordato non era più fattibile, in quanto si sarebbe realizzata la sola percentuale del 3% in favore dei chirografari, invece di quella indicata nel 14,05%, e ben oltre il termine di 90 giorni dalla stipula della cessione del ramo aziendale, come invece previsto. Due creditori depositano la domanda di risoluzione della procedura per le medesime ragioni indicate dal Commissario giudiziale; la società debitrice resiste, affermando che la percentuale di realizzo e la possibile dilatazione dei tempi di realizzo erano due variabili ben rappresentate ai creditori nella relazione *ex art. 172 l.f.* Il Tribunale ha respinto la domanda di risoluzione in quanto "i creditori hanno votato a favore di una proposta concordataria in cui erano già insiti significativi elementi di criticità, quali ad esempio proprio la percentuale di soddisfazione ed i tempi di realizzo, che il Commissario Giudiziale ha chiaramente esposto nella sua relazione *ex art. 172 l.f.*, che i creditori hanno avuto modo di leggere prima di votare", elementi di criticità che erano stati ben considerati anche nel decreto di omologazione del concordato "per cui non possono oggi rappresentare motivo di doglianza, per essersi manifestati come era previsto che potesse esserlo".

¹⁶ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 261; A. Bonsignori, *Del Concordato*, in *Commentario Scialoja Branca*, Zanichelli Editore – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1977, 486-487; L. D'Orazio, *La risoluzione del concordato*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di S. Pacchi, Ipsoa, 2008, 249.

Il Tribunale si pronuncia in composizione collegiale, *ex art. 50 bis c.p.c.*, trattandosi di procedimento in Camera di Consiglio, di cui può far parte il Giudice delegato, non avendo questi assunto alcun provvedimento decisorio nella fase precedente del concordato, stante l'esclusione in capo all'organo giurisdizionale di qualunque cognizione nel merito.

Occorre sottolineare che l'articolo 15 è stato completamente riscritto dal legislatore della riforma, sì da avvicinare la procedura prefallimentare al modello del giusto processo civile di cui all'art. 111 Cost.: volgono in tale direzione la previsione dell'obbligo di convocazione del debitore e dei creditori con gli avvertimenti contenuti nel relativo decreto, la precisazione dei termini di comparizione e dei termini intermedi di difesa, la previsione della possibilità di esperire mezzi di prova, anche complessi, nonché la previsione della facoltà di chiedere provvedimenti cautelari¹⁷ e questo ha immediati riflessi anche per la disciplina della risoluzione del concordato preventivo, visto il rinvio che a tale norma viene effettuato per il tramite dell'art. 137 l.f..

Il legislatore ha voluto accentuare il momento del contraddittorio, e la tutela del diritto di difesa dell'imprenditore e delle altre parti coinvolte, a cui il debitore potrà tuttavia rinunciare, come sovente accade nelle ipotesi di presentazione di ricorso per la dichiarazione di fallimento in proprio.

Il procedimento di risoluzione si incardina con il deposito di un ricorso, contenente la richiesta di risoluzione del concordato, i motivi a fondamento della richiesta e la prova della propria legittimazione come creditore del concordato, unitamente alla domiciliazione.

4.1 Termine di decadenza

Ai sensi del sesto comma dell'art. 137 l.f., il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro un anno dalla scadenza del termine fissato per

¹⁷ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009, sub 15, 62-63.

l'ultimo adempimento previsto nel concordato, a pena di inammissibilità¹⁸; anche sul punto è intervenuto il legislatore della riforma, in quanto nella precedente formulazione, la norma testualmente disponeva che “la risoluzione non può essere pronunciata trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento stabilito nel concordato”. L'attuale testo della norma ha sciolto i dubbi sorti nella vigenza di quello precedente, chiarendo che entro il termine annuale deve essere depositato il ricorso, ma il provvedimento del Tribunale può essere anche successivo.

La *ratio* della limitazione temporale all'esercizio dell'azione di risoluzione è da ricercare nell'esigenza di conferire una certa stabilità ai risultati a cui è pervenuto il concordato, se pur parzialmente adempiuto e, quindi, in definitiva, di certezza di rapporti giuridici ed economici¹⁹.

La locuzione “adempimento” in luogo di “pagamento” del testo *ante* riforma è estremamente ampio e tale da accogliere ogni attività prescritta dal decreto di omologa e finalizzata all'esecuzione del concordato²⁰, vocabolo utilizzato anche nell'art. 136 l.f., che si occupa dell'esecuzione del concordato.

Circa la natura prescizionale o decadenziale del termine, la dottrina si è orientata per la seconda soluzione, sia per quanto riguarda la forma che il regime, non potendo, pertanto, essere sospeso od interrotto²¹.

4.2 Convocazione

Il Tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed il creditore istante per la risoluzione; il decreto di convocazione è sottoscritto dal Presidente del Tribunale o dal giudice relatore se vi è delega alla trattazione del procedimento ed è notificato, insieme con il ricorso, a cura di parte secondo le forme previste dal codice di procedura civile, almeno

¹⁸ P. Pajardi, *Codice del fallimento*, a cura di M. Bocchiola - A. Paluchowski, Giuffrè, Milano, 2009,153.

¹⁹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009, *sub* 137, 783.

²⁰ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, *cit.*, 264.

²¹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009, *sub* 137, 784 a cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali.

quindici giorni²² prima dell'udienza fissata per la comparizione, ai fini di garantire il contraddittorio ed il diritto di difesa, al cui presidio la norma è posta.

La convocazione costituisce un passaggio fondamentale del procedimento, stabilito a pena di improcedibilità del ricorso o di nullità del provvedimento finale, nullità che potrà essere fatta valere in sede di impugnazione della sentenza o del decreto²³.

I soggetti che sono rimasti illegittimamente estranei al procedimento potrebbero comunque sempre eccepire la nullità dello stesso in sede contenziosa ordinaria. Una volta che la convocazione è stata ritualmente eseguita, nessuna conseguenza deriverà, invece, dalla mancata comparizione dei soggetti regolarmente invitati a comparire²⁴.

Le parti del procedimento sono il creditore istante, il debitore e l'eventuale assuntore, semprechè la proposta non preveda la liberazione immediata del debitore.

Il Tribunale può sentire anche il commissario giudiziale, quale organo preposto alla sorveglianza sull'adempimento del concordato, e il liquidatore, quale soggetto incaricato di svolgere gli atti necessari alla esecuzione del concordato, la mancata audizione dei quali non comporta alcuna sanzione²⁵; il

²² Il termine era stato inizialmente fissato dal D. lgs. n. 5/2006 in quindici giorni "liberi", inciso che è stato soppresso con il decreto correttivo n. 169/2007. Per il computo del termine, pertanto, si deve applicare la regola generale di cui all'art. 155, 1° co., c.p.c., secondo cui *dies a quo non computatur*. Il termine può essere abbreviato ex art. 15 l.f. dal Presidente del Tribunale se ricorrono particolari ragioni d'urgenza. In tal caso, il Presidente del Tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi. La contrazione del termine, per quanto rimessa al prudente apprezzamento del giudice, non può comunque essere tale da impedire o comprimere eccessivamente l'esercizio del diritto di difesa del debitore. I mezzi idonei tramite i quali può essere eseguita la convocazione del debitore in caso di abbreviazione del termine possono consistere, ad esempio, nella notificazione eseguita dalla Polizia giudiziaria o dalla Guardia di Finanza, oppure nella comunicazione tramite fax, telegramma e-mail, o raccomandata con ricevuta di ritorno. A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 15, 64.*

²³ Non sarebbe legittimo, ad esempio, assumere come unico strumento di difesa delle parti l'assegnazione di un termine per il deposito di una memoria scritta. Così. G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato, cit., 261.*

²⁴ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato, cit., 261.*

²⁵ A. Tedoldi, in *Appunti in tema di omologazione e di risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. proc.*, 2009, 647 ss, afferma che: "Non pare invece legittimato neppure all'intervento il commissario giudiziale, stante il ruolo istituzionale e neutrale che gli compete, ferma per il tribunale la possibilità di convocarlo in camera di consiglio per assumere informazioni, nell'ambito dei poteri

pubblico ministero non è parte del procedimento, ma ha facoltà di intervento²⁶ ex art. 71 u.c. c.p.c. in vista del susseguente eventuale fallimento del debitore²⁷.

Altri creditori possono legittimamente intervenire ex art. 105 c.p.c. nel procedimento di risoluzione già instaurato da un altro creditore, mentre si reputa inammissibile l'intervento del terzo ex art. 105 c.p.c. perché incompatibile con le modalità proprie dei procedimenti in camera di consiglio.

Il decreto di convocazione contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dell'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di risoluzione del concordato e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti e relazioni tecniche.

In presenza di una pluralità di ricorsi il Tribunale deve disporre la riunione dei procedimenti, anche al fine di compiere una valutazione complessiva delle lamentate inadempienze da parte del debitore concordatario²⁸. L'ostacolo maggiore alla riunione ha natura pratica ed è costituito dai tempi di deposito dei ricorsi che, tenuto conto delle scadenze procedurali, potrebbero renderla materialmente impossibile²⁹.

4.2.1 Convocazione del garante

L'art. 137 l.f. dispone che debba essere chiamato anche l'eventuale garante, in quanto interessato agli esiti del procedimento, disciplinando, pertanto, un'ipotesi di litisconsorzio necessario³⁰ nel procedimento camerale

istruttori d'ufficio che connotano il procedimento camerale di risoluzione, costruito secondo lo schema di cui all'art. 15".

²⁶ C. Esposito, *L'intervento "obbligatorio" del pubblico ministero nel procedimento di concordato preventivo alla luce del decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1407, nota a Cass. 24 luglio 2007 n. 16396, *ivi*, 1403 ss.

²⁷ Tribunale di Ascoli Piceno 18 dicembre 2009, in www.ilcaso.it.

²⁸ E. Bertacchini, *Commento sub art. 137 l.fall.*, in A. Nigro – M. Sandulli- V. Santori (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, 1836.

²⁹ M. Ferro, *La Legge fallimentare Commentario teorico-pratico*, (a cura di), Cedam, Padova, 2008, 386 ss.

³⁰ L'espressione "al procedimento è chiamato a partecipare anche l'eventuale garante" richiama alla mente, come formulazione della fattispecie, quella prevista dall'art. 23 L. 24 dicembre 1969 n. 990, in tema di assicurazione e responsabilità civile da circolazione di veicolo a motore e dei natanti, secondo

per la dichiarazione di risoluzione del concordato³¹; la sua mancata convocazione è, pertanto, causa di nullità della risoluzione per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Il legislatore della riforma con il decreto correttivo del 2007 ha apportato alcuni ritocchi alla precedente formulazione della disposizione normativa, eliminando l'originario riferimento alla figura del fidejussore, per passare alla più generale figura del garante che comprende, oltre al fidejussore, anche i terzi che hanno prestato a favore dei creditori altri tipi di garanzia, sia tipica che atipica, quale quella di cedere dei beni personali a favore della massa dei creditori³².

Un'ulteriore novità attiene alla "chiamata" del terzo garante, che deve essere interpretato nel senso che il contraddittorio, nella disciplina fallimentare, si attua attraverso l'assolvimento di un mero onere di comunicazione della data dell'udienza, con indicazione dell'oggetto su cui la parte od il terzo sono chiamati a difendersi³³, senza che sia necessaria, ai fini della validità della pronuncia giudiziale, che il chiamato partecipi effettivamente al processo.

Nella scelta legislativa di rafforzare il diritto del garante a partecipare al procedimento di risoluzione del concordato ha influito, secondo la dottrina³⁴, anche l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, dalla sentenza a Sezioni Unite del 18 febbraio 1997 n. 1482³⁵, secondo la quale le garanzie prestate per l'attuazione del concordato non perdono efficacia in caso di

il quale "Nel giudizio promosso contro l'assicuratore (...) deve essere chiamato nel processo anche il responsabile del danno".

³¹ M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, in *Fall.*, 2008, 1303 ss.

³² A.C. Marollo, *Il garante nel procedimento di omologazione del concordato preventivo e nella fase di impugnazione*, in *Fall.*, 2008, 164-165, nota a Cass. 9 maggio 2007 n. 10635, *ivi*, 163 ss.

³³ App. Firenze 27 luglio 1988, in *Dir. fall.*, 1988, 419, con nota di M. Bronzini, *Violazione del diritto di difesa: garante convocato solo "per il concordato" senza preavviso di domanda di fallimento pendente contro di lui*. Si veda anche Cass. 12 gennaio 1999 n. 225, in *Fall.*, 2001, 561; G. Rago, *Il diritto di difesa nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2001, 983, 986; G. Canale, *Il procedimento di risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 837.

³⁴ M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, *cit.*, 1304.

³⁵ Cass. S.U. 18 febbraio 1997, n. 1482, in *Corr. Giur.*, 1997, 775, con nota di M. Sesta, *La sorte delle garanzie concordatarie in caso di risoluzione o annullamento*; e in *Fall.*, 1997, 722, con nota di L. Panzani, *Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l'esecuzione*, *ivi*, 731 ss.

risoluzione del concordato preventivo³⁶. Pertanto, “considerando che l’esigenza di garantire la partecipazione al procedimento asseconda il diritto di difesa dei soggetti che subiscono gli effetti della decisione, è evidente che tra questi debbano inserirsi i terzi garanti del concordato preventivo, che in seguito alla risoluzione sono tenuti ad eseguire la prestazione a favore dei creditori concordatari”³⁷.

Si è detto che la chiamata al procedimento di risoluzione del concordato preventivo del garante integra una fattispecie di litisconsorzio necessario. Si pone, pertanto, il problema delle conseguenze della sua mancata convocazione, ipotesi non disciplinata direttamente dalla legge fallimentare.

Nella vigenza del precedente testo normativo, era orientamento consolidato che alla risoluzione del concordato preventivo si applicasse l’istituto della opposizione, previsto quale mezzo di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento e, di conseguenza, il problema era affrontato passando attraverso l’indagine se ai procedimenti endofallimentari ispirati al modello della cognizione piena fossero applicabili i rimedi previsti per il processo civile, in cui sono previsti una serie di istituti diretti a consentire la sanatoria del vizio sia nel corso del giudizio di primo grado, con l’imposizione d’ufficio di un termine per l’integrazione del contraddittorio, *ex art. 102, II co., c.p.c.*, che nel corso del giudizio d’appello, in cui il legislatore ammette l’intervento del terzo *ex art. 344 c.p.c.*, quale soggetto che può proporre l’opposizione, e dispone che il giudice debba rimettere la causa al giudice di primo grado per consentire al litisconsorte necessario ed ai contraddittori di esercitare il diritto di difesa³⁸.

³⁶ Si veda sull’argomento anche F. Marelli, *risoluzione del concordato preventivo, conservazione delle garanzie e conseguenze applicative nel successivo fallimento*, in *Fall.*, 2003, 603; L.A. Russo, *La risoluzione e l’annullamento del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 1989, 199.

³⁷ M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, *cit.*, 1304.

³⁸ La cui violazione nei confronti dei litisconsorti necessari costituisce vizio talmente grave da far ritenere la sentenza inesistente o totalmente inefficace anche nei confronti delle parti, così C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, XVIII ed., Torino, 2006, 154; L. Zanuttigh, *voce Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1994, 40; G. Fabbrini, *voce Litisconsorzio*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 810.

L'applicabilità di questi istituti nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento e, per estensione, alla sentenza di risoluzione del concordato preventivo non era pacifica.

Infatti, la giurisprudenza ammetteva l'intervento nel giudizio d'appello, il che presupponeva che si consentisse, in alternativa all'intervento, l'impugnazione della sentenza con l'opposizione di terzo ordinaria. La dottrina³⁹ escludeva tale possibilità, in quanto in caso di accoglimento dell'impugnazione prevista dal primo comma dell'art 404 c.p.c., si determina l'inefficacia della pronuncia esclusivamente nei confronti del terzo, restando inalterata quella verso le parti, il che mal si concilia con l'esecuzione concorsuale, che necessita di una regolamentazione uniforme di tutti i rapporti giuridici connessi all'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore.

Sotto un altro profilo, l'improponibilità dell'opposizione di terzo verso la sentenza dichiarativa di fallimento trovava la sua giustificazione nel fatto che la dichiarazione di fallimento determina "lo *status* di fallito del debitore e, al pari di tutti gli altri giudicati che attengono agli *status* della persona, avrà efficacia *erga omnes*, nel ristretto senso in cui, qualora un soggetto rimasto estraneo al giudizio in cui si è formato il giudicato voglia negare la spettanza dello *status* egli non potrà ignorare il giudicato formatosi *inter alios* e dovrà nel promuovere il nuovo giudizio postulare la rimozione stessa o con l'opposizione di terzo ordinaria ovvero con un'azione di accertamento negativo, nel contraddittorio di coloro che parteciparono al giudizio chiusosi con la decisione passata in giudicato"⁴⁰.

³⁹ E.F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, Giuffrè, Milano, 1997, 141-142, il quale così si esprimeva: "Sono tutti d'accordo nel ritenere che i terzi non abbiano a disposizione, per sottrarsi agli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, ormai stabili tra le parti in senso formale, l'opposizione prevista dall'art. 404, cod. proc. civ. L'esclusione di questo mezzo riposa sul medesimo principio in virtù del quale nessun terzo può considerare come privo di effetti un procedimento di espropriazione forzata o qualsiasi altro procedimento di attuazione della responsabilità patrimoniale soltanto perché gli effetti prodottisi in capo ad altri a motivo di tale pendenza gli sono di nocumento. Impregiudicato il problema di sapere se, ed entro quali limiti, la sentenza possa essere caducata con conseguenza per tutti, certa è l'impossibilità che ai suoi effetti, finché essi rimangono in vita, taluno possa sottrarsi".

⁴⁰ F. De Santis, *Sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 367 e 375, ove alla nota 29 cita, in senso conforme, Cass. 3 ottobre 2005, n. 19293.

Tuttavia, altra parte della dottrina sosteneva che nel caso di specie, operava l'eccezione e non la regola, in quanto il vizio della sentenza è idoneo a giustificare, in seguito all'accoglimento dell'opposizione di terzo, la caducazione del provvedimento sia nei confronti delle parti che nei confronti del terzo⁴¹.

In definitiva, considerando che l'uniformità della disciplina dei rapporti giuridici è assicurata sia dalla decisione efficace verso tutti, sia da quella inefficace verso tutti, doveva ritenersi che nelle fattispecie regolate dal sistema dell'impugnazione con l'opposizione ai sensi dell'art. 18 l.f., nel testo vigente prima della riforma, il garante potesse far valere il vizio intervenendo in appello⁴²; l'ostacolo principale riguardava, invece, la natura dell'impugnazione. Infatti, l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento (ed a quella di risoluzione del concordato, per estensione) poneva il Tribunale, prima, e la Corte d'appello, poi, nell'alternativa tra confermare la decisione impugnata, rigettando l'opposizione, o annullarla nel caso opposto, sistema questo, che non si addiceva all'ipotesi in cui il provvedimento presenta una nullità formale la cui rimozione è condizione necessaria rispetto al riesame della decisione di merito.

Nel processo civile, il problema è risolto riconoscendo al giudice d'appello il potere di dichiarare la nullità e di esaminare nel merito la domanda, nei limiti oggettivi dell'impugnazione, ed individuando delle ipotesi tassative ed eccezionali in cui la gravità del vizio impone la pronuncia di una sentenza meramente rescindente, con rimessione della causa al primo giudice⁴³, cosa che, però, non era riproposta in modo esplicito nella legge fallimentare.

⁴¹ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile, II, cit.*, 566 note 10 e 11; C. Cecchella, *L'opposizione di terzo alla sentenza*, G. Giappichelli, Torino, 1995, 16. In giurisprudenza, Cass. 8 marzo 1995, n. 2722, in *Foro it.*, 1996, I, 219.

⁴² M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa, cit.*, 1305.

⁴³ G. Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Jovene, Napoli, 1984; G. Olivieri, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Jovene, Napoli, 1999; C. Consolo, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (Una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, 79 ss.

Il legislatore della riforma ha eliminato la regola della non impugnabilità della decisione di risoluzione, disponendo in un primo momento che essa fosse impugnabile con il reclamo, secondo la disciplina dell'impugnazione del decreto di omologazione *ex art. 131 l.f.*, e, con il decreto correttivo del 2007, disponendo l'applicabilità del reclamo secondo la disciplina adottata per l'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento *ex art. 18 l.f.*, anch'esso riformato, nel senso di rimettere alla Corte d'appello il potere di riesaminare la decisione del Tribunale, evitando la ripetizione nelle forme del processo a cognizione piena il giudizio di opposizione, il cui primo grado si svolgeva dinanzi allo stesso Tribunale che aveva emesso la sentenza in Camera di Consiglio⁴⁴, ed optando per l'applicazione del rito camerale, che, tuttavia, si presenta come anomalo, in quanto i poteri discrezionali del giudice nell'individuare le forme del provvedimento risultano compressi dalla scelta legislativa di regolare direttamente i poteri delle parti in merito alla produzione dei mezzi di prova e le modalità di svolgimento del processo⁴⁵.

Le nuove disposizioni hanno dato vita a due opposte letture da parte della dottrina.

Una prima ricostruzione va nel senso di ritenere che ai procedimenti endofallimentari vada applicato il "contenitore neutro" della disciplina processuale semplificata della camera di consiglio regolata dagli articoli 737-742 del c.p.c., con la conseguenza che la sentenza di fallimento, così come quella di risoluzione del concordato, sia sempre revocabile e non idonea a passare in giudicato⁴⁶.

⁴⁴ M. Fabiani, *L'impugnazione del decreto nel giudizio di omologazione*, in *Fall.*, 2006, 1085; A. Carratta, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 1; G. Minutoli, *Le iniziative di fronte alla sentenza dichiarativa di fallimento tra appello e reclamo: impugnazione devolutiva, o modifica di "facciata"?*, in *Fall.*, 2008, 259, 263; A. Castagnola, *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 153, 161-162; A. Saletti, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare riformata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 981, 993.

⁴⁵ M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, *cit.*, 1306.

⁴⁶ L. Montesano, *"Dovuto processo" da diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915; A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393; L. Lanfranchi, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 33; G. Arieta, *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1039.

Al contrario, vi è chi sostiene che “a dispetto del richiamo testuale alle modalità dei procedimenti in camera di consiglio – il legislatore ha disegnato un vero e proprio processo contenzioso di primo grado a cognizione piena ancorchè “differenziato”, disciplinando in maniera differenziata le fasi di instaurazione e di svolgimento del contraddittorio e tipizzando garanzie difensive delle parti”⁴⁷, di talchè i provvedimenti emessi dal tribunale fallimentare in sede di dichiarazione di fallimento o di risoluzione del concordato preventivo sono attratti nell’area della cognizione piena, dove opera la regola dell’incontrovertibilità della sentenza passata in giudicato⁴⁸.

Indipendentemente dall’aderire alla prima od alla seconda delle due impostazioni, occorre domandarsi di quale forme di tutela possa avvalersi il garante pretermesso nel procedimento di risoluzione.

La regola generale è quella che la legittimazione ad impugnare è riservata alle parti in senso formale, ossia alle parti che hanno partecipato al procedimento e questo sia nel rito camerale che nell’appello e negli altri mezzi di impugnazione della sentenza nel processo ordinario⁴⁹.

Tuttavia, il legislatore all’art. 18 della legge fallimentare attribuisce la possibilità di proporre reclamo anche a “qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d’appello nel termine perentorio di trenta giorni”, e nulla esclude che l’interesse all’impugnazione possa sorgere anche dalla violazione delle norme processuali e, quindi, che il garante possa avvalersi di questo mezzo per far valere l’invalidità della dichiarazione di risoluzione emessa senza l’integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario⁵⁰.

⁴⁷ F. De Santis, *Sulla c.d. “degiurisdizionalizzazione” del concordato collettivo*, cit., 373; F. De Santis, *Istruttoria prefallimentare e giudicato di rigetto*, in *Fall.*, 2008, 956.

⁴⁸ M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, cit., 1306.

⁴⁹ G.M. Micheli, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 190, 203; F. Ghirga, *Sulla proponibilità dell’actio nullitatis contro il provvedimento camerale*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1160, 1173. In senso favorevole ad estendere la legittimazione al reclamo ex art. 739 c.p.c. al terzo che subisce gli effetti del provvedimento camerale App. Perugia, 11 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1628.

⁵⁰ M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, cit., 1306-1307.

Il problema è, allora, di stabilire se e come la violazione del diritto di difesa del litisconsorte necessario pretermesso si ripercuota sui poteri decisorio del giudice del reclamo.

Le opzioni sono due: o si ritiene che la causa debba essere rimessa al giudice di primo grado, con preclusione al giudice d'appello di disporre nel merito, dovendo questi limitarsi ad emettere una pronuncia meramente rescindente di nullità del provvedimento impugnato, secondo le regole del rito ordinario, o, invece, si riconosce all'impugnazione la sua piena natura sostitutiva, consentendo al giudice l'esercizio di ogni potere decisorio circa la fondatezza della domanda, salvo i limiti oggettivi previsti per il giudizio di impugnazione.

La seconda tesi appare preferibile, in quanto nel giudizio di reclamo non operano i limiti previsti dall'art. 345 c.p.c.⁵¹ all'introduzione di nuove domande, eccezioni e prove, cosicchè tutte le parti, ivi compreso il litisconsorte necessario pretermesso, possono esercitare pienamente il diritto di difesa, senza che sia necessario ripetere il giudizio dinanzi al Tribunale.

Nell'art. 22 della legge fallimentare è disciplinata un'ipotesi tipica di rimessione della causa al giudice di primo grado, che si ha nell'ipotesi in cui la corte d'appello accolga il reclamo del creditore ricorrente o del pubblico ministero avverso il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento, "salvo che, su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari", cosicchè viene salvaguardata la competenza funzionale del Tribunale nella dichiarazione di fallimento.

Tale norma non viene richiamata dall'art. 186 l.f., che, come già detto, rinvia agli artt. 137 e 138, in quanto compatibili, i quali, a loro volta

⁵¹ Così M. Fabiani, *art. 18, Appello*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2007, 359 ss, il quale afferma (362-363) che: "L'appello deve atteggiarsi in sostanza come opposizione di terzo, rimedio che assorbe l'intervento in appello ex art. 344 c.p.c. (...). Ciò significa che la norma dell'art. 344 c.p.c. non può trovare applicazione nel giudizio di appello avverso la sentenza di fallimento perché l'ordinamento accorda un'autonoma legittimazione alla proposizione del gravame". Nello stesso senso, con riferimento alla impugnazione del provvedimento di omologazione del concordato, C. Cecchella, *Opposizione di terzo e appello avverso una sentenza di omologazione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, 316.

rimandano alla disciplina di cui agli articoli 15 e 18 l.f., senza alcun riferimento all'art. 22 l.f..

Da ciò si può concludere che, in caso di impugnazione della sentenza di risoluzione, la Corte d'Appello possa annullare la decisione viziata per mancata integrazione del contraddittorio, pronunciando direttamente la risoluzione se ritiene infondate nel merito le ragioni del garante e delle altre parti che si oppongono alla risoluzione⁵².

4.3 Mezzi istruttori

Nella vigenza della precedente disciplina si riteneva che l'unica attività istruttoria ammessa fosse quella dell'audizione delle parti, avendo il tribunale il compito di accertare se il concordato, così come proposto, votato ed omologato, fosse stato eseguito oppure no.

Oggi, l'esplicito rinvio alle modalità dell'istruttoria ed alle regole probatorie lì disciplinate, con il richiamo ai mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, comporta un limitato profilo officioso⁵³, tenendo altresì conto dello specifico *thema decidendum*, l'inadempimento, esteso anche alla valutazione della sua rilevanza, per il quale si ritiene che le parti hanno un pieno diritto di prova⁵⁴, potendo ricorrere a qualunque mezzo istruttorio, costituito o costituendo, compatibilmente con le esigenze di celerità del rito *de quo*⁵⁵.

Il settimo comma dell'art. 15 l.f. attribuisce espressamente alle parti la possibilità di avvalersi della consulenza tecnica, da cui si deduce che possa essere disposta anche la consulenza tecnica d'ufficio, un "mezzo istruttorio sottratto alla disponibilità delle parti, sì che la sua ammissione rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito, cui è rimessa la facoltà di valutare la

⁵² M. Dominici, *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, cit., 1307.

⁵³ Il giudice potrà sempre assumere informazioni presso la Pubblica amministrazione, tramite la Polizia Giudiziaria e per mezzo della Guardia di Finanza, ai sensi dell'art. 738, III co., c.p.c. Così A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., sub art. 15, 65.

⁵⁴ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 262.

⁵⁵ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., sub art. 137, 785.

necessità o l'opportunità, senza che il Tribunale nel caso di specie ritenga opportuno o necessario disporla, avendo più che sufficienti elementi di valutazione"⁵⁶.

Facendo leva proprio da questa disposizione la dottrina prevalente ritiene oggi tendenzialmente ammissibile anche le prove di cosiddetta lunga indagine, ovverosia di quelle prove per il cui espletamento è necessario un lasso di tempo rilevante o comunque non breve, pur con la precisazione che, in considerazione delle esigenze di celerità e speditezza del procedimento, il giudice dovrà sempre procedere con un vaglio preventivo se, alla luce delle circostanze del caso concreto, la loro acquisizione non si traduca in una dilatazione eccessiva dei tempi del giudizio. Una di queste prove è, ad esempio, la testimonianza, la cui ammissibilità dovrebbe essere sempre valutata in funzione della sua compatibilità, nel caso concreto, con le esigenze di speditezza, e, pertanto, secondo autorevole dottrina, a tale mezzo si potrà ricorrere, in realtà, "solo in casi eccezionali e rari"⁵⁷.

E d'altro canto, la giurisprudenza ha precisato che le iniziative istruttorie delle parti non sfuggono al vaglio di ammissibilità e rilevanza sicchè alcuna istruttoria ha luogo quando il tribunale ritenga il procedimento pronto per essere deciso⁵⁸.

Nessuna ragione parrebbe impedire che il tribunale si avvalga, al fine di prendere la propria decisione di fatti notori *ex art. 115, II co., l.f.* e di presunzioni. Mentre l'utilizzabilità della scienza privata dei componenti del collegio, ammessa da parte della dottrina, per altri autori dovrebbe essere negata perché, essendo priva di un riscontro documentale di sostegno, non appare idonea a consentire la piena realizzazione del contraddittorio e del diritto di difesa della parti, voluta dal legislatore della riforma⁵⁹.

⁵⁶ Tribunale di Ascoli Piceno 18 dicembre 2009, in www.ilcaso.it.

⁵⁷ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 15, 66.*

⁵⁸ Tribunale di Ascoli Piceno 18 dicembre 2009, cit.

⁵⁹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, cit., sub art. 15, 66*, anche per i riferimenti bibliografici.

5. Forma e contenuto del provvedimento del Tribunale sia di rigetto che di accoglimento

Secondo quanto disposto dall'art. 137 l.f., il procedimento di risoluzione, disegnato sul modello di quello descritto all'art. 15 l.f., si conclude con decreto, se la domanda è rigettata, e con sentenza, se, al contrario, la risoluzione richiesta dal ricorrente è accolta⁶⁰.

La forma della sentenza è prevista nell'art. 137 l.f. ed è coerente con la disciplina fallimentare in cui è inserita, in quanto alla risoluzione del concordato fallimentare segue necessariamente la riapertura della procedura fallimentare, che avviene tramite l'emanazione di una nuova sentenza.

Più problematica appare l'applicazione di tale disposizione con la disciplina del concordato preventivo, in cui tutti i provvedimenti di definizione della procedura non accompagnati da una contestuale dichiarazione di fallimento assumono la forma del decreto motivato⁶¹.

Il provvedimento del tribunale sull'istanza di risoluzione, sia di accoglimento che di rigetto, ha un contenuto sostanzialmente vincolato, in quanto ciò di cui deve occuparsi il Collegio è stabilire se il concordato, così come proposto, sia stato adempiuto o meno e, in caso di risposta negativa, se l'inadempimento abbia la gravità richiesta dall'art. 186 l.f.. Esula, invece, dai poteri del Tribunale quello di accertare la sussistenza del credito del ricorrente, in via principale e con autorità di cosa giudicata, dovendo accertare tale requisito solo ai fini della legittimazione attiva dell'istante e, quindi, *incidenter tantum*, così come quello di adottare provvedimenti specifici in ordine al pagamento dello stesso⁶².

Infine, per quanto concerne il contenuto, occorre interrogarsi sulla possibilità per il tribunale di dichiarare, contestualmente alla risoluzione del concordato, anche il fallimento dell'impresa insolvente.

⁶⁰ A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione e di risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 647 ss.

⁶¹ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 262.

⁶² G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 262.

L'eliminazione del 3° comma dell'art. 186 l.f., secondo il quale con “la sentenza che risolve o annulla il concordato, il tribunale dichiara il fallimento”, va nel senso di impedire al Tribunale di decidere automaticamente in ordine al fallimento del debitore.

Nell'ipotesi in cui dovesse essere esclusa la necessità di risolvere il concordato o nel caso in cui, nonostante la risoluzione, dovesse emergere che l'imprenditore non è in stato di decozione, *nulla quaestio*: il procedimento si concluderà soltanto con il decreto di rigetto o di accoglimento del ricorso per la risoluzione .

Occorre interrogarsi sul contenuto del provvedimento del Tribunale qualora il creditore ricorrente in risoluzione non aggiunga alla domanda principale anche quella di declaratoria di fallimento e il tribunale ritenga che sussista l'insolvenza del debitore⁶³. Tale ipotesi non è disciplinata espressamente dal legislatore. L'unico riferimento è il richiamo dell'art. 186 l.f. alle “disposizioni degli artt. 137 e 138 l. fall., in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale”, compatibilità che va esclusa in ordine all'automatica riapertura del fallimento, lì prevista per il concordato fallimentare, così come è da escludere la dichiarazione di fallimento d'ufficio, essendo stato eliminato questo potere nel novellato art. 6 l.f..

Per autorevole dottrina⁶⁴ la lacuna legislativa è “priva di giustificazione, dato che l'acclarata impossibilità di soddisfare i creditori nella misura concordataria rende evidente lo stato d'insolvenza del debitore, per cui la dichiarazione di fallimento sembrerebbe, in caso di risoluzione, inevitabile. Ne deriva che una volta accertati i presupposti per la dichiarazione di risoluzione

⁶³ Va escluso che la domanda di fallimento sia implicita nella domanda di risoluzione, ma deve essere esplicitamente formulata dal creditore che agisce in risoluzione, anche per permettere al debitore di approntare le opportune difese e memorie, anche in merito all'accertamento dell'insolvenza, requisito essenziale per la procedura fallimentare, ma non necessariamente per quella di concordato preventivo che si va a risolvere, come previsto dall'art. 160 l.f.

⁶⁴ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 263. Nello stesso senso M. Vitiello, *L'esecuzione del concordato*, cit., 253; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Cedam, Padova, 2008, 154.

del concordato e lo stato d'insolvenza del debitore, il tribunale, in assenza di una richiesta di fallimento proveniente da uno dei soggetti legittimati, dovrà effettuare la segnalazione al p.m. ai sensi dell'art. 7 l.fall.". Tale soluzione trova conferma anche nella giurisprudenza di merito, che prevede la possibilità per il tribunale di trasmettere gli atti al pubblico ministero⁶⁵, per consentire all'organo della pubblica accusa di presentare la sua richiesta.

Qualora insieme alla domanda di risoluzione del concordato preventivo, il creditore chieda anche la dichiarazione di fallimento⁶⁶ o vi sia un'istanza proveniente da altro soggetto legittimato *ex art. 6 l.f.*, vi è chi⁶⁷ nega la possibilità per il tribunale di dichiarare il fallimento del debitore, all'esito del giudizio di risoluzione, in quanto il fallimento dovrebbe essere dichiarato soltanto all'esito di un separato giudizio *ex art. 15 l.f.*, successivo alla conclusione del procedimento di risoluzione del concordato⁶⁸.

⁶⁵ Tribunale di Venezia, 2 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 742.

⁶⁶ Per M. Ferro, *La Legge fallimentare, Commentario teorico-pratico* a cura di M. Ferro, Cedam, Padova, 2008, 388, "si tratterebbe di un cumulo oggettivo di domande contro lo stesso soggetto, proposte davanti al giudice competente a conoscerle entrambe e sottoposte al medesimo rito procedurale (ed al medesimo regime impugnatorio dei provvedimenti conclusivi). La provvisoria esecutività espressamente conferita alla pronuncia di risoluzione o annullamento dovrebbe consentire di tenerne conto anche ai fini della contestuale dichiarazione di fallimento".

⁶⁷ G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in G. Fauceglia-L. Panzani, (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009, 1771.

⁶⁸ *Contra* Tribunale di Siracusa 2 maggio 2012, in www.ilcaso.it, secondo il quale: "l'impianto della legge fallimentare mira a innestare il principio del contraddittorio e del diritto di difesa rispetto nell'ambito di un procedimento tendenzialmente sommario che, per i suoi connotati fisiologici, non tollera formalità che non siano essenziali rispetto alle garanzie costituzionali.

In tal senso, non può che reputarsi sufficiente ad assicurare il diritto pieno di difesa del debitore, che egli sia posto in grado di conoscere l'iniziativa assunta nei suoi confronti e di difendersi nei limiti delle finalità e delle speciali ragioni di urgenza e tempestività delle procedure concorsuali, miranti anche alla conservazione del patrimonio del debitore. L'esigenza di celerità del procedimento è ostativa a che si pongano in essere scansioni procedurali in contrasto con la sollecita definizione della procedura concorsuale e che si traduca in un inutile dispendio di energie processuali.

Pertanto se da un lato il Tribunale deve garantire, in quanto principio costituzionale, un diritto di difesa al debitore consentendogli non solo di approntare una linea difensiva idonea, ma di ricorrere – come nel caso di specie – a strumenti alternativi alla dichiarazione di fallimento, è pur vero che il debitore deve far valere tempestivamente, e dunque nell'ambito della medesima procedura concordataria prescelta, le proprie ragioni, fornendo all'organo giudicante tutti gli elementi che reputa utili alla propria causa. Il Tribunale, quale istituto garante dell'ordine giudiziario, del giusto processo e della celerità dei procedimenti, deve assicurare che il debitore sia effettivamente in grado di avviare una iniziativa, ma che non pregiudichi l'interesse di terzi procrastinando a tempo indeterminato una situazione che non ha più ragion d'essere.

Il che è coerente sistematicamente con l'adozione, per le procedure concorsuali, del rito camerale, connotato dalle caratteristiche di funzionalità, semplificazione e speditezza ed immune dall'espletamento di fasi procedurali non essenziali al contraddittorio".

5.1 Adempimento, nelle more del giudizio di risoluzione, da parte del debitore o di un soggetto terzo, neo garante

Occorre interrogarsi sul contenuto del provvedimento del Tribunale, nel caso in cui, nelle more del giudizio di risoluzione, l'obbligazione verso il creditore procedente venga adempiuta da parte del debitore concordatario o di un terzo, anche estraneo sino a quel momento alla procedura concorsuale.

Il quesito che si pone è se, una volta sottoposta al Tribunale la questione dell'inadempimento del piano del concordato, su sollecitazione di un creditore, esso possa estendere l'analisi del problema all'intero adempimento, al di là del singolo sinallagma debitore-creditore istante in risoluzione.

Infatti, se il creditore istante viene soddisfatto, la sua domanda giudiziale è destinata ad estinguersi per cessazione della materia del contendere, al di là della questione relativa alle spese del giudizio.

E se è possibile affermare che il tribunale, indagando l'importanza dell'inadempimento di cui all'art. 186 l.f. possa estendere lo sguardo anche ad inadempimenti diversi da quello dell'istante, ipotizzando un interesse sovraindividuale comune alla massa dei creditori (chè, altrimenti, non sarebbe neppure giustificato l'impiego di mezzi e di risorse pubbliche di una procedura giudiziale incardinata presso il Tribunale), pare eccessivo spingersi oltre, sino a sostenere che il Tribunale possa andare oltre i confini delineati dalla domanda, essendo sicuramente valevole anche per questo giudizio il principio sancito dall'art. 99 c.p.c..

6. Mezzi di impugnazione

6.1 Avverso il provvedimento emesso dal Tribunale

Il decreto di rigetto è reclamabile in Corte d'Appello, in applicazione delle norme generali sui procedimenti in camera consiglio (art. 739 c.p.c.),

ovvero, secondo altri⁶⁹, a norma dell'art. 22 l.f., applicato analogicamente quale naturale completamento della disciplina di cui all'art. 15 l.f., anche se tra l'uno o l'altro schema, non vi è poi una distanza tale da destare preoccupazioni ai fini dell'applicazione pratica⁷⁰.

La sentenza del Tribunale che accoglie la richiesta di risoluzione è provvisoriamente esecutiva ed è reclamabile *ex art.* 18 l.f., come statuito anche dalla Suprema Corte⁷¹, la quale ha affermato che contro la sentenza che a norma dell'art. 186 l.f. abbia risolto il concordato preventivo e dichiarato aperto il fallimento, è proponibile non il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost., ma l'opposizione ai sensi dell'art. 18 della legge stessa, trattandosi di un rimedio a carattere generale che non risulta escluso in modo espresso e non equivoco dall'art. 186 l.f..

6.2 Avverso il provvedimento emesso dalla Corte d'Appello

E' ancora dibattuto in dottrina il problema se il decreto della Corte D'Appello che conferma il rigetto della domanda di risoluzione possa essere impugnato con ricorso straordinario alla Suprema Corte *ex art.* 111 Cost., ricorso sicuramente possibile avverso la sentenza che, al contrario, riforma quanto deciso dal Tribunale in primo grado⁷².

⁶⁹ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato*, cit., 262, il quale afferma che: "Il reclamo in corte d'appello avverso la sentenza che abbia pronunciato la risoluzione del concordato segue il procedimento del richiamato art. 18 l. fall.; quello avverso il decreto di rigetto segue invece il procedimento previsto dall'art. 22 l. fall. per i gravami avverso il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento. Soluzione che appare coerente con la scelta di fondo del legislatore, che ha individuato nel procedimento per la dichiarazione di fallimento il modello del procedimento per la risoluzione del concordato".

⁷⁰ A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione e di risoluzione del concordato preventivo*, cit.

⁷¹ Cass. 1 dicembre 2005 n. 26212, in www.leggiditalia.it.

⁷² In passato si era attestato l'orientamento che negava tale possibilità, sul fondamento che: "il decreto con cui il tribunale rigetta l'istanza del creditore tendente alla risoluzione del concordato fallimentare (o di quello preventivo) non è impugnabile con ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 cost., trattandosi di provvedimento che non decide in via definitiva e diretta su un diritto soggettivo del creditore, il quale, oltre a beneficiare dell'eventuale modifica o revoca del decreto, ha la possibilità di riproporre l'istanza di risoluzione, ovvero di formulare autonome domande di condanna nei confronti del fallito tornato *in bonis*, del garante o dell'assuntore dello stesso". Così Cass. Sez. Un. 19 novembre 1996 n. 10095 in www.leggiditalia.it. Tuttavia, il rito camerale è stato oggi generalizzato a tutte le forme di tutela nella disciplina delle procedure concorsuali, e non si ravvisano diversità di strumenti di difesa e di approfondimento istruttorio tali da negare la natura decisoria e definitiva al decreto della Corte d'Appello che rigetti la domanda di risoluzione del concordato. E, d'altra parte, sarebbe privo di logica e coerenza negare tale natura, ed il conseguente ricorso *ex art.* 111 Cost, in

La Corte d'Appello, che in accoglimento del reclamo contro il decreto che ha respinto il ricorso pronunci la risoluzione, in pendenza di una richiesta di fallimento deve rimettere, con decreto, gli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento.

7. Gli strumenti alternativi alla richiesta di risoluzione del concordato preventivo

Al di là di quanto previsto dall'art. 186 l.f., o nei casi in cui l'azione di risoluzione del concordato, malgrado la sussistenza dell'inadempimento deve considerarsi preclusa (per presenza di una causa di improponibilità o per scadenza del termine annuale, ad esempio) il creditore potrà agire verso il debitore inadempiente attivando altri strumenti, come intraprendere un'azione di adempimento, in alternativa a quella di risoluzione, ovvero può esperire un'azione individuale di cognizione ordinaria, seguita da una procedura esecutiva⁷³, o depositare un'istanza di fallimento.

In tale ultimo caso, vi è chi ritiene che non possa essere rimessa in discussione la natura di imprenditore commerciale, ma che comunque vada accertato lo stato di insolvenza; mentre per altri, quest'ultima sarebbe intrinseca al mancato pagamento previsto nel piano concordatario.

Il deposito dell'istanza di fallimento, senza la previa istanza di risoluzione, pone una difficoltà, data da una lacuna legislativa, che non è sfuggita alla giurisprudenza di merito.

Infatti, a seguito dell'accertamento dei presupposti di cui all'art. 1 l.f., il Tribunale dichiara con sentenza il fallimento.

quanto è lo stesso art. 18, 14° co. l.f., che prevede il ricorso per cassazione avverso la pronuncia del giudice di seconde cure, anche nel caso in cui la Corte d'Appello, in accoglimento del reclamo proposto ex art. 18 avverso la sentenza del Tribunale, abbia riformato la pronuncia di risoluzione, rigettando la domanda. *Contra*, G.B. Nardecchia, La risoluzione del concordato preventivo, cit., 262, il quale esclude che il decreto della Corte d'Appello che rigetti il reclamo contro il provvedimento del tribunale che ha respinto il ricorso, sia, a sua volta, impugnabile per Cassazione ex art. 111 cost. per carenza dei requisiti di decisorietà e definitività.

⁷³ Molto spesso il creditore avrà già in mano il titolo esecutivo per attivare direttamente la procedura esecutiva individuale.

Che ne è del concordato preventivo omologato, in fase di esecuzione, in cui il liquidatore non riesce a dare adempimento in tutto o in parte al piano concordatario?

Il nuovo fallimento dovrebbe essere ininfluenza sul concordato preventivo inadempito che, non potendo essere risolto, entra in una fase di stallo, mentre i creditori concordatari potranno insinuarsi al passivo soltanto per la percentuale ivi prevista.

Il Tribunale di Pistoia⁷⁴ ha affrontato tale problema in un procedimento di risoluzione che il Collegio ha voluto riaprire, in seguito ad una diversa lettura, da verificare nel contraddittorio delle parti, del termine ultimo di adempimento previsto nel concordato. Infatti, la procedura di risoluzione e di eventuale fallimento era stata aperta d'ufficio dal Tribunale (in una composizione collegiale diversa da quella che ha emesso il provvedimento che qui interessa), a seguito di memorie depositate dal creditore e di quella richiesta al C.G. da parte del G.d., con convocazione delle parti. Trattandosi di concordato preventivo omologato con decreto del 22/12/2005, il Tribunale aveva allora optato per l'applicabilità della disciplina in vigore prima della riforma attuata col D. Lgs. 169/2007 e aveva dichiarato inammissibile il ricorso per risoluzione del concordato presentato dal creditore, per decorso dell'anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento, giusta la previsione dell'art. 137 l.f., richiamato dall'art. 186 l.f..

Il Tribunale, rilevando che nel ricorso il creditore procedente non aveva chiesto la risoluzione del concordato, ha dichiarato inammissibile il procedimento officioso e si è pronunciato anche sugli effetti consequenziali rispetto ad una procedura di concordato il cui inadempimento è conclamato, risultando, oltre che *per tabulas*, anche da quanto osservato dal commissario giudiziale e dai liquidatori e dalla medesima società concordataria nella sua memoria di costituzione.

⁷⁴ Tribunale di Pistoia, 17 marzo 2010, in www.ilcaso.it.

Il Tribunale, richiamandosi alla dottrina e giurisprudenza già formatasi nella vigenza della legge del '42, che riteneva che rientrasse nelle attribuzioni del giudice fallimentare, in applicazione analogica dell'art. 136, 3° co., l.f., un decreto di chiusura o di archiviazione della procedura idoneo, da un lato a neutralizzare gli effetti della trascrizione del decreto di apertura del concordato e dall'altro a contenere l'ordine di cancellazione delle eventuali ipoteche e lo svincolo delle eventuali cauzioni iscritte e prestate a garanzia del concordato medesimo, ritiene che tale potere/dovere deve potersi esercitare anche al contrario, "quando cioè il contenuto del decreto debba avere per oggetto la inesecuzione del concordato per intervenuto ed accertato inadempimento e ciò sia per evitare la formale pendenza della procedura di esecuzione del concordato senza prospettive di adempimento e senza limiti di tempo, con violazione dei termini di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., sia per far cessare una non più finalizzata attività di sorveglianza da parte degli organi della procedura, sia per restituire ai creditori la facoltà di attivare gli ordinari strumenti di tutela del proprio credito, altrimenti paralizzati dagli effetti stabilizzatrici dell'omologa (art. 184 l.f.) di un concordato ancora formalmente aperto nella sua fase esecutiva".

In definitiva, poiché l'art. 186 l.f. attualmente in vigore contempla il rimedio della risoluzione del concordato quale mera evenienza possibile, essendo stato soppresso il potere officioso del Tribunale, l'attività degli organi della procedura deve, salvo considerarla vacua e destinata all'inerzia, poter essere finalizzata all'emissione di un provvedimento idoneo a sortire effetti di natura processuale e sostanziale, fermo restando che il fallimento sortisce effetti propri, come la revocabilità degli atti antecedenti all'apertura della procedura di concordato, di efficacia degli atti successivi, che, ovviamente, non conseguono al mero accertamento della mancata esecuzione del concordato, che limiti i suoi effetti, secondo il Tribunale di Pistoia, al porre fine alla fase di sorveglianza e di attività degli organi della procedura; a determinare la conseguente archiviazione della procedura esecutiva, altrimenti

destinata a restare “aperta” a tempo indeterminato, quantomeno sotto il profilo del controllo; a restituire ai creditori insoddisfatti la possibilità di agire nei confronti del soggetto debitore a tutela del credito.

Capitolo IV

Gli effetti della risoluzione del concordato preventivo

1. Introduzione

Occorre riflettere sulle conseguenze derivanti dalla risoluzione del concordato preventivo. Essa opera retroattivamente, facendo caducare gli effetti modificativo-esdebitatori dell'accordo concordatario omologato tramite l'emanazione da parte del Tribunale del decreto *ex art. 180 l.f.*¹ anche se non potranno essere travolti gli atti legittimamente compiuti nel corso della procedura ed in esecuzione della stessa. D'altra parte, la dichiarazione di fallimento non segue automaticamente alla risoluzione, in quanto il debitore, come visto, potrebbe tornare *in bonis* ed il fallimento esser dichiarato contestualmente o, invece, dopo un prolungato lasso di tempo ed i creditori dovrebbero essere ristorati dall'inutile tempo trascorso per l'esperimento del tentativo di concordato preventivo, o almeno non dovrebbero subire danni per esso.

Inoltre, è opportuno ricordare che vista l'ampiezza delle possibili operazioni straordinarie, societarie e di ristrutturazione che possono essere contemplate dal piano concordatario, nella fase esecutiva gli organi societari potrebbero aver assunto delle delibere assembleari², la cui stabilità è garantita dalle norme del diritto societario, ed è importante determinare se possano prodursi effetti automatici di caducazione o se, invece, le regole societarie siano prevalenti e tali da far sopravvivere le delibere stesse. Si pensi,

¹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, sub art. 186*, Cedam, Padova, 2009, 1112; G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 264; F.P. Filocamo, *Commento sub art. 186 l. fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2011, 2246; G. Racugno, *Profili di diritto sostanziale*, in V. Buonocore-A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2010, I, 544; P. Sisinni, *Commento sub art. 186 l. fall.*, in A. Nigro-M. Sandulli – V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma, III*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, 2367; G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in G. Fauceglia – L. Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009, 1770.

² Circa gli effetti della procedura di concordato preventivo sui poteri dell'assemblea, A. Fusi, *Effetti dell'omologazione del concordato preventivo sui poteri dell'assemblea*, in *Le società*, 2000, 1129 ss.

banalmente, ad una società che, dopo l'omologazione del concordato, da una situazione di perdita che comporterebbe l'applicazione dell'art. 2446 o 2447 c.c., si trova, invece ad eliminare le perdite per l'effetto della sopravvenienza attiva da falcidia concordataria, falcidia che verrebbe meno, quale effetto tipico, in caso di risoluzione del concordato preventivo, anche a distanza di anni³.

³ Né si può ipotizzare che le delibere assembleari prese in conformità al piano del concordato ed in esecuzione di esso, possano intendersi condizionate alla mancata risoluzione del concordato medesimo, perché ciò genererebbe un'intollerabile incertezza nei rapporti con i terzi, considerato anche il lungo lasso temporale previsto dal legislatore per l'azione di risoluzione, rispetto alla omologazione della procedura. Con l'entrata in vigore della L. n. 134/2012 ha preso nuovo vigore il dibattito dottrinale circa la possibilità di configurare un diritto societario nella crisi d'impresa. Come noto, la legge fallimentare è pensata per l'impresa non societaria e non inserita in un gruppo di imprese. Tuttavia, con la riforma del 2012 sono state introdotte due norme specifiche che derogano al diritto societario generale. Trattasi dell'art. 182 *quater*, terzo comma, relativo alla prededucibilità del finanziamento dei soci e dell'182 *sexies* – Riduzione o perdita del capitale della società in crisi. Dalla risposta che viene data al quesito se tali norme siano speciali e come tali di stretta interpretazione, oppure sono il primo embrione di un sistema autonomo di diritto societario della crisi di impresa, dipendono importanti conseguenze, prima fra tutte quella di determinare quali norme siano applicabili per ciò che non sia stato specificamente previsto. Se si opta per la prima soluzione, laddove il legislatore nulla abbia previsto, si applicano le norme generali del diritto societario. Se invece si cerca di ricostruire un autonomo sistema, all'interno della legge fallimentare, in caso di lacuna, sarà possibile integrare con l'interpretazione analogica, attingendo ai principi generali della crisi di impresa. Tali riflessioni sono state esternate da U. Tombari nella relazione *“Il diritto societario nella crisi d'impresa: discrezionalità e doveri degli amministratori nel governo della crisi. Il regime della riduzione o perdita del capitale nella società in crisi?”*, in occasione del convegno tenutosi a Firenze il 5 novembre 2012 presso Auditorium Cosimo Ridolfi Banca CR Firenze, sul tema *La soluzione delle crisi d'impresa alla luce del decreto sviluppo*.

E così, dopo l'omologazione della procedura e nella sua fase esecutiva, essendo formalmente la procedura chiusa, dovrebbero tornare a funzionare a pieno titolo esclusivamente le regole generali. Tuttavia, nell'adempimento del piano, vi è un collegamento indissolubile con la fase “concorsuale”, che ha portato i creditori ad approvare una proposta di concordato, che deve essere attuata. E, pertanto, i principi della crisi di impresa non possono essere ignorati (principi che non sempre sono contrastanti con quelli del diritto codicistico societario), essendo la crisi stessa la “fonte” di quelle obbligazioni previste nel piano ed approvate dai creditori, seppur a maggioranza del credito. D'altra parte, dovrà comunque essere garantita la buona fede dei terzi che hanno contratto con il liquidatore del concordato o dei creditori hanno mutato veste da finanziatori a soci, in vista di una soddisfazione futura, attraverso la nuova gestione ristrutturata, ed assumendosi il rischio di impresa e che non è pensabile che possano “vedere riavvolgere il nastro” sino alla situazione ante omologata, per l'effetto caducante della risoluzione del concordato. Lo svolgersi del ragionamento, ci porta, allora a ridurre il problema al seguente: con la risoluzione deve essere ripristinata la situazione *ex ante*, alla stregua di una *messa in pristino*, con effetto travolgente per le trasformazioni subite dalla società o dal patrimonio della stessa negli anni di attuazione del piano del concordato? Le norme sulla revocatoria, che esentano gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, fanno propendere per la risposta negativa. Ma se dal punto di vista degli atti liquidatori, che hanno portato alla trasformazione qualitativa del patrimonio progressivamente da beni in liquidità, anche a risoluzione dichiarata niente può essere più toccato, l'unico effetto della risoluzione sarebbe quello di rendere inefficace la falcidia concordataria, implicando tuttavia, nella maggior parte, ulteriore attività processuale, con la dichiarazione di fallimento e tutto ciò che ne consegue, con dubbi vantaggi effettivi a favore di alcuno. Ed ancora, il principio di intangibilità di cui all'art. 67, secondo comma, lettera e), l.f. trova applicazione nel caso in cui alla risoluzione non segua il fallimento? Oppure, in tal caso, a maggior ragione, troverebbe applicazione esclusivamente il diritto generale? Ma anche

Vediamo, allora, come il legislatore ha cercato di coniugare i molteplici interessi in gioco, quello dell'affidamento dei terzi, che hanno contratto obbligazioni sul presupposto di una procedura di concordato omologata, quella dei creditori, che hanno partecipato al concorso e quelli che sono diventati tali successivamente al sorgere della procedura di concordato.

2. Ripetibilità dei pagamenti o di altri atti soddisfattivi dei creditori posti in essere in corso di procedura od in esecuzione di essa

Il primo scenario che prendiamo in considerazione è quello in cui alla risoluzione del concordato preventivo non segue la dichiarazione di fallimento.

In linea di principio può affermarsi che non sono ripetibili gli atti conformi al piano entro la misura concordataria e nel rispetto della *par condicio creditorum* e non prima della scadenza dei termini.

Per quanto concerne il pagamento dei creditori, essi dovrebbero avvenire tutti successivamente all'omologazione della procedura e, quindi, nella fase esecutiva, ad opera del liquidatore giudiziale o dell'assuntore o del debitore, se non è prevista la liquidazione dei beni. Tuttavia, nella prassi, può accadere che vengano effettuati pagamenti di creditori concorsuali anche in corso di procedura, se vi sono liquidità sufficienti e nel rispetto del piano e dell'ordine dei privilegi⁴. Come nel caso in cui il piano di concordato prevede

attingere al diritto contrattuale in tema di risoluzione per inadempimento non può essere sufficiente, in quanto l'art. 1453 c.c. è concepito per regolare la risoluzione di un contratto sinallagmatico, mentre qua trattasi di una fattispecie complessa, da cui scaturiscono molte obbligazioni, il cui adempimento o non adempimento si verifica in diversi momenti e per mani di un soggetto che non partecipa all'accordo, di nomina del Tribunale. Fermo il diritto al risarcimento del danno del creditore che vedrà dichiarare la risoluzione del concordato, è rimessa all'interprete un'accurata ricostruzione teorica della complessa fattispecie di cui all'art. 186 l.f., a cui il legislatore ha dedicato una troppo scarna disciplina, con tutti i risvolti in materia societaria, aziendale e contabile (basti pensare ai complicati effetti della risoluzione di un concordato in continuità soltanto dal punto di vista delle registrazioni contabili e degli effetti fiscali della gestione operativa della società) ed in materia contrattuale, nonché una ricostruzione anche "su misura", per l'applicazione al caso concreto.

⁴ Già prima dell'introduzione dell'art. 182-*quinquies*, comma 5, l.f., era possibile, adducendo le adeguate motivazioni, chiedere autorizzazione al Giudice Delegato ex art. 167 l.f., ad effettuare pagamenti di creditori *ante* decreto di ammissione (oggi *ante* pubblicazione della domanda nel Registro Imprese), sia nel rispetto dell'ordine dei privilegi, sia, in casi eccezionali, anche in deroga ad esso, come nel caso in cui l'iscrizione a ruolo di debito erariali impedisce la compensazione dei crediti fiscali. Qualora nel caso di specie il debito iscritto sia di entità tale da non compromettere la

il pagamento integrale delle spese di procedura e di tutti i privilegiati, con liquidità sufficienti a coprire le spese stimate di giustizia.

Il debitore, previa autorizzazione del Giudice Delegato *ex art. 167 l.f.*, con parere favorevole del Commissario, potrà effettuare dei pagamenti in acconto ai primi creditori privilegiati che, nella maggior parte dei casi, è quello dei dipendenti, di cui all'*art. 2751 bis n. 1 c.c.*; pagamenti che sono in ogni caso dovuti.

Se i pagamenti vengono eseguiti dopo l'omologa ed in conformità al piano, col verificarsi della risoluzione viene meno la falcidia prevista dal concordato e, pertanto, i creditori avranno diritto di trattenere quanto già ricevuto e di chiedere il pagamento del residuo dovuto rispetto al credito originario, maggiorato degli interessi attivi.

I creditori che abbiano ricevuto, a titolo solutorio, l'attribuzione di beni, titoli o partecipazioni sociali di valore corrispondente ad una percentuale dei loro crediti, potranno richiedere il pagamento del residuo, qualora non preferiscano restituire quanto percepito, a fronte del pagamento integrale in denaro⁵, *restitutio in integrum* che, peraltro, è invocabile anche dal debitore⁶, in quanto alcune operazioni straordinarie perdono il loro significato economico o strategico, se estrapolate dal piano di risoluzione della crisi a cui erano volte.

In caso di cessione dei beni, restano salvi tutti gli atti di liquidazione legalmente compiuti dal liquidatore giudiziale, conformemente al principio di portata generale, di cui al penultimo comma dell'*art. 18 l.f.*, secondo cui "Se il fallimento è revocato, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura".

realizzabilità del piano del concordato e, al contempo, i crediti erariali da poter "liberare" in compensazione siano di importo notevole, il debitore poteva e può anche oggi chiedere autorizzazione al Giudice Delegato ad effettuare un pagamento in deroga alla *par condicio*, andando ad estinguere il debito iscritto a ruolo, in quanto ciò determina un beneficio successivo all'intero ceto dei creditori.

⁵ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, sub art. 186, cit.*, 1112.

⁶ Il quale, è bene ricordare, potrebbe non avere alcuna responsabilità soggettiva per l'inadempimento del concordato e per la conseguente risoluzione, essendo rilevante esclusivamente l'elemento oggettivo, come visto nel secondo capitolo del presente lavoro.

Il debitore potrebbe aver posto in essere nel corso della procedura atti di straordinaria amministrazione od aver eseguito pagamenti, senza l'autorizzazione *ex art. 167 l.f.*, atti che avrebbero potuto determinare la revoca della procedura *ex art. 173 l.f.*. Si pone il problema se gli altri creditori possano esperire, individualmente e nel proprio interesse, l'azione di inefficacia prevista dall'*art. 167 l.f.*. Tale azione è pensata dal legislatore a favore dei creditori antecedenti la procedura di concordato a tutela del concorso tra di essi, in funzione del loro soddisfacimento attraverso l'esecuzione del piano del concordato e ciò giustifica il fatto che atti di per sé validi non siano ad essi opponibili⁷.

Dal che segue che solo in ambito fallimentare potrà trovare protezione il concorso, a cui dovrebbero partecipare anche il creditore o il terzo tenuti a restituire le prestazioni ricevute dal debitore concordatario in virtù dell'atto inefficace⁸, ai sensi dell'*art. 70*, secondo comma, *l.f.*: che prevede che “Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito”.

Mentre tale azione non potrà essere esperita singolarmente dai singoli creditori, qualora alla risoluzione del concordato non segua la dichiarazione di fallimento, i quali potranno tutelarsi in via ordinaria, tramite l'azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.*, ove ne ricorrano i presupposti, anche per colpire atti compiuti dal debitore in violazione o al di là del piano omologato del concordato preventivo, fermo restando l'irrevocabilità degli adempimenti di debiti scaduti.

Nei confronti delle vendite di beni direttamente effettuate dal debitore dopo l'omologazione i creditori potranno esperire, in via surrogatoria, le azioni spettanti al debitore, quali l'annullamento, la rescissione e la risoluzione⁹.

⁷ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1112.

⁸ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1112.

⁹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1112-1113.

3. Effetti della risoluzione del concordato preventivo nel successivo fallimento

In caso di dichiarazione di fallimento, contestuale o meno alla risoluzione del concordato, sorge il problema della sorte degli atti compiuti dal debitore, in pendenza di procedura e dopo l'omologazione della medesima.

Inoltre, è importante stabilire se possa configurarsi una consecuzione tra procedure, essendo a ciò inerente l'individuazione della decorrenza dei termini per l'esercizio delle azioni revocatorie¹⁰.

3.1 Sorte degli atti posti in essere in pendenza di procedura o dopo la sua omologazione, ma prima della dichiarazione di fallimento

Per quanto concerne gli atti posti in essere in pendenza di procedura, nella vigenza della precedente disciplina si riteneva che fossero intangibili, se compiuti in osservanza dell'art. 167 l.f., salvo l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, se posti in essere dolosamente¹¹, mentre erano inefficaci nei confronti di tutti i creditori concorsuali, e non solo di quelli anteriori al concordato preventivo, se posti in essere senza l'autorizzazione del Giudice Delegato e, in tal caso, il curatore esercitava l'azione di inefficacia *ex art.* 167 l.f. e non l'azione revocatoria¹².

Nella disciplina introdotta dal D.L.gs. n. 5/2006, come modificata dal D.Lgs. n. 169/2007, vale il principio della irretroattività degli effetti della risoluzione del concordato sugli atti legalmente compiuti durante la procedura¹³, che ha trovato riconoscimento legislativo nell'art. 111, secondo comma, l.f., il quale prevede la prededucibilità nel fallimento successivo dei crediti sorti in occasione od in funzione del concordato preventivo,

¹⁰ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1113.

¹¹ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1113; Corte d'Appello di Roma 12 maggio 1980, in *Fall.*, 81, 665; Tribunale di Firenze 16 maggio 1956, in *Giurisp. it.*, 56, I, 2, 612

¹² A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1113.

¹³ Principio desumibile, prima della riforma, da quanto previsto dall'art. 21 l.f., con riguardo all'ipotesi di revoca del fallimento ed oggi dall'art. 18, penultimo comma, l.f.

sottintendendo necessariamente l'efficacia degli atti da cui essi derivano, nei confronti dell'intero ceto creditorio.

Quindi, riepilogando, gli atti di ordinaria amministrazione saranno sicuramente efficaci, salvo azione revocatoria ordinaria esercitabile dal curatore, se posti in essere dolosamente, mentre quelli di straordinaria amministrazione sono inattaccabili se autorizzati *ex art.* 167 l.f.; mentre se, al contrario, sono stati posti in essere senza la prescritta autorizzazione, sono inefficaci verso tutti i creditori concorsuali.

Per quanto concerne gli atti compiuti successivamente alla omologazione del concordato, occorre distinguere se gli stessi sono stati posti in essere dal debitore, o da liquidatore, e, nel primo caso, se trattasi di atti a titolo oneroso e gratuito.

Nella vigenza della precedente disciplina, a seguito della cessazione dei limiti ai poteri dispositivi del debitore, si riteneva applicabile il regime ordinario di cui agli articoli 64-70 l.f., a meno che non si trattasse di atti volti alla liquidazione ed alla distribuzione della percentuale concordataria, in applicazione obiettiva della sentenza di omologazione¹⁴.

In particolare, per quanto concerne i pagamenti, se ne affermava la revocabilità se eseguiti in violazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione, oltre la percentuale concordataria o con anticipo rispetto alle singole scadenze previste nella sentenza¹⁵, escludendo che i creditori fossero tenuti a restituire quanto avessero lecitamente riscosso, in applicazione analogica dell'art. 140, terzo comma, seconda parte, l.f.¹⁶

Anche gli atti a titolo gratuito erano ritenuti inefficaci, seppur con diverse motivazioni espresse dalla dottrina¹⁷.

Anche in seguito alla riforma della legge fallimentare, continua a trovare validità l'applicazione analogica dell'art. 140 l.f, dettato in materia di

¹⁴ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1113.

¹⁵ Cass. 3 agosto 2007, n. 17059, in www.leggiditalia.it; Cass. 2 aprile 1997, n. 2854, in www.leggiditalia.it.

¹⁶ Cass. 2 ottobre 1999, n. 10938, in www.leggiditalia.it.

¹⁷ Per i riferimenti, A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 186, cit., 1113.

concordato fallimentare¹⁸, e sono ritenuti inefficaci gli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito, dopo la chiusura del concordato, mentre per quanto concerne gli atti a titolo oneroso, indicati negli articoli 65, 67 e 70 l.f., essi saranno revocabili, in concreto, solo se trattasi di atti, pagamenti e garanzie estranei al piano omologato, posto che l'art. 67, terzo comma, lett., e) esenta da revocatoria quelli posti in essere in esecuzione del concordato preventivo¹⁹.

Per quanto concerne, infine, gli atti posti in essere dal liquidatore giudiziale, essi sono sottratti alla sanzione dell'inefficacia se posti in essere in esecuzione dell'incarico ricevuto dal Tribunale, ovvero se comunque sono utili al soddisfacimento dei creditori e rispettosi del piano del concordato²⁰.

Per gli atti a titolo gratuito, se ne afferma l'automatica inefficacia in applicazione analogica dell'art. 123, 2° co, l.f., dettato in tema degli effetti seguenti alla riapertura del fallimento chiuso.

3.2 Teoria della consecuzione delle procedure concorsuali. Azione revocatoria e decorso degli interessi

Per anni, nella vigenza della originaria disciplina concorsuale, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate su due quesiti: il termine di decorrenza per l'azione revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.f.* deve essere computato dal deposito della domanda di concordato o, invece, dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento? Ed ancora: la sospensione del decorso

¹⁸ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 265.

¹⁹ Per quanto concerne i termini per l'esperimento dell'azione revocatoria e l'operatività o meno del principio di consecuzione delle procedure, si veda quanto detto *infra* al paragrafo 3.2 del presente lavoro.

²⁰ Dopo le modifiche alla legge fallimentare introdotte dalla Legge n. 134/2012, si potrebbe affermare atti volti "al miglior soddisfacimento dei creditori", espressione utilizzata quale parametro di valutazione circa l'opportunità o meno di proseguire l'attività aziendale in pendenza di procedura o per accendere nuovi finanziamenti *ex art. 182 quinquies l.f.*, ma che in realtà può essere assunta a nuovo criterio di riferimento anche per valutare la congruità o meno dell'operato del debitore o del liquidatore della fase esecutiva e, in ultimo, anche eventualmente per determinare la responsabilità in caso di successivo fallimento.

degli interessi su crediti non assistiti da prelazione vale anche per il periodo che intercorre tra le due procedure²¹ ?

La teoria della consecuzione delle procedure concorsuali fu elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nel vigore della legge fallimentare del '42, per le ipotesi di successione di una procedura concorsuale minore seguita da fallimento, ai fini dell'applicabilità di alcuni istituti, primo tra tutti quello dell'azione revocatoria fallimentare, in cui è determinante definire il periodo sospetto.

Il legislatore non aveva esplicitamente previsto questa ipotesi, seppur fosse ben possibile che tra due procedure non vi fosse sempre continuità, in quanto, ad esempio, a seguito dell'amministrazione controllata non andata a buon fine, doveva essere lasciata all'imprenditore la possibilità di presentare una domanda di concordato preventivo.

La retrodatazione del periodo sospetto si fondava su un'interpretazione estensiva dell'art. 67 l.f., nella parte in cui fa decorrere il periodo sospetto dalla data di dichiarazione di fallimento²².

La giurisprudenza²³ intervenne con molte pronunce, elaborate poi dalla dottrina²⁴, tanto che si iniziò a parlare di una vera e propria teoria della

²¹ Art. 55, 1° co l.f., espressamente richiamata per il concordato preventivo dall'art. 169 l.f., ma solo per la pendenza della procedura, non per la fase successiva di esecuzione.

²² Cass. 27 ottobre 1956, n. 3981, in *Foro it.*, 1957, I, 2114, “nel senso che il legislatore si sia in essa riferito alla dichiarazione di fallimento come al normale mezzo legale di accertamento dello stato di insolvenza, con ciò implicitamente volendo attribuire la stessa efficacia al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che (...) costituisce il provvedimento giurisdizionale cui l'accertamento di tale stato è demandato”.

²³ Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fall.*, 1992, 1027; Cass. 29 settembre 1999, n. 10792, in www.leggiditalia.it; Cass. 16 aprile 2003, n. 6019, in www.leggiditalia.it; Cass. 3 novembre 2005, n. 21326, in www.leggiditalia.it. Per l'inapplicabilità del principio di consecuzione in caso di dichiarazione di fallimento in estensione ai soci illimitatamente responsabili, Cass. 22 novembre 2007 n. 24330, in www.leggiditalia.it. La Corte Costituzionale dichiarò inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67 l.f., nella parte in cui la norma, nell'interpretazione allora corrente, fissava il *dies a quo* per l'esperimento dell'azione revocatoria alla data di ammissione alla procedura minore. Si veda Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 110, in *Fall.*, 1995, 707, con osservazioni di G. Lo Cascio; in dottrina, anche G. Tarzia, *Retrodatazione del periodo sospetto: riflessioni dopo l'intervento della Consulta*, in *Fall.*, 1995, 985 ss.

²⁴ A. Ceccherini, *Il concordato preventivo. Effetti nel fallimento consecutivo*, in *Fall.*, 1992, 313 ss; L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, 421 ss; G. Lo Cascio, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e retrodatazione del periodo sospetto per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 829; L.A. Russo, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e decorrenza del periodo sospetto per l'azione revocatoria*

consecuzione, che si basava fondamentalmente su due principi: il primo era la necessità che la procedura concorsuale minore fosse stata aperta; così, se la domanda di ammissione alla procedura di amministrazione controllata o di concordato veniva rigettata, non si produceva alcun effetto e non si aveva consecuzione²⁵; il secondo era che la procedura consecutiva non doveva essere caratterizzata da una mera successione cronologica, ma doveva costituire espressione della medesima crisi economica non sanata nel corso della procedura precedente²⁶.

La riconducibilità della procedura successiva alla medesima crisi sulla base della quale era stata aperta la procedura precedente andava desunta dalla causa di cessazione della stessa; non era, invece, invocabile una errata valutazione, da parte del Tribunale, del superamento della crisi²⁷.

Proprio per il tramite dell'unitarietà delle due procedure concorsuali, la dottrina aveva sostenuto la prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato preventivo nel fallimento consecutivo, sempre che, qualora avessero titolo in atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, fossero stati autorizzati dal giudice delegato, ai sensi del secondo comma dell'art. 167 l.f.²⁸.

Alla luce delle modifiche alla legge fallimentare contenute nel D.L. n. 35/2005, poi convertito nella L. n. 80/2005, con l'abrogazione della procedura di amministrazione controllata, la problematica fu ristretta alla consecuzione concordato preventivo-fallimento²⁹.

La diversità del presupposto oggettivo delle due procedure concorsuali, crisi ed insolvenza nell'una, e insolvenza nell'altra, faceva propendere

fallimentare, in *Fall.*, 1991, 903; U. Apice, La consecuzione delle procedure concorsuali, in *Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore - C. Costa, UTET, Torino, 1997, III, 823.

²⁵ L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., 423.

²⁶ L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., 423. Così, ad esempio, se al termine dell'amministrazione controllata il tribunale accertava che l'imprenditore era in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, l'eventuale procedura di concordato preventivo o di fallimento aperta successivamente, anche a breve distanza di tempo, non poteva essere considerata consecutiva. Così, Cass. 28 luglio 1999, n. 8164, in www.leggiditalia.it.

²⁷ L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., 423.

²⁸ F. De Marco, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1953, I, 283 ss; C. Sapienza, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1958, 54 ss; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, 2164 ss.

²⁹ In dottrina, si veda V. Rinaldi, *Revocatoria fallimentare della garanzia, consecuzione di procedure e sorte dei pagamenti avvenuti in sede di riparto concordatario*, in *Fall.*, 2005, 511 ss.

autorevole dottrina per l'esclusione della possibilità di retroagire il momento iniziale per il computo del periodo sospetto alla data di ammissione al concordato preventivo³⁰, in quanto il decreto di ammissione al concordato preventivo non contiene un accertamento giudiziale dello stato di insolvenza del debitore e al Tribunale è preclusa ogni indagine circa la natura della crisi denunciata dal ricorrente.

Così come aveva trovato voce la diversa tesi della possibilità di continuare a ritenere valida la teoria della retrodatazione, per motivazioni diverse espresse dalla dottrina³¹, tra cui quella che, non solo nella maggior parte dei casi l'imprenditore che propone il concordato preventivo è in chiaro stato di insolvenza, ma, opinando diversamente, rimarrebbe privo di utilità pratica il disposto dell'art. 69 *bis* l.f. in materia di decadenza dell'azione revocatoria³².

Inoltre, l'introduzione, dell'art. 111, secondo comma, l.f. avvenuta con il D. Lgs. n. 5/2006, che prevede la prededuzione, nel successivo fallimento, dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali,

³⁰G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1152; S. Bonfatti, *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei "fallimenti immobiliari"*, Giuffrè, Milano, 2005, 187 ss; G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 959 ss; L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, 118 ss; Claudia Gentili, *Risoluzione del concordato preventivo e dichiarazione del fallimento d'ufficio*, in *Il Sole24 Ore* - n. 12 - dicembre 2009, 66.

³¹P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, di S. Bonfatti – P.F. Censoni, Cedam, Padova, 2006, 260; F. Filocamo, *Art. 173*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Cedam, Padova, 2007, 1303 ss. In giurisprudenza, Tribunale di Modena, 14 ottobre 2005, in www.ipsoa.it/fallimento; A.C. Marrollo, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento: vige ancora la c.d. consecuzione delle procedure?*, in *Fall.*, 2007, 441 ss. Tali autori sostengono che l'art. 160 l.f. ha come presupposto oggettivo quello dell'insolvenza, reversibile o irreversibile, con la conseguenza che ci sarebbe identità di presupposti tra concordato e fallimento, così come vi era tra amministrazione controllata e fallimento. G. Terranova, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacità patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, 574; A. Patti, *Art. 67*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2008, 554-555, pongono l'accento sull'identità funzionale delle due procedure, entrambe convergenti verso il comune obiettivo di soluzione della crisi nell'interesse di tutti i creditori. M. Ferro, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. mer.*, 2006, 664 ss; F. Santangeli, *Il nuovo fallimento*, Giuffrè, Milano, 2006, 297, sostengono, però, che la possibilità della retrodatazione debba essere valutata caso per caso, con un accertamento da condursi in concreto per ogni singola procedura.

³²G.B. Nardecchia, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2008, 1248-1249; U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2008, 135.

sarebbe il primo riconoscimento legislativo dell'esistenza della fattispecie procedimentale di un fallimento consecutivo ad una precedente procedura concorsuale, cui ricollegare una disciplina unitaria, con estensione a ritroso anche alla procedura precedente degli effetti principali caratterizzanti la procedura che conclude la sequenza³³, in quanto, in caso di consecuzione, le diverse procedure rappresentano più fasi di un procedimento unitario³⁴.

Come visto, con la novella del 2007, all'interruzione della procedura concordataria non segue necessariamente e contestualmente la dichiarazione di fallimento, in quanto, perché ciò si verifichi, è necessaria la presenza di almeno un'istanza di un creditore o della richiesta del pubblico ministero. Ma ciò non impedisce alla teoria della consecuzione di sopravvivere e di continuare a supplire al vuoto normativo, in quanto la retrodatazione ha come presupposto la continuità causale e non temporale tra le due procedure³⁵ e, pertanto, tale principio può essere applicato anche alla prededucibilità dei crediti sorti nel corso della procedura di concordato preventivo, indipendentemente dal fatto che, per motivi procedurali, sussista uno iato temporale tra la cessazione del controllo di gestione e l'inizio del fallimento³⁶. In tal caso, però, sarà necessario verificare che, nel caso di specie, il fallimento sia stato dichiarato quale effettiva evoluzione negativa della medesima crisi

³³ In questi termini, nella vigenza della precedente disciplina, Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in *Fall.*, 1990, 1217.

³⁴ Cass. 30 maggio 1994 n. 5284, in *Fall.*, 1995, 138 così si esprime: “Deve intendersi per consecuzione delle procedure concorsuali quel fenomeno caratterizzato dal verificarsi, a carico di un imprenditore e senza soluzione di continuità, di una serie di procedure concorsuali a causa dell'incapacità delle prime di conseguire i rispettivi scopi istituzionali. E ciò non come semplice successione di procedimenti, ma come sostanziale realizzazione di un'unica procedura concorsuale, nell'ambito della quale le varie fasi, rappresentate dalle varie fasi susseguentisi per conversione e trasformazione, assumono rilievo unitario e comportano l'estensione alla precedenti degli effetti principali caratterizzanti la procedura che conclude la sequenza. Una tale estensione è attuabile però soltanto se ed in quanto la disciplina prevista per il fallimento sia conciliabile con quella relativa alle precedenti procedure e riguardi situazioni che, nell'ambito delle stesse procedure, non trovino espressa e chiara regolamentazione”.

³⁵ Così Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fall.*, 1992, 1027, secondo cui la consecuzione dei procedimenti non è esclusa “dal mero fraporsi di un intervallo di tempo tra due procedure prese in considerazione, quando la seconda sia espressione della medesima crisi economica che abbia determinato la prima”. Nello stesso senso, Cass. 2 giugno 1988, n. 3741, in *Fall.*, 1988, 972; Cass. 22 giugno 1985, n. 3757, in *Fall.*, 1986, 28. Sul tema in dottrina anche A.C. Marrollo, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento: vige ancora la c.d. consecuzione delle procedure?*, in *Fall.*, 2007, 441 ss.

³⁶ G.B. Nardecchia, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, cit., nota (27), 1249.

economica che aveva portato all'emissione del decreto di revoca della procedura di concordato preventivo; il fattore tempo può giocare un ruolo essenziale, fungendo sul piano probatorio quale indizio dal quale desumere, *ex art. 2727 c.c.*, l'esistenza dell'identità della crisi, fermo restando che il terzo convenuto in revocatoria, potrà sempre eccepire l'interruzione del collegamento causale, fornendo la prova contraria³⁷.

Con il D. Lgs. 2007 sono stati disciplinati espressamente alcuni effetti della successione delle due procedure (irrevocabilità atti "in esecuzione o in funzione" e prededuzione) ma non è stato detto niente in merito al termine di decorrenza di cui all'art. 67 l.f..

Il Legislatore della riforma del 2012³⁸ è intervenuto chiarendo, all'art. 69-bis l.f., che "Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese".

Ad una prima lettura, tale norma sembra aver risolto i problemi interpretativi sorti nella vigenza della precedente disciplina e la teoria della consecuzione delle procedure parrebbe non trovare più alcuno spazio di applicazione. Infatti, per il computo dei termini relativamente all'efficacia degli atti a titolo gratuito, ai pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare e per la revocatoria degli atti tra coniugi, adesso è espressamente previsto che debba essere preso quale riferimento la data di pubblicazione nel registro imprese della domanda di concordato.

Tuttavia, ciò che è stato fatto uscire dalla porta, rientra dalla finestra, in quanto la procedura di concordato preventivo può arrestarsi per revoca o per risoluzione. In ogni caso, non è mai consentita la dichiarazione del fallimento

³⁷ G.B. Nardecchia, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, cit., 1249. Il convenuto potrà dimostrare, ad esempio, che la dichiarazione di fallimento è stata determinata da fattori esterni imprevedibili ed imprevedibili.

³⁸ D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in L. 7 agosto 2012 n. 134.

d'ufficio e, pertanto, essa sarà contestuale alla revoca/risoluzione soltanto in via eventuale.

E' evidente che, in caso di contestualità, si verifica il susseguirsi delle due procedure, senza soluzione di continuità, essendo l'interruzione solo formale e procedurale, ma nell'ambito della medesima insolvenza. Ciò che un tempo veniva attuato tramite l'interpretazione causale che aveva dato origine alla teoria della consecuzione delle procedure, oggi trova esplicito riconoscimento legislativo.

Il ragionamento è, invece, assai diverso, quando alla revoca/risoluzione del concordato non segua contestualmente la dichiarazione di fallimento, il che nella pratica è ipotesi assai più frequente di quanto astrattamente immaginabile³⁹, così come ben può accadere che la dichiarazione di fallimento segua alla procedura di concordato preventivo, ma dopo un rilevante lasso di tempo.

Il legislatore non ha specificato quale sia lo iato temporale per cui possa trovare applicazione l'art. 69-bis, secondo comma, l.f., così può accadere che, nonostante l'insolvenza, il concordato venga revocato ma che trascorran diversi mesi prima che un creditore promuova istanza di fallimento e che la stessa venga esaminata dal Tribunale e, che, verificati tutti i requisiti di legge, venga dichiarato il fallimento.

Ed ancora, potrebbe verificarsi anche il caso in cui venga accertata una causa di insolvenza che si è manifestata dopo la revoca del concordato ed estranea all'originaria crisi che ne era stata il presupposto. In questo caso trova comunque applicazione l'art. 69-bis, secondo comma, l.f.?

E, continuando nella casistica, il caso in cui ad un concordato non andato a buon fine per mancata approvazione da parte dei creditori, segua un'ulteriore domanda di concordato, magari assai simile alla prima, ma con

³⁹ Ad esempio, nel caso in cui l'imprenditore abbia depositato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, senza che vi fossero istanze di fallimento pendenti, e la procedura si arresta per mancato raggiungimento della maggioranza *ex art. 177 l.f.*, oppure nel caso in cui il creditore promuova azione di risoluzione, più come strumento per sollecitare l'adempimento della liquidazione dei beni che perché intenda davvero ottenere la dichiarazione di risoluzione e, pertanto, non chiede contestualmente anche che venga dichiarato il fallimento.

quelle minime modifiche che rendano maggiormente appetibile la proposta per i creditori, tale da raggiungere il consenso della maggioranza del credito ammesso al voto, e che successivamente la procedura non venga omologata, e, su istanza di un creditore o del pubblico ministero, venga dichiarato il fallimento. I termini di cui agli articoli 64, 65, 67, I e II comma, e 69, decorrono dalla pubblicazione della prima domanda di concordato o della seconda?

Per rispondere a questi interrogativi è necessario risalire alla *ratio* che sta alla base dell'intervento integrativo del testo normativo.

Infatti, tale lacuna legislativa era stata lamentata proprio dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che per supplire aveva coniato la teoria della consecuzione delle procedure. Ed i principi allora espressi dalla giurisprudenza ed elaborati dalla dottrina si ritengono ancora oggi applicabili, con la precisazione che, a seguito della riforma portata dalla legge n. 134/2012, per il giorno di decorrenza si dovrà far riferimento non più alla data del decreto di ammissione, bensì a quello della data di pubblicazione della domanda di concordato nel Registro Imprese⁴⁰. Ma ciò non scompagina il ragionamento in quanto, anche oggi, il concetto di consequenzialità espresso dall'art. 69-*bis*, comma 2, l.f. (“Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua

⁴⁰ Si ricorda che la Cass., nella sentenza del 26 giugno 1992, n. 8013, cit., si esprimeva in questi termini: “Il problema posto dal dibattito tra le parti è il seguente: verificatosi uno iato temporale tra la revoca dell'amministrazione controllata e l'ammissione dell'impresa al concordato preventivo seguito da dichiarazione di fallimento, si pone il quesito se i crediti sorti durante l'amministrazione controllata e nel periodo successivo fino all'ammissione al concordato abbiano nel susseguente fallimento il carattere della prededucibilità, o no” e concludeva la consecuzione “quale fenomeno di unificazione delle procedure che, sulla base degli stessi presupposti soggettivi ed oggettivi, consentono l'applicazione, per l'interpretazione estensiva della disciplina dell'ultimo procedimento della serie, alle situazioni anteriori, si fondano sulla costanza di una correlazione logica tra le varie situazioni e sulla costanza dei due presupposti essenziali dei vari procedimenti: identità di qualificazione imprenditoriale; identità di situazione di crisi qualificabile come insolvenza (e basata sul concetto della sostanziale identità oggettiva tra la “momentanea difficoltà” che regge l'amministrazione controllata e l'insolvenza che regge il concordato preventivo ed il fallimento, la cui diversità è tutta nell'apprezzamento delle prospettive di soluzione nel tempo).

Non è sufficiente, quindi, un mero lasso temporale tra il termine dell'amministrazione controllata e l'inizio del successivo concordato preventivo convertito, dopo l'ammissione, in fallimento, per escludere il fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali e per consentire l'applicazione estensiva dell'art. 111, comma 1, n. 1 L.F. alle situazioni creditorie verso l'imprenditore sorte per la gestione dell'impresa nel corso dell'amministrazione controllata, salvo che lo stesso lasso di tempo (nell'apprezzamento del giudice di merito) costituisca uno degli elementi dimostrativi della variazione dei presupposti soggettivo ed oggettivo del fenomeno dell'unificazione della disciplina delle varie procedure concorsuali”.

la dichiarazione di fallimento...”) deve intendersi in senso logico e non solo cronologico. In altre parole, per determinare il *dies a quo* e la configurabilità o meno della consecuzione tra procedure concorsuali, occorre valutare caso per caso quale sia la situazione di dissesto che l'imprenditore ha cercato di risolvere attraverso lo strumento della procedura concordataria, indipendentemente dal numero di tentativi che ha esperito per raggiungere l'obiettivo, poi non andato a buon fine (opzione che è lo stesso legislatore ad aver offerto all'imprenditore) e stabilire se, in definitiva, è possibile affermare che vi sia la “sostanziale realizzazione di un'unica procedura concorsuale” sviluppatasi in più fasi, la cui insolvenza era già presente al momento iniziale, ed il trascorrere del tempo l'ha resa più evidente e palese⁴¹. In caso di risposta affermativa, si avrà retrodatazione del termine di decorrenza, altrimenti no.

4. Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di procedura e successivamente alla omologazione

Il problema della sorte dei crediti originatisi in pendenza di concordato preventivo e successivamente alla sua omologazione fu affrontato e dibattuto ampiamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Le conclusioni a cui pervennero, nella vigenza della precedente disciplina, possono essere così sintetizzate.

Circa la prededucibilità, nel successivo fallimento, dei crediti sorti nel corso della procedura⁴², la tesi maggioritaria si era attestata sul suo riconoscimento, anche se alcuni giudici di merito avevano concluso che

⁴¹ A questo punto può sorgere il dubbio se ciò dovrà essere accertato dal Tribunale, in sede di sentenza dichiarativa di fallimento, o, invece, solo ove sorga il problema e debba trovare applicazione uno degli istituti di cui agli articoli sopra ricordati.

⁴² Cass. 25 ottobre 1956 n. 3931, in *Dir. fall.*, 1956, II, 619, con nota di R. Provinciali e in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 453, con nota di A. De Martini; Cass. 8 aprile 1959 n. 1024, in *Dir. fall.*, 1959, II, 17; Cass. 18 luglio 1961, n. 1738, in *Dir. fall.*, 1961, II, 757. Per una completa ricostruzione della tesi della Cassazione, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2002, 416 ss., il quale illustra come, successivamente, il tema della prededucibilità dei crediti sorti in pendenza delle procedure concorsuali minori nel successivo fallimento fu approfondito, e si delinearono due opposti indirizzi: “quello che riconosceva tale qualità dei crediti soltanto alle obbligazioni sorte nel corso dell'amministrazione controllata e quello che invece riconosceva tale preferenza a tutte le obbligazioni contratte sia nell'amministrazione controllata sia nel concordato preventivo, purchè fossero state assunte per la conservazione del patrimonio del debitore e per l'utilità della massa”.

potessero godere di tale trattamento esclusivamente le obbligazioni necessarie all'esercizio dell'impresa. Se, viceversa, l'imprenditore aveva contratto delle obbligazioni nella mera occasione della pendenza della procedura e nel suo esclusivo interesse, non soltanto si negava la natura prededucibile, ma addirittura veniva disconosciuta la concorsualità, con la conseguente inopponibilità alla massa⁴³.

Per quanto riguarda i crediti sorti nel periodo intercorrente tra l'omologazione del concordato e la risoluzione dello stesso, la prededuzione, in passato veniva prevalentemente negata, ritenendo che tali crediti sorgessero da atti propri dell'imprenditore e non riferibili in alcun modo all'ufficio giudiziario⁴⁴, atti validi ed efficaci solo tra le parti, ma non opponibili ai creditori concordatari⁴⁵ mentre la si ammetteva per le attività liquidatorie⁴⁶.

⁴³ Così. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 433 e, in giurisprudenza, Tribunale di Milano, 8 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 729, con nota di G. U. Tedeschi, *I crediti del professionista nel fallimento consecutivo ad amministrazione controllata*; Tribunale di Milano, 5 giugno 1972, in *Dir. fall.*, 1973, II, 467.

⁴⁴ In particolare, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 436, ricorda che la Cassazione aveva “negato il carattere della prededucibilità sotto il profilo giuridico che in tali ipotesi, tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, sussisterebbe un “diaframma” costituito dalla sentenza di omologazione. In altri termini si è affermato che con la sentenza di omologazione l'imprenditore acquista la sua piena capacità, il libero esercizio della sua impresa e la completa disponibilità dei suoi beni, senza bisogno di dover ricorrere ad alcuna autorizzazione per il compimento degli atti negoziali. Agli organi della procedura non compete più alcun potere di vigilanza, né di direzione dell'attività d'amministrazione e d'impresa del debitore ed essi restano in carica al solo scopo di sovrintendere all'adempimento del concordato, secondo i tempi e le modalità stabilite nella proposta recepita dalla sentenza di omologazione. Tutti i crediti sorti in tale periodo sono, dunque, dell'imprenditore e non più riferibili all'ufficio giudiziario; la loro ammissione al passivo deve avvenire, perciò, con lo stesso trattamento di quelli anteriori o concorsuali”. Cass. 11 febbraio 1966, n. 423, in *Dir. fall.*, 1966, II, 349; Cass. 17 aprile 1962 n. 748, in *Dir. fall.*, 1962, II, 362, con nota di De Rosis Tribunale di Parma, 16 giugno 1976, in *Dir. fall.*, 1977, II, 347; Tribunale di Milano, 8 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 729. In dottrina, oltre a G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., G. Alessi, *La prededuzione nel fallimento dei debiti sorti durante il concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1996, I, 607, U. Apice, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Fall.*, 1988, 949; S. Bonfatti, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 857; A. Bonsignori, *Nessuna prededuzione nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1980, II, 197, nota a commento di App. Roma 17 dicembre 1979; L. Panzani, *Prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti tra presentazione del ricorso ed il decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata*, in *Fall.*, 1989, 828; L. Panzani, *Ancora sulla prededucibilità dei crediti sorti durante l'amministrazione controllata nel successivo fallimento*, in *Fall.*, 1989, 45.

⁴⁵ Afferma G. Lo Cascio, in *Il concordato preventivo*, cit., 437: “All'atto della pronuncia della sentenza di omologazione, si è tenuto conto della reale situazione attiva esistente e si è compiuto un adeguato giudizio di comparazione con le obbligazioni accertate, al fine di assicurare il pagamento dei creditori concorsuali. Ciò significa che la situazione patrimoniale del debitore si deve cristallizzare a quel momento e che va escluso che i creditori posteriori possano far valere le loro pretese su quelle garanzie o su quei beni, disperdendo il patrimonio su cui i creditori anteriori al concordato hanno diritto di soddisfarsi. Così, pure, il successivo fallimento, determinato dall'inadempimento degli

Il legislatore, in occasione della riforma dell'amministrazione straordinaria delle imprese insolventi, introdusse una specifica regolamentazione, sancendo all'art. 20 del D. Lgs. 270/1999 che i creditori sorti per la continuazione dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la chiusura dello stato d'insolvenza sono soddisfatti in prededuzione, ai sensi dell'art. 111 l.f., e ribadendo con il successivo art. 52 tale qualità in caso di fallimento consecutivo.

Questa indicazione normativa acquisì rilevanza nel dibattito dottrinale giurisprudenziale, “non potendosi escludere che la stessa amministrazione straordinaria ed il fallimento consecutivo possano sorgere a seguito di precedenti procedure concorsuali minori (amministrazione controllata e concordato preventivo)”⁴⁷.

Quello della prededucibilità, in generale, è un tema che è stato ridipinto ad ogni modifica della legge fallimentare, con integrazioni e correzioni che hanno reso il quadro assai frastagliato e, soprattutto, hanno generato una corsa prenotativa⁴⁸ sul patrimonio del debitore, prima e sopra i privilegi generali ed

obblighi assunti, fa salve le posizioni giuridiche acquisite dalla procedura di concordato ed impedisce, invece, l'inserimento di nuove posizioni successive all'omologazione.

⁴⁶ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, sub art. 186*, cit., 1114.

⁴⁷ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 438.

⁴⁸ Con l'introduzione di una clausola aperta e delle ipotesi anche specificamente individuate si è verificato un vero e proprio “assalto alla diligenza”, così come accadde nell'ordinamento quando fu registrato l'esplosione delle cause legittime di prelazione, tanto che occorrerà procedere anche con una graduazione dei creditori prededucibili o al concorso tra loro, in caso di incapienza. Che poi nella pratica il rischio effettivo è che l'effetto prenotativo rimane fine a se stesso, se il patrimonio del debitore non viene valorizzato e liquidato in modo adeguato, e amaramente rimane da chiedersi prededucibile, ma da cosa? In merito agli approfondimenti dottrinali sul tema della prededuzione dei crediti, A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, in *Fall.*, 2011, 1340 ss, commento a Tribunale di Milano 26 maggio 2011 e tribunale di terni, 13 giugno 2011; CNDCEC – Commissione nazionale di studio Liberato Passarelli – Il diritto fallimentare dopo la riforma, *La prededucibilità dei crediti professionali nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo l'introduzione dell'art. 182quater della Legge fall.*, 19 dicembre 2011, in www.cndcec.it; L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss; L. Boggio, *Crediti sorti “in funzione” del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in *Fall.*, 2009, 1415 ss, commento a Tribunale di Milano 20 agosto 2009 e Tribunale di Udine 15 ottobre 2008; L. La Cava, *L'inapplicabilità della prededuzione ai crediti professionali*, commento a Cass. 10 maggio 2012 n. 7166, 24/09/2012 in www.ilfallimentarista.it.

L'unica norma che va in controtendenza rispetto al dilagare della prededuzione è stranamente quella contenuta nell'art. 169-bis l.f. in tema di scioglimento e sospensione su richiesta del debitore da parte del Tribunale o del Giudice delegato dei contratti in corsi di esecuzione, in quanto è stabilito che l'equo indennizzo sia corrisposto alla stregua di un creditore concorsuale. In questo caso, pertanto, il contraente *in bonis* non solo deve sottostare ad uno scioglimento unilaterale del contratto, ma non

anche speciali ed ipotecari, creando una sorta di piano nobile, a cui sono invitati sempre più commensali, con buona pace di chi sta ai piani inferiori, nel novero dei privilegi ed in quello ancora più basso dei chirografari, che dovranno accontentarsi sempre più delle “briciole”, o della cosiddetta nuova finanza, loro destinata per rendere il concordato presentabile, e auspicabilmente fattibile, mentre perdono qualsiasi prospettiva di soddisfacimento nell’ipotesi fallimentare, essendo l’apporto di nuove risorse normalmente condizionato all’omologazione della procedura⁴⁹.

Prima con l’art. 111 l.f. il legislatore ha espressamente previsto, al secondo comma, che “sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n.1)”⁵⁰; successivamente ha accolto al piano nobile, per il tramite dell’art. 182 *quater* di nuovo conio i crediti per finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e da intermediari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del d. lg. 1° settembre 1993, n. 385 in esecuzione di un concordato preventivo, od anche in funzione della presentazione della domanda di ammissione, purchè espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato; ed ancora i finanziamenti soci, nel limite dell’ottanta per cento, ed il credito del professionista attestatore *ex art.* 161, terzo comma, l.f., purchè espressamente previsto nel decreto di ammissione⁵⁰.

verrà nemmeno ristorato integralmente per il danno subito, in quanto per il credito da risarcimento danni non è previsto alcun privilegio né generale né speciale, né tantomeno la prededuzione, e quindi verrà ristorato in chirografo, con una modalità soddisfattiva che potrebbe essere anche diversa dal pagamento in denaro.

⁴⁹ Forse sarebbe opportuno che gli operatori della materia iniziassero ad estendere tale clausola condizionante anche alla mancata risoluzione del concordato per essere tutelati, in caso di successivo fallimento, derivante appunto dalla risoluzione della procedura.

⁵⁰ Anche se, a tale proposito, non è mancato nella prassi, il riconoscimento della prededuzione per il professionista attestatore nel decreto di omologazione del concordato, piuttosto che in quello di ammissione alla procedura, con buona pace della lettera della legge e con immediati risvolti sui conti del concordato. Tribunale di Prato 8 novembre 2012, depositato il 14 novembre 2012, inedito.

Con l'intervento legislativo dell'agosto 2012⁵¹, è stato modificato l'art. 182 *quater* l.f., da una parte ampliando i soggetti beneficiari, estendendo il beneficio a vantaggio di tutti i finanziatori, indistintamente dalla loro natura, dall'altra restringendolo, con l'eliminazione del riferimento al professionista attestatore; inoltre, è stato introdotto l'art. 182 *quinquies* – Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in cui addirittura è prevista una doppia tutela per specifici finanziamenti, previa autorizzazione del Tribunale, non solo prededucibili *ex art.* 111 “se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, finanziamenti che possono essere anche individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative”, e per i quali il Tribunale può autorizzare addirittura il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia⁵².

Infine, è adesso previsto, al comma sette dell'art. 161 l.f., che, in ipotesi di domanda di “pre-concordato” ai sensi del sesto comma dell'art. 161 l.f., dopo il deposito del ricorso e sino al decreto di cui all'art. 163 l.f., “il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111” l.f.

⁵¹ L. 7 agosto 2012 n. 134 di conversione del D.L. 22 giugno 2012 n. 83.

⁵² Visto l'ordine di distribuzione di cui all'art. 111 *bis* l.f., che prevede che i crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti. Il corso degli interessi cessa al momento del pagamento. Questi finanziamenti hanno una tutela forte, in quanto il pegno o l'ipoteca di cui al comma 3 dell'art. 182 *quinquies* saranno validi ed efficaci nel successivo fallimento e non potranno essere sterilizzati in alcun modo, e d'altra parte, in continuità d'impresa saranno il solo strumento per poter creare il cash flow a breve per dare nuovi giri al motore in affanno dell'impresa. La garanzia reale è solo eventuale, mentre la prededucibilità è pur sempre legata ad una condizione, che potrà essere verificata e rimessa in discussione dal giudice delegato nel successivo fallimento (ad esempio, in caso di attestazione solo formale della funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, ma priva di alcuna sostanza, tale da potersi disconoscere come attestazione), il pegno o l'ipoteca di cui al comma 3 dell'art. 182 *quinquies* è valido ed efficace e non potrà successivamente essere invalidato in alcun modo.

Quasi a dare per scontato che per rendere appetibile il concordato preventivo occorresse un incentivo in più per i “nuovi creditori” che permettono la conservazione dell’impresa, e quel qualcosa in più si è concretizzato nel salvagente della prededuzione.

Alla luce di quanto sopra, e tornando alla problematica che ci riguarda, e cioè della prededucibilità dei crediti nel fallimento seguente la risoluzione del concordato, occorre analizzare la natura del credito e la fonte della sua origine e poi procedere per gradi, vedendo prima se esso possa essere qualificato in uno dei modi per cui è prevista una norma specifica; ed in tal caso, la prededucibilità è dovuta e non potrà essere oggetto di valutazione da parte del Giudice delegato. Altrimenti, occorre effettuare una verifica di secondo livello, e verificare se tale credito possa essere considerato come “sorto in occasione o in funzione” del concordato risolto, rimettendo tale qualificazione alla valutazione del giudice, senza alcun tipo di automatismo.

5. Sorte delle garanzie prestate per l’adempimento del concordato

A seguito della risoluzione del concordato, si pone la questione se i singoli creditori concordatari conservino le garanzie prestate da terzi per l’adempimento del concordato e, quindi, se possano agire nei confronti del garante per ottenere lo stesso grado di soddisfacimento che avrebbero ricevuto dalla completa esecuzione del concordato⁵³, e ciò indipendentemente dal fatto che venga successivamente dichiarato il fallimento; tuttavia, in tale ultimo caso è da chiarire se l’azione spetti ai singoli creditori o al curatore.

Come affermato anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte⁵⁴, la risoluzione del concordato non produce effetti nei confronti degli impegni

⁵³ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare, sub art. 186*, cit., 1114.

⁵⁴ Cass. S.U. 18 febbraio 1997, n. 1482, in www.leggiditalia.it. Tale indirizzo è stato successivamente confermato da Cass. 14 marzo 2001, n. 3670, in www.leggiditalia.it; Cass. 5 dicembre 2002, n. 17254 in www.leggiditalia.it; Cass. 27 febbraio 2003, n. 2961, in www.leggiditalia.it; Cass. 30 dicembre 2005 n. 28878, in www.leggiditalia.it. In dottrina, per un’efficace cronistoria sulla *vexata quaestio* della sopravvivenza o meno delle garanzie prestate, E. Bruschetta, *Efficacia delle garanzie in caso di risoluzione*, in *Fall.*, 2004, 31 ss; D. Finardi, *Risoluzione della procedura ed efficacia delle garanzie*, in *Fall.*, 2002, 33 ss; L. Panzani, *Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l’esecuzione*, in *Fall.*, 1997, 722 ss, così si esprime: “Il concordato preventivo è un beneficio per

assunti dai garanti, *ex art.* 140, terzo comma, l.f., che rimangono tenuti ad adempiere agli obblighi previsti nel concordato⁵⁵, negli stessi limiti della percentuale concordataria per cui sono state offerte, pur essendo costituite in funzione del concordato e subordinatamente all'omologazione, in quanto l'inadempimento del debitore costituisce proprio il presupposto dell'operatività della garanzia.

In caso di dichiarazione di fallimento conseguente alla risoluzione del concordato preventivo accompagnato da garanzia prestata da terzi per le obbligazioni assunte dal debitore, la legittimazione ad agire spetta ai singoli creditori⁵⁶, che risultino tali sin dall'apertura del concordato preventivo⁵⁷, e non al curatore fallimentare⁵⁸.

In caso di risoluzione del concordato preventivo per mancata costituzione delle garanzie promesse, i creditori concordatari sono gli unici legittimati ad agire nei confronti dei garanti per ottenere il risarcimento del danno consistente nella differenza tra la percentuale, o la soddisfazione, promessa e quella distribuita nel successivo fallimento⁵⁹.

6. Effetti fiscali della risoluzione del concordato preventivo

l'imprenditore, che evita il fallimento ed è accordato in quanto i creditori possano avvantaggiarsi della ragionevole certezza di conseguire la percentuale offerta. A fronte di ciò essi accettano di rinunciare all'esecuzione concorsuale. La risoluzione del concordato è in genere fonte di danno per i creditori perché la procedura concorsuale si avvia con ritardo, quando le possibilità di realizzo dei beni sono almeno in parte compromesse e comunque con un pregiudizio certo rappresentato dai maggiori tempi necessari per la liquidazione concorsuale rispetto a quelli che sarebbero occorsi senza la parentesi concordataria. La conservazione delle garanzie non rappresenta dunque un vantaggio insperato per i creditori, ma un modo per assicurare moralità e rigore. Impedisce che il garante inadempiente si giovi della sua inadempienza e contribuisce a risarcire i creditori del pregiudizio che subiscono. Evita inoltre che eventuali dissensi tra il debitore concordatario ed il garante sorti durante l'esecuzione del concordato vadano a danno dei creditori stessi. Se infatti il garante non fosse tenuto nei confronti dei creditori in caso di risoluzione del concordato, egli non avrebbe alcun interesse ad adempiere tutte le volte in cui fossero insorti contrasti con il debitore in ordine ai patti che sempre intervengono tra debitore e garante ed in virtù dei quali questi accetta di garantire il concordato".

⁵⁵ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 265.

⁵⁶ Cass. S.U. 18 maggio 2009, n. 11396, in www.leggiditalia.it.

⁵⁷ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 265. Con l'entrata in vigore della L. 7 agosto 2012 n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012 n. 83, che siano tali dalla pubblicazione della domanda di concordato nel Registro Imprese.

⁵⁸ Si rimanda sul punto a paragrafo 4.2.1 Convocazione del garante, del capitolo terzo del presente lavoro.

⁵⁹ G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 265. Così Cass., 18 luglio 1979, n. 4169, in *Rep. Foro it.*, Concordato preventivo, n. 67.

6.1 Il concordato preventivo: sopravvenienze attive e plusvalenze⁶⁰

L'acceso dibattito, che in passato ha visto divise dottrina e giurisprudenza, circa la possibilità di considerare la riduzione dei crediti chirografari per effetto della esdebitazione concordataria come una componente positiva di reddito, tassabile ai sensi dell'art. 55 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597⁶¹, è stato definitivamente superato a seguito dell'emanazione del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 88⁶², infatti, non si considera sopravvenienza attiva, tra l'altro, “la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo”⁶³.

⁶⁰ Per una sintetica disamina delle problematiche fiscali nel concordato, C. Dominici, *Le problematiche fiscali nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Azienda & Fisco*, 2006, 13; M.Bana-S.Cerato, *Concordato preventivo: profili critici in materia fiscale*, in *il fisco*, 2011, 1-3793.

⁶¹ A.S. Zenati, *Questioni problematiche nelle procedure concorsuali di tipo concordatario*, in *Corr. Trib.*, 2002, 4184 ss.

⁶² Il D.L. 83/2012, cosiddetto “Decreto crescita”, convertito con modificazioni dalla legge n. 134/2012, ha introdotto disposizioni *ad hoc*, volte a migliorare la fiscalità degli strumenti negoziali per la composizione della crisi di impresa, disciplinati dal R.D. n. 267/1942, e, in particolare, degli accordi di ristrutturazione di debiti ex art. 182 bis e dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma terzo, lett. d). infatti, i commi quarto e quinto dell'art. 33 del decreto crescita convertito, innovando alcune disposizioni del TUIR (D.P.R. n. 917/1986), hanno rispettivamente previsto:

- l'intassabilità parziale delle sopravvenienze attive da riduzione dei debiti (cosiddetto *bonus* da ristrutturazione) realizzate per effetto di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, ovvero di un piano attestato di risanamento pubblicato nel registro delle Imprese;
- la deducibilità immediata delle perdite su crediti subite dai creditori per effetto dell'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Sull'argomento, P.P. Papaleo, *Sopravvenienze attive e perdite su crediti negli accordi di ristrutturazione e nei piani attestati di risanamento*, in *La riforma del fallimento*, (a cura di M. Longoni), Italia Oggi, serie speciale numero 20, 2012, 160 ss; P. Martini, *La riforma dei procedimenti di composizione delle crisi aziendali*, 61 ss, E-book, pubblicato in www.ateneoweb.com; F. Dezzani - L. Dezzani, *D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito – Accordo di ristrutturazione art. 182-bis della legge fallimentare: la sopravvenienza attiva nel bilancio del debitore*, in *Il Fisco* n. 30 del 23 luglio 2012, 1-4761; S. Cerato – M. Bana, *D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito – Novità in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati*, in *Il Fisco* n. 30 del 23 luglio 2012, 1-4772; G. Andreani – A. Tubelli, *Sopravvenienze attive esenti anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Corr. Trib.*, n. 29 del 2012, 2217; G. Andreani – A. Tubelli, *Come cambia la fiscalità della crisi d'impresa con il decreto “crescita”*, in *Corr. Trib.*, n. 34 del 2012, 2639; A. Contrino, *Accordi di ristrutturazione del debito e modifiche alla disciplina del reddito d'impresa*, in *Corr. Trib.*, n. 35 del 2012, 2690, Circ. Agenzia Delle Entrate n. 8/E del 13 marzo 2009, in www.ipsoa.it.

⁶³ Per un commento sull'art. 88, comma 4, del T.U.I.R., anche in seguito all'introduzione dell'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f., A. Contrino, *Procedure concordatarie (vecchie e nuove), riduzioni di debiti e sopravvenienze attive*, in *Rass. Trib.*, 2011, 36 ss; A. Contrino, *Il trattamento fiscale dei “bonus” concordatari e da accordi di ristrutturazione*, in *Corr. Trib.*, 2010, 2335 ss.

Si tratta di un'agevolazione oggettiva concernente tutti i tipi di concordato preventivo – con garanzia, con cessione dei beni, misto – com'è dimostrato dall'ampia formulazione della norma; dalla sua stessa *ratio*, consistente nell'esigenza di favorire soluzioni concordatarie delle crisi d'impresa; dall'espressa menzione del concordato fallimentare; dal raffronto con la nuova disposizione in materia di plusvalenze contestualmente introdotta, relativa al solo concordato con cessione dei beni.

A completamento delle modifiche apportate alla disciplina fiscale della procedura concorsuale di cui ci stiamo occupando, il legislatore del testo unico, con il D. Lgs. n. 344 del 12/12/2003, ha inserito al quinto comma dell'art. 86 una norma assai innovativa, “sbucata” fuori all'improvviso, tanto che di essa non vi è traccia né nel progetto né nella relazione Usellini e nemmeno nel parere redatto dalla Commissione dei Trenta⁶⁴; essa così recita: “La cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento”.

La sua non chiara formulazione ha dato adito ad una duplice lettura interpretativa circa la portata di tale intendimento legislativo. In particolare, o si è inteso affermare che la sentenza di omologazione del concordato con *cessio bonorum* non è di per sé atto sufficiente a generare plusvalenze; o con tale norma si è voluto sancire la totale esenzione delle imposte reddituali nel corso della liquidazione dell'azienda che avviene nell'ambito della procedura in esame, essendo disposto che il trasferimento a terzi, in via d'eccezione a quanto previsto nella lett. a) dello stesso art. 86, non comporta realizzo di plusvalenze (e di minusvalenze).

Si osservi che, letta nel primo senso, la norma sarebbe del tutto superflua, “inutile e pleonastica, non essendosi mai sostenuto il contrario né in

⁶⁴ G. Falsitta, *Le plusvalenze nel nuovo Testo Unico: profili critici e ricostruttivi della nuova disciplina*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, Cedam, 1988, 401; M. Grassano-S. Valmori, *Disciplina fiscale delle plusvalenze, sopravvenienze e riporto delle perdite*, in *Fall.*, 2005, 347 ss.

dottrina né in giurisprudenza”⁶⁵ e l’intervento del legislatore apparirebbe privo di motivazione poiché, anche senza tale disposizione, non sarebbe in alcun modo possibile ravvisare un realizzo di plusvalenze nella fase iniziale del concordato preventivo con cessione (non si è mai dubitato, appunto, del fatto che in tale fase non vi è alcun trasferimento dei beni oggetto di cessione, la cui proprietà rimane in capo al debitore concordatario); si aggiunga, poi, che l’elemento lessicale induce a ritenere che tale norma si riferisca non ad una fase della procedura ma alla procedura stessa nella sua complessiva portata effettuale.

Inoltre, non si può ignorare che, dal punto di vista sistematico, la disposizione di cui stiamo trattando segue quanto previsto dal primo comma lett. a) dell’art. 86, a tenore del quale “Le plusvalenze dei beni relativi all’impresa diversi da quelli indicati nel comma 1 dell’art. 85, concorrono a formare il reddito: a) se sono realizzate mediante cessione a titolo oneroso”; rispetto a tale previsione di carattere generale il quinto comma pone un’eccezione, contemplando degli atti che, pur rientrando nella regola generale della lettera a) in quanto cessioni a titolo oneroso, ne rimangono eccettuati in virtù dell’elemento speciale consistente nell’essere compiuti nella procedura di concordato preventivo con cessione dei beni.

Spostata l’attenzione sull’intero articolo, di cui il 5° comma è chiusura, appare evidente che nel concetto base che da esso scaturisce non può certo rientrare l’offerta, accettata dai creditori ed omologata dal tribunale, dei beni oggetto di *cessio*.

“Cessione a titolo oneroso” implica senza dubbio il trasferimento del diritto di proprietà, che il cedente vanta sui beni oggetto dell’alienazione, a vantaggio del cessionario, cosa che si verifica non al momento dell’omologazione del concordato – che comporta un semplice conferimento di mandato a vendere – ma, successivamente, quando vengono posti in essere

⁶⁵ G. Falsitta, *Le plusvalenze nel nuovo Testo Unico: profili critici e ricostruttivi della nuova disciplina*, cit., 401.

gli atti di vendita di tali beni⁶⁶ nell'ambito dell'esecuzione della procedura stessa: sono questo gli atti che beneficiano del trattamento agevolato, introdotto dal D.P.R. n. 917/1986.

In realtà, non vi è alcuna *ratio* per giustificare una ipotizzata inidoneità della cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo a costituire fonte di plusvalenze in qualunque modo essa si realizzi, se non quella di voler rendere meno gravoso il peso dell'imposizione sui redditi in costanza di tale procedura concorsuale, dal momento che proprio il carico tributario si è rivelato in passato frequente causa di esito negativo di concordati che, pur avendo tutte le premesse per un'ottima riuscita, sono poi inevitabilmente sfociati in altrettanti fallimenti.

Da ultimo, occorre rilevare che, dall'ambito applicativo del 5° comma dell'art. 86 del TUIR, rimangono escluse le cessioni effettuate dal debitore nel concordato fallimentare e nel concordato con garanzia, ed il differente trattamento appare, a qualcuno, in quest'ultimo caso giustificato, "dato che l'imprenditore prosegue la sua attività ed è, quindi, logico che non debba lucrare l'esenzione tributaria delle eventuali plusvalenze realizzate"⁶⁷.

Sembra, invece, di poter non a torto affermare che la diversità di regime fra le due forme di concordato è priva di ogni razionale giustificazione. Si potrebbe ipotizzare che tale diversità derivi dall'adozione di quell'orientamento che collega alla *cessio bonorum* l'automatica estinzione dell'impresa e con essa l'impossibilità di seguire a tassarne il reddito (tanto le plusvalenze quanto le minusvalenze); ed in quest'ottica si spiegherebbe come mai la norma si preoccupi di escludere la rilevanza della cessione dei beni ai fini non solo del realizzo delle plusvalenze ma anche delle minusvalenze, sancendo così la completa estraneità di tale atto alla sfera dei redditi d'impresa.

⁶⁶ Per R. Dominici, *L'imposizione dei redditi prodotti nell'ambito delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, Cedam, 1988, 829, "è chiaro che il legislatore parla di cessione di beni ma in realtà pensa ad una cessione d'azienda, altrimenti non avrebbe senso il riferimento alle plusvalenze relative alle rimanenze ed al valore di avviamento".

⁶⁷ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2002, 764.

Senonché, in punto di disciplina delle sopravvenienze attive, il legislatore ha mostrato di voler evitare una disparità di trattamento fra le due ipotesi di concordato, accordando il beneficio anche al concordato con garanzia; dunque analoga soluzione avrebbe potuto seguire anche con riferimento alle plusvalenze. D'altra parte, anche ad ammettere che l'argomento della cessazione dell'impresa abbia un qualche fondamento, esso non può essere utilizzato riguardo alla cessione dei beni ai creditori che, come la cessione d'azienda, resterebbe comunque un atto, seppur l'ultimo e conclusivo, dell'impresa stessa.

Occorre a questo punto precisare che la disparità di trattamento di cui si parla ricorre soprattutto con riferimento ai casi nei quali al concordato senza cessione dei beni non si accompagna la prosecuzione dell'impresa, ma la sua liquidazione. Qui, infatti, l'unico elemento che cambia rispetto al concordato con cessione dei beni ai creditori è che i creditori chirografari vengono ad essere soddisfatti non nei limiti del ricavato della vendita di tali beni, bensì entro quelli della percentuale garantita, che pertanto il debitore deve comunque provvedere a coprire, anche se le somme ottenute attraverso la liquidazione del suo patrimonio non siano all'uopo sufficienti. Tale differenza risulta del tutto irrilevante ai fini del regime di imposizione sulle plusvalenze: sotto tale profilo, le due fattispecie appaiono sostanzialmente identiche, poiché in entrambe l'impresa liquida tutti i suoi beni definendo nel contempo le pregresse pendenze debitorie.

La disparità è palese pure nei confronti del fallimento. Fermi i diversi connotati delle due procedure, resta peraltro il fatto che il concordato con cessione dei beni dà vita, come il fallimento, alla liquidazione di tutto il patrimonio dell'impresa e, nel contempo, consente la definizione in sede concorsuale di tutti i rapporti passivi di quest'ultima. Vediamo come, mentre nel fallimento si può configurare un reddito, seppur circoscritto alla rarissima ipotesi che dopo il pagamento dei debiti residui un attivo dalla liquidazione dei beni, nel concordato preventivo con cessione dei beni la totale intassabilità

delle plusvalenze, sia patrimoniali che reddituali, si trasforma in una vera e propria esenzione dal prelievo, restando così ingiustificatamente discriminata proprio la procedura fallimentare.

Un'ultima precisazione per sottolineare che la situazione si presenta in termini assai diversi nell'ipotesi in cui al concordato segue non la liquidazione dell'impresa, bensì la sua prosecuzione, fenomeno che interessa in particolar modo il concordato preventivo senza cessione dei beni.

Al riguardo, bisogna riconoscere che la ripresa dell'attività impedisce di poter estendere alle plusvalenze e ai ricavi conseguiti dal debitore concordatario il regime di non imponibilità previsto nel caso di cessione dei beni ai creditori. Invero, il conseguimento di tali plusvalenze e ricavi avviene nell'ambito della normale attività produttiva di reddito d'impresa, che appunto prosegue dopo il concordato, sicché non avrebbe alcun senso escluderne *tout court* l'imponibilità; né, d'altro canto, sarebbe ipotizzabile di potere separare ed isolare all'interno del medesimo ed unico reddito il ricavo o la plusvalenza riferibile ai beni presenti all'epoca del concordato e nell'ammontare sin a quel momento prodotto, onde sancirne l'intassabilità.

In altre parole, la dottrina, sulla base della configurazione delle due tipologie di concordato preventivo previste dal R.D. n. 267/1942, concludeva che quando l'imprenditore non cessa la sua attività e si dà carico di eseguire il concordato senza dissolvere il patrimonio dell'impresa ma, piuttosto, anche con i nuovi utili della stessa, è inevitabile che la cessione dei beni che compongono tale patrimonio rientri a tutti gli effetti sotto il regime ordinario di tassazione⁶⁸. Tale affermazione può essere condivisa anche alla luce delle nuove possibilità offerte all'imprenditore dall'articolo 160 l.f. sulla configurazione del piano del concordato, con la precisazione che, essendo previsto che il concordato con continuità possa coesistere con la dismissione dei cespiti non funzionali e strumentali all'esercizio dell'impresa, e normalmente estranei al ramo d'azienda funzionante, anche le eventuali

⁶⁸ M. Miccinesi, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1990, 313-318.

plusvalenze derivanti da tali cessioni siano neutre ai fini delle imposte sui redditi⁶⁹.

Sull'ambito applicativo del quinto comma dell'art. 86 del TUIR è intervenuta la Suprema Corte⁷⁰, la quale ha precisato che tale disposizione deve essere intesa nel senso che il trasferimento a terzi dei beni, effettuato in esecuzione del concordato, non comporta la realizzazione di plusvalenze tassabili⁷¹.

6.2 La risoluzione del concordato preventivo: sopravvenienze passive e minusvalenze

Per quanto concerne gli effetti fiscali della risoluzione, occorre ricordare sinteticamente e senza alcuna pretesa di esaustività, ma solo ai fini di inquadrare sistematicamente la problematica, alcuni principi generali in materia contabile e fiscale a cui attingere, non trovando una disciplina specifica nella legislazione vigente per la fattispecie che qui ci occupa.

1) Principio contabile OIC n. 11 – Bilancio d'esercizio – Finalità e postulati⁷².

Nell'ambito del postulato sul bilancio d'esercizio, viene definito uno dei principi cardine della determinazione del risultato economico dell'esercizio che è quello di competenza, secondo il quale l'effetto delle operazioni e degli altri eventi deve essere rilevato contabilmente ed attribuito all'esercizio al quale tali operazioni ed eventi si riferiscono

⁶⁹ La dicotomia concordato con garanzia/concordato con cessione dei beni dettata dall'art. 160 l.f. esistente sino alla riforma del 2005, operata con L. n. 80/2005, permetteva la individuazione netta della fattispecie a cui il legislatore aveva voluto riferirsi con l'agevolazione di cui all'art. 86 del T.U.I.R.; oggi, con il rinnovato concordato, che può essere abbigliato con molte vesti diverse, sfuma questa certezza. Tuttavia, non avendo dettato il legislatore fiscale una definizione propria del concordato con cessione dei beni, è proprio alla legge fallimentare che occorre riferirsi per delineare un confine all'ambito di applicazione dell'art. 86. Considerato il *favor* per la soluzione concordataria alla crisi d'impresa, si ritiene che l'agevolazione fiscale possa trovare applicazione anche in caso di cessione di beni non essenziali, in continuità di impresa. Per il dibattito dottrinale sull'attuale concezione del concordato con cessione dei beni, si rinvia a quanto detto nel presente lavoro nel capitolo primo, paragrafo 6.

⁷⁰ Cass. 10 ottobre 2006, n. 22168, in www.leggiditalia.it. Tale sentenza è stata commentata da S. Zenati, *Non sono tassabili le plusvalenze emerse dal concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Corr. Trib.*, 2006, 3817-3819.

⁷¹ M. Pollio - P.P.Papaleo, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, Milano, Ipsosa, 2007, 86.

⁷² OIC n. 11 – in www.fondazioneoic.eu

e non a quello in cui si concretizzano i relativi movimenti di numerario (incassi e pagamenti). La determinazione dei risultati d'esercizio implica un procedimento di identificazione, di misurazione e di correlazione di ricavi e costi relativi ad un esercizio.

Inoltre, non può non essere ricordato il principio di prudenza, che si estrinseca essenzialmente nella regola secondo la quale profitti non realizzati non devono essere contabilizzati, mentre tutte le perdite, anche se non definitivamente realizzate, devono essere riflesse in bilancio; come previsto dall'art. 2423 bis, comma 1, n. 4, c.c., infatti, si deve tener conto dei rischi e delle perdite di competenza dell'esercizio, anche se conosciuti dopo la chiusura dello stesso.

2) Principio contabile OIC n. 19 – I fondi per rischi e oneri, TFR, i debiti.

Tale principio può entrare in gioco in presenza di clausole contrattuali previste nel piano e di circostanze che riducono o annullano il beneficio per il debitore⁷³.

Infatti, i fondi per rischi ed oneri accolgono gli accantonamenti destinati a coprire perdite o debiti di natura determinata, di esistenza certa o probabile, di ammontare o data di sopravvenienza indeterminati alla chiusura dell'esercizio⁷⁴.

Tale principio contabile entra in gioco anche ai fini della corretta esposizione della riduzione dell'ammontare degli interessi maturandi lungo la vita residua del debito e/o modifica della tempistica originaria dei pagamenti, a titolo di capitale e/o interessi.

Sebbene, infatti, in tali casi, il valore economico del debito a seguito della ristrutturazione risulti inferiore rispetto al valore contabile del debito ante-ristrutturazione, il beneficio per il debitore non viene

⁷³ Come illustrato nel principio contabile OIC n. 6, in www.fondazioneoic.eu, basti pensare al caso in cui il debitore sottoscrive un accordo di ristrutturazione e contestualmente stipula un derivato con fair value negativo direttamente connesso alla ristrutturazione. O, nel caso di concordato preventivo, può pensarsi al sorgere di eventi, nella fase esecutiva, conosciuti dall'imprenditore, tali da compromettere l'adempimento del piano e, quindi, da esporre lo stesso al rischio di risoluzione *ex art.* 186 l.f.

⁷⁴ Per maggiori approfondimenti, OIC n. 19 in www.fondazioneoic.eu.

immediatamente rilevato a conto economico, in quanto si considera un provento non realizzato alla data di ristrutturazione. Il beneficio per il debitore è rilevato per competenza lungo la durata residua del debito.

Nella nota integrativa occorre fornire adeguata informativa del beneficio derivante dalla ristrutturazione del debito. Sul punto OIC 19 – Debiti prevede che per tutti i debiti finanziari a medio lungo termine senza interessi o con interessi sensibilmente bassi, “il beneficio connesso alla dilazione di pagamento non onerosa o parzialmente onerosa, per il principio della prudenza, non è enucleato e riconosciuto anticipatamente”; ed ancora che “nel caso di un cambiamento di termine di pagamento da finanziamento a breve a medio e lungo termine, senza interessi o con interesse irragionevolmente basso, nessuna componente di interesse è scorporata in quanto il beneficio è rilevato, per competenza, durante il periodo di durata del prestito”.

Qualora la ristrutturazione comporti una sospensione, per un determinato periodo, nel pagamento degli interessi passivi, il debitore rileva comunque tali costi al conto economico nel rispetto del principio della competenza.

3) Principio contabile OIC n. 6 – Ristrutturazione del debito ed informativa di bilancio.

Il principio contabile n. 6, pubblicato dall’Organismo Italiano di Contabilità nel luglio del 2011, si occupa del trattamento contabile e dell’informazione integrativa da fornire in merito agli effetti prodotti da un’operazione di ristrutturazione del debito, nel rispetto del principio della continuità aziendale, con particolare riferimento al momento a partire dal quale si rilevano in contabilità e nel bilancio del debitore gli effetti economici/finanziari della ristrutturazione e si forniscono le relative informazioni; alle modalità di rilevazione degli effetti contabili dell’operazione di ristrutturazione realizzata per il tramite di modifiche ai termini originari del debito, cessione di attività e conversione del

debito in capitale; alla rappresentazione all'interno degli schemi di bilancio e della nota integrativa degli effetti dell'operazione di ristrutturazione; del trattamento contabile dei costi connessi all'operazione di ristrutturazione, quali i costi professionali e le commissioni ed oneri per servizi finanziari.

Sinteticamente, per quanto concerne la riduzione del debito, alla data della ristrutturazione il debitore iscrive un utile da ristrutturazione tra i proventi straordinari del conto economico pari alla riduzione del capitale da rimborsare e/o degli interessi maturati e non ancora pagati. In contropartita dell'utile, il debitore rileva una riduzione di pari importo del valore contabile del debito iscritto tra le passività. L'iscrizione di un utile è coerente con il principio generale di prudenza, in quanto si considera un provento realizzato sin dalla ristrutturazione.

4) Principio dell'autonomia dei periodi di imposta art. 76 T.U.I.R.

Il Legislatore fiscale ha introdotto nell'ordinamento italiano il principio di autonomia dei periodi di imposta con l'Art. 7. Periodo di imposta, il quale recita: "L'imposta è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma, salvo quanto stabilito nel comma 3 dell'art. 8 e nel secondo periodo del comma 3 dell'art. 11.

L'imputazione dei redditi al periodo di imposta è regolata dalle norme relative alla categoria nella quale rientrano.

In caso di morte dell'avente diritto i redditi che secondo le disposizioni relative alla categoria di appartenenza sono imputabili al periodo di imposta in cui sono percepiti, determinati a norma delle disposizioni stesse, sono tassati separatamente a norma degli artt. 17e 18, salvo il disposto del comma 3 dell'art. 16, anche se non rientrano tra i redditi indicati nello stesso art. 16, nei confronti degli eredi e dei legatari che li hanno percepiti".

Tale principio è ribadito anche nell'art. 74 del D.P.R. n. 917/1986, in materia di reddito d'impresa, il quale afferma che “L'imposta è dovuta per periodi di imposta, a ciascuno dei quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma salvo quanto stabilito negli articoli 80 e 84⁷⁵”.

Il periodo di imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Se la durata dell'esercizio o periodo di gestione non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo, o è determinata in due o più anni, il periodo di imposta è costituito dall'anno solare”.

Ogni anno ha una propria autonomia e la rilevanza dei fatti generatori della ricchezza imponibile e del corrispondente obbligo tributario rimangono circoscritti a tale periodo di riferimento; questo è un principio generale, che riguarda tutti i contribuenti in quanto individua il presupposto temporale per l'applicazione dell'imposta⁷⁶.

Ciò vuol dire che il contribuente non può diventare arbitro della scelta del periodo in cui registrare determinate operazioni con conseguenti oggettivi e innegabili riflessi sulla determinazione del reddito imponibile⁷⁷.

Il principio di autonomia è inderogabile⁷⁸ e comporta che gli obblighi del contribuente sorgano e si esauriscano in ogni singolo periodo di imposta in modo del tutto autonomo, per cui non appare possibile far risultare operazioni collocate in un determinato momento temporale in una dichiarazione che si riferisce ad un diverso periodo, poiché registrare un'operazione in un'annualità piuttosto che in un'altra è un

⁷⁵ Articoli che dettano regole particolari per il riporto o rimborse delle eccedenze ed il riporto delle perdite.

⁷⁶ A. Jorio – S. Sereni, *Cass. civ., Sez. trib., n. 16023 dell'8 luglio 2009 – Principio di autonomia dei periodi d'imposta*, in *il fisco*, n. 32 del 2009, 2-5365.

⁷⁷ Cass. 27 dicembre 2001 n. 16198, in www.leggiditalia.it.

⁷⁸ Come confermato anche da Cass. 8 luglio 2009, n. 16023, in www.leggiditalia.it. E, sotto il profilo penal-tributario, è espressamente previsto che la non osservanza dell'esercizio di competenza possa astrattamente ricondurre a violazioni penali *ex art. 7 D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74* in tema di reati tributari.

comportamento tutt'altro che privo di considerevoli effetti giuridici e concreti.

Dai principi sopra ricordati può derivarsi che, se con l'omologazione del concordato preventivo si determina la sopravvenienza attiva non tassabile in quel periodo di imposta, così con il decreto di risoluzione si determina il periodo di competenza della sopravvenienza passiva non deducibile, che sarà quantificata quale differenza tra il debito stralciato, che aveva dato origine alla sopravvenienza attiva non tassata, e quanto eventualmente già corrisposto, che non potrà essere ripetuto.

Per quanto riguarda, invece, l'aspetto della plusvalenza, il discorso è più delicato, in quanto l'atto che l'ha generata deve essere considerato intangibile, se eseguito in conformità al piano ad opera del liquidatore e, di conseguenza, rimarrà definitivamente acquisito il beneficio fiscale della detassazione della plusvalenza maturata nell'esercizio in cui la cessione del cespite ha avuto luogo.

6.3 Risoluzione del concordato preventivo e transazione fiscale *ex art. 182 ter l.f.*

Per quanto riguarda l'ipotesi di concordato preventivo con transazione fiscale *ex art. 182-ter l.f.*, all'omologa della procedura si determina, oltre agli effetti di cui all'art. 184 l.f.⁷⁹, un effetto peculiare, previsto dal comma quinto dell'art. 182-ter l.f., costituito da “ la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma”⁸⁰, effetto che è assimilabile a quello che consegue ad una conciliazione giudiziale, *ex D. Lgs.*

⁷⁹ Il quale, come noto, al primo comma, nel testo attualmente vigente dispone che “Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso”. Che gli effetti della transazione fiscale (consolidamento della posizione fiscale del debitore e cessazione della materia del contendere) si determinano al momento dell'emissione del decreto di omologazione conferma la natura endoconcorsuale di tale procedimento. Sull'argomento, M. Zanni-G. Rebecca, *La disciplina della transazione fiscale: un “cantiere” sempre aperto*, in *il fisco*, n. 39/2010, fascicolo 1, 6299 ss.

⁸⁰ La eccezionalità è data anche dal fatto che per gli altri rapporti obbligatori interessati dal concordato preventivo, i giudizi di cognizione, per effetto del combinato disposto dell'art. 168 e 176 l.f., proseguono per via ordinaria.

n. 546/1992, restando in dubbio la necessità di formalizzare comunque una conciliazione avanti alla Commissione tributaria competente⁸¹, effetti che “non operano in caso di annullamento o risoluzione del concordato (art. 186 l. fall.)”⁸².

Posto che la “cessazione della materia del contendere” è un istituto di elaborazione giurisprudenziale che presuppone la pendenza del giudizio e prevede la chiusura dello stesso attraverso una pronuncia avente forma di sentenza che accerta l’avvenuta definizione sostanziale della controversia al di fuori del giudizio, la questione che si pone, sul piano effettuale, è quella della sorte della transazione fiscale in ipotesi di caducazione del concordato omologato, per risoluzione o annullamento⁸³. Il Legislatore non ha disciplinato espressamente questa fattispecie e, pertanto, è compito dell’interprete cercare di ricostruire in modo sistematico la disciplina applicabile, tenendo conto dei vari principi in gioco, espressione di rispettivi interessi, anche di ordine pubblico, che regolano la materia fallimentare e quella tributaria.

Prima di addentrarci nello specifico, occorre ricordare che, in generale, per le pretese creditorie definitive, ossia quelle scaturenti da obbligazioni non contestate o da atti impositivi non più impugnabili, accertate con sentenza passata in giudicato, o iscritte a ruolo a titolo definitivo, il venir meno del concordato comporta la reviviscenza della pretesa nella sua interezza, in quanto l’omologazione della procedura, secondo la tesi più accreditata, non comporta l’estinzione dei rapporti obbligatori per novazione o remissione del debito⁸⁴. Ciò vuol dire che quanto eccede la percentuale concordataria diviene,

⁸¹ Non ritengono necessaria tale formalizzazione B. Quatraro, *La transazione fiscale*, in www.tribunale-milano.net; E. Mattei, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti – F. Marotta – F. Di Marzio, Itaedizioni, Torino, 2008, 284 ss.

⁸² M. Pollio – P. P. Papaleo, *Debiti tributari e contributivi nelle imprese in crisi: la “nuova” transazione fiscale e previdenziale*, in *Amministrazione & finanza*, 4/2010, 27.

⁸³ N. Cosentino, *Analisi dei nuovi istituti e strumenti operativi – Accordi di ristrutturazione dei debiti e transazione fiscale* – Relazione tenuta il giorno martedì 5 aprile 2011 – Collegio Univeristario “De Filippi”, Via Brambilla, 15, Varese, in www.tribunale.varese.it.

⁸⁴ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 655; S. Satta, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1997, 393; App. Milano 21 dicembre 1962., in *Dir. fall.*, 1963, II, 73. *Contra*, App. Milano 19 novembre 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, 303. In dottrina U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 1961, 1022, propende per l’effetto estintivo assimilabile

per effetto dell'omologazione, oggetto di una obbligazione naturale, e come tale sfornita di azione, ma non ripetibile in caso di pagamento, *ex art.* 2034 c.c.. d'altro canto, in caso di risoluzione, viene meno l'effetto parzialmente esdebitatorio e torna in vita l'originaria obbligazione.

Per quanto concerne i rapporti tributari, tale quadro giuridico deve essere conciliato con altri principi, come quello della natura impugnatoria⁸⁵ del processo tributario⁸⁶, in ossequio del quale gli eventi patologici sopravvenuti alla chiusura della procedura non potrebbero far rivivere gli originari giudizi di merito cessati per effetto dell'omologazione, con la conseguenza che le pretese erariali dovranno essere soddisfatte in misura integrale non falcidiata, così come definitivamente fissate nell'atto impositivo originariamente emanato dall'Amministrazione finanziaria⁸⁷.

Vi è chi perviene alla medesima conclusione facendo leva sul carattere assoluto e non eliminabile della cessazione della materia del contendere, alla stregua di un giudicato non più rimuovibile⁸⁸, oppure sulle difficoltà pratiche

alla remissione del debito, mentre F. Ferrara – A. Borgioli, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, 164, per quello derivante da una transazione. Infine, G. Ragusa Maggiore, *Diritto fallimentare*, Morano, Napoli, 1974, 834, sposa la tesi dell'effetto estintivo per la perdita dell'azione sostanziale in seguito all'omologazione della procedura.

⁸⁵ Il processo tributario è un processo d'impugnazione di atti amministrativi autoritativi, i cui effetti si consolidano se il ricorso non è proposto nei termini, è inammissibile o respinto. Se il ricorso è accolto, l'atto è annullato, e quindi non esiste più alcun rapporto; se il ricorso è respinto, il rapporto d'imposta permane, in quanto permane l'atto di cui è effetto. Di ciò costituisce dimostrazione anche la disciplina dell'autotutela, secondo cui vi può essere ritiro dell'atto anche dopo che il processo si è concluso con una sentenza di rigetto del ricorso: se la sentenza fosse di mero accertamento, e sostituisse l'atto emesso dall'amministrazione, non vi sarebbe, dopo il giudicato, alcun atto amministrativo suscettibile di ritiro.

La natura impugnatoria del processo tributario vale a delineare la tipologia delle sentenze, che sono sentenze di annullamento, totale o parziale, dell'atto impugnato, se, e nella parte in cui, accolgono la domanda del ricorrente; sono, invece, sentenze dichiarative se, e nella parte in cui, lo respingono. Le sentenze del giudice tributario non sono mai "sostitutive" dell'atto impugnato. In particolare, le sentenze che respingono il ricorso contro atti d'imposizione non sostituiscono l'atto impugnato; dopo la sentenza di primo grado, che respinge (in tutto o in parte) il ricorso, l'ufficio non porta ad esecuzione la sentenza, non addicendosi l'esecuzione alle sentenze di mero accertamento, ma l'atto d'imposizione. Infine, sono sentenze di condanna le sentenze che accolgono le domande di rimborso. Così, F. Tesaurò, *Introduzione del giudizio di primo grado*, in www.corsomagistratitributari.unimi.it. Per un maggiore approfondimento, F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Utet, Torino, 2006.

⁸⁶ L. Del Federico, *Profili evolutivi della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2010, 1215 ss.

⁸⁷ L. Del Federico, *Profili processuali della transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, n. 45/2007, 3657 ss; M. Pollio, *La transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto G. Fauceglia – L. Panzani, Utet, Torino, 2009, III, 1837 ss.

⁸⁸ S. Capolupo, *La transazione fiscale. Aspetti sostanziali*, in *Fisco*, n. 21/2006, fascicolo 1, 3015 ss.

di ripristinare controversie ormai cessate, per le quali, nella maggior parte dei casi, saranno spirati i termini decadenziali per la proposizione del ricorso in Commissione Tributaria⁸⁹, ed anche qualora non fossero scaduti, la precedente impugnazione dell'atto impositivo, poi caducata per effetto dell'estinzione del giudizio, avrebbe comunque comportato la consumazione del potere impugnatorio in capo alla parte privata, per effetto del principio generale del *ne bis in idem*⁹⁰.

Sempre a sostegno della impossibilità di far sopravvivere la conciliazione effettuata in sede di transazione fiscale in caso di risoluzione e annullamento del concordato, viene invocata la natura endoconcorsuale dell'istituto⁹¹, in quanto la sua non autonomia rispetto al concordato

⁸⁹ A. La Malfa – F. Marengo, *Transazione fiscale e previdenziale*, Maggioli Editore, Rimini, 2010, 213-214. Argomentando diversamente, si dovrebbe sostenere la configurabilità di una rimessione termini *ex lege* per effetto del venir meno della causa estintiva della cessazione della materia del contendere.

⁹⁰ F. Santoro Cayro, *La cristallizzazione dei debiti tributari nell'ambito della transazione fiscale: il problema degli effetti "tipici" dell'istituto di cui all'art. 182ter del R.D. n. 267/1942*, in <http://padis.uniroma1.it>.

⁹¹ La giurisprudenza di merito è orientata nel senso di considerare la transazione fiscale *ex art. 182 ter l.f.*, affermando che la transazione fiscale inserita in un piano di concordato "ne condivide gli effetti e le sorti, con la conseguenza che i crediti tributari restano soggetti all'esito della votazione del concordato e del giudizio di omologazione". Così Trib. Mantova, 26 febbraio 2009, in www.ilcaso.it, sez. I – giurisprudenza, doc. 1641/2009. Nello stesso senso Trib. Roma 27 gennaio 2009, in www.ilcaso.it, sez. I, giurisprudenza, doc. 1500/2009, il quale afferma che "quello della transazione fiscale non costituisce un vero e proprio negozio a contenuto transattivo, poiché non è prevista la stipula di un accordo contenente reciproche concessioni e attraverso di esso non si tende a risolvere o prevenire una lite tra il fisco e il debitore; in tal senso sarebbe quindi improprio parlare di autonomia di tale negozio rispetto al diverso e già generale negozio costituito dal concordato" e che "dal punto di vista funzionale, la transazione fiscale si atteggia quale procedura predisposta per consentire agli uffici fiscali di partecipare al concordato col loro voto e per dettare le regole attraverso cui legittimamente i relativi uffici esprimono il voto", transazione che non è autonoma al concordato anche per il fatto che essa può esistere solo in seno ad esso e non può vivere di vita autonoma. "Consegue a tali considerazioni che, tanto in caso di voto negativo, quanto in caso di mancato voto (equiparabile al voto negativo), ove il concordato venga omologato, rimane vincolante anche per il fisco, che subisce la falcidia ivi prevista". Ed ancora, Tribunale di Pavia 8 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, sez. I, giurisprudenza, doc. 1361/2008, "Sul punto pare consolidato, ed il Tribunale non ha motivo di discostarsene, il filone interpretativo secondo cui lo strumento innovativo della transazione fiscale di cui all'art. 182 ter l.f. si risolve in una modalità collaterale ed interna alla procedura di concordato preventivo, quale parte del più generale piano proposto. La transazione fiscale non è, infatti, un autonomo accordo, ma costituisce una fase endoconcorsuale, che si chiude con l'adesione o il diniego alla proposta di concordato mediante voto espresso nell'adunanza dei creditori. Dall'inserimento della transazione fiscale nel piano concordatario e dall'espressione del voto, da parte dell'Agenzia Delle Entrate e del Concessionario in sede di adunanza dei creditori deriva, come conseguenza logica che l'accordo si identifica con il concordato stesso e non può che dividerne gli effetti e le sorti nelle sue varie fasi fisiologiche e patologiche. (...) L'eventuale omologazione della procedura di concordato preventivo determinerà la cessazione della materia del contendere nelle liti relative ai tributi definiti (art. 182 ter, 5 comma, l.fall.). Da tali premesse deriva che la transazione fiscale, in quanto costituente parte integrante del piano concordatario produrrà o

preventivo implica che l'accordo siglato al suo interno *ex art. 182-ter* l.f. è destinato a seguire le sorti della procedura in cui è stato concepito, e, quindi, a perdere irrimediabilmente ogni efficacia, con la conseguente inevitabile cristallizzazione degli importi originariamente pretesi dall'Amministrazione⁹².

Anche coloro che propendono per la natura negoziale della transazione fiscale, giungono alla conclusione che per effetto della risoluzione del concordato debba essere ripristinata la situazione pregressa e, quindi, anche la reviviscenza del debito tributario, anteriore alla proposizione della domanda di transazione, con annullamento delle reciproche concessioni raggiunte all'esito dell'accordo bilaterale fra Amministrazione e contribuente, rappresentando ciò “la soluzione più conforme ai principi⁹³”.

Tuttavia ciò crea un indubbio vantaggio a favore del Fisco, se si ritiene che al ripristino della situazione *ex ante* segua la cristallizzazione del debito, per effetto della impossibilità di riattivare il giudizio interrotto o di impugnare gli atti di accertamento “concordato” con la transazione fiscale. Ciò potrebbe trovare una sua giustificazione quale *voluntas* del Legislatore di incentivare l'Amministrazione ad aderire alle transazioni incluse nei piani di concordati⁹⁴.

La Corte di Cassazione⁹⁵, in tema di conciliazione giudiziale *ex art. 48* D.lgs. n. 546/92, si è espressa nel senso che: “dall'effetto novativo della conciliazione discende che, qualora il contribuente abbia versato solo la prima rata delle somme complessivamente pattuite, senza corrispondere il residuo e né chiedere l'ulteriore dilazione di pagamento, l'inadempimento non fa rivivere l'obbligazione originaria e l'Amministrazione creditrice deve esigere il versamento delle somme ancora dovute in base all'accordo conciliativo, attraverso una procedura di riscossione anche coattiva”. Tuttavia, tale

meno i suoi effetti se la proposta di concordato sarà o meno omologata”. Già in tal senso, Trib. Milano 25 ottobre 2007, in www.ilcaso.it, sez. I, giurisprudenza, doc. 1098/2008.

⁹² P. Pajardi, *Transazione fiscale* (a cura di A. Solidoro), in *Codice del fallimento*, a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Giuffrè, Milano, 2009, 1802, il quale, sotto questo profilo equipara la mancata omologazione del concordato alla successiva caducazione per effetto di risoluzione o annullamento.

⁹³ P. Pajardi – A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, 904.

⁹⁴ L. Del Federico, *Profili evolutivi della transazione fiscale*, cit., 1230.

⁹⁵ Cass. 19 giugno 2009, n. 14300, in www.leggiditalia.it; Cass. 8 settembre 2006 n. 20836, in www.leggiditalia.it.

principio mal si sposa con la fattispecie della risoluzione del concordato, a meno che non si voglia accogliere l'interpretazione della novazione delle obbligazioni per effetto dell'omologazione della procedura e che non si voglia vedere nei due effetti tipici e peculiari⁹⁶ della transazione fiscale un unico scopo, che è quello della cristallizzazione del *quantum* della pretesa tributaria, sia per i debiti non contestati (che avviene tramite la certificazione dello stesso rilasciata dall'Agenzia delle Entrate e dall'Agente della Riscossione), sia per quelli oggetto di contestazione, per cui è stato emesso l'atto impositivo o è già stato incardinato il giudizio in commissione tributaria. E così fosse, allora, gli eventi patologici successivi dovrebbero lasciare inalterata tale quantificazione, potendo l'Erario insistere nel realizzo dei propri crediti solo per il *quantum* "concordato".

In dottrina ha applicato per analogia questa interpretazione alla transazione fiscale chi⁹⁷, facendo leva sull'autonomia dell'istituto della transazione fiscale *ex art. 182 ter l.f.*, rispetto al concordato preventivo, ha così sostenuto la sua valenza novativa, da cui deriverebbe la sopravvivenza dell'accordo, alla caducazione della procedura di concordato. Ciò troverebbe conforto normativo nell'art. 1976 c.c., secondo cui la risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il preesistente

⁹⁶ Per tutti i crediti diversi da quelli fiscali, infatti, non è previsto un vero e proprio procedimento formale di verifica e accertamento della loro esistenza e, coerentemente a ciò, l'art. 176 l.f., con riferimento al concordato preventivo, prevede espressamente che i crediti contestati possono essere ammessi provvisoriamente ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò possa influire sui giudizi circa l'esistenza dei crediti stessi, instaurati tramite le azioni di cognizione ordinarie. Così, M. Zanni-G. Rebecca, *La disciplina della transazione fiscale: un "cantiere" sempre aperto*, cit., 6308. Corte d'Appello di Torino, 23 aprile 2010, in www.ilcaso.it, ritiene che "l'approvazione della proposta di transazione fiscale abbia l'effetto condizionante, ma non dell'esito del concordato preventivo; bensì del conseguimento da parte del debitore di quelli effetti, già definiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza "tipici" ed "ulteriori" insiti, in una parola nel "consolidamento" della sua posizione fiscale con riguardo tanto ai tributi già iscritti a ruolo, quanto a quelli ancora in corso di determinazione (definizione degli accertamenti pendenti; preclusione degli accertamenti futuri; cessazione delle liti), il conseguimento di tale obiettivo pratico rappresenta anzi una vera e propria "chiave di lettura" dell'art. 182ter, nel senso di individuare nel legislatore il preciso intendimento di attribuire all'istituto della transazione fiscale il ruolo precipuo di "incentivo" del debitore al ricorso al concordato preventivo; qualora egli voglia aggiungere ai vantaggi della procedura concordataria anche lo specifico vantaggio insito della definizione complessiva della sua posizione fiscale e - oggi, ex l.2/09 cit. - contributiva (anche con riguardo a quei debiti ancora in corso di accertamento e teoricamente suscettibili di essergli opposti dopo la chiusura della procedura), egli "potrà proporre" la transazione fiscale secondo la procedura prevista".

⁹⁷ D. Stevanato, *Transazione fiscale*, in *Commentario alla legge fallimentare, sub artt. 124-125 e disposizioni transitorie*, diretto da C. Cavallini, Egea, Milano, 2010, 849.

rapporto è stato estinto per novazione. Questa interpretazione eviterebbe la lesione del diritto di difesa del contribuente, che deriverebbe dalla cristallizzazione della originaria pretesa impositiva contenuta nell'atto impugnato, e dall'altro ovvierebbe all'esigenza di ipotizzare l'improbabile reviviscenza di un processo ormai estinto.

Tuttavia l'interpretazione data alla norma dall'Amministrazione finanziaria si pone agli antipodi di questa ricostruzione e può essere ricavata dalla circolare n. 40/E/08⁹⁸, ove si legge che “Nei casi in cui il concordato sia successivamente annullato o risolto ai sensi dell'articolo 186 della L.F., poiché la cessazione della materia del contendere è conseguenza dell'intervenuto accordo fra le parti, il venir meno di quest'ultimo determina la ripresa del contenzioso”, anche se non va oltre a spiegare come concretamente il contenzioso debba essere riattivato.

E così, ancora, a proposito del consolidamento del debito, nella citata circolare si afferma che la disciplina normativa non dispone la preclusione di un'ulteriore attività di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria in caso di transazione fiscale e, quindi, che sia sempre possibile, ove ne ricorrano le condizioni, l'esercizio dei poteri di controllo, con la conseguente determinazione di un debito tributario, superiore rispetto a quello attestato nella certificazione rilasciata al debitore o altrimenti individuato al termine della procedura di transazione fiscale, che l'Amministrazione potrà far valere nei confronti dello stesso contribuente, il quale abbia ottenuto l'omologazione del concordato nonché degli obbligati in via di regresso. Cosa che potrebbe accadere in caso di una proposta di transazione fiscale avente ad oggetto anche il debito tributario relativo al periodo di imposta per il quale non sia stata presentata la relativa dichiarazione, in quanto non ancora scaduti i termini. In tal caso, l'accettazione della proposta e la sua successiva omologazione, in sede di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti, non

⁹⁸ Circolare 40/E del 18 aprile del 2008 -, avente ad oggetto il D.Lgs. n. 169 del 2007, recante disposizioni integrative e correttive al R.D. n. 267 del 1942, nonché al D.Lgs. n. 5 del 2006 - Concordato preventivo e transazione fiscale, in www.agenziaentrate.gov.it.

precluderebbe, secondo l'Amministrazione finanziaria, al competente Ufficio di esercitare i poteri di controllo della relativa dichiarazione, che il contribuente avrà presentato dopo l'omologa della procedura e, quindi, della transazione fiscale.

Orientamento che, seppur non condivisibile⁹⁹, non può essere ignorato dall'operatore della materia, nella predisposizione del piano del concordato.

La soluzione più conforme ai principi e non ultimo anche a quello di difesa tutelato *ex art. 24 Cost.*, sembra essere quella di ritenere che l'accordo transattivo venga meno per l'effetto della caducazione del concordato, ma senza che a ciò segua l'intangibilità del credito, ormai cristallizzato per effetto dello spirare dei termini di decadenza per l'impugnazione o per la chiusura del giudizio pendente in commissione *ex art. 182 ter*, quinto comma, l.f., ben ammettendo, al contrario la ripresa del contenzioso¹⁰⁰.

⁹⁹ M. Zanni-G. Rebecca, *La disciplina della transazione fiscale: un "cantiere" sempre aperto*, cit., 6309; L. Tosi, *Il delicato rapporto fra autorità e consenso in ambito tributario: il caso della transazione fiscale*, in *Giust. trib.*, 2008, 25; M. Pollio – P.P. Papaleo, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, Ipoa, Milano, 2007, 108 ss; L. Del Federico, *Questioni controverse sulla transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, vol. n. 33/2010, fascicolo 29, 2379; M. Pollio-P.P. Papaleo, *Debiti tributari e contributivi nelle imprese in crisi: la "nuova" transazione fiscale e previdenziale*, in *Amministrazione & Finanza*, vol. 25/2010, fascicolo 4, 27; L. Del Federico, *Profili processuali della transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, vol. 30/2007, fascicolo 45, 3663. In dottrina, F. Santoro Cayro, *Considerazioni in tema di autonomia della transazione fiscale*, in *Giur. comm.*, 2010, vol. 37, fasc. 3, 539-540, ritiene che sia ragionevole l'impostazione dell'Amministrazione finanziaria in merito alla conservazione dei poteri accertativi, in quanto il termine di trenta giorni concesso per l'espletamento di tutte le attività di accessi, ispezioni e verifiche è troppo esiguo, basti pensare al debito relativo ad una dichiarazione non ancora presentata: in tale situazione l'obbligazione tributaria non sussiste ancora, quindi qualunque aspettativa potrebbe essere disattesa con la successiva dichiarazione. Inoltre, il congelamento dei poteri di accertamento dell'amministrazione finanziaria tramuterebbe l'istituto della transazione fiscale in un condono permanente. Così anche D. Piselli, *Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, anno 2009, doc. 143, 21.

¹⁰⁰ E. Mattei, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, II – Giurisprudenza, doc., 104/2008, 35. Sostiene la possibilità di riprendere il contenzioso cessato G. Gaffuri, *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2011, I, 1125, il quale ritiene che, una volta rispettato il paradigma impugnatorio proprio delle liti fiscali, non sarebbe necessaria la riproposizione di un ulteriore atto reintroduttivo, ed il processo riprenderebbe vita per effetto della rimozione della causa della sua cessazione, continuando nella causa in cui versava. *Contra*, F. Randazzo, *Il "consolidamento" del debito tributario nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 842 ss, il quale ritiene che la riviviscenza di un giudizio estinto per cessata materia del contendere sia pressochè improponibile così come anche la soluzione della cristallizzazione della originaria pretesa impositiva perchè priverebbe il contribuente di ogni tutela giurisdizionale avverso la medesima e, pertanto, conclude nel senso che la cessazione della materia del contendere opererebbe limitatamente alle controversie per le quali in sede concorsuale sia stata superata ogni contestazione sull'entità del credito fiscale, alle sole liti, cioè, di pronta soluzione, per le quali il mantenimento in vita del giudizio apparirebbe improduttivo e vano. Questa lettura sarebbe l'unica in grado di conformarsi all'art. 24 Cost. e, contemporaneamente, anche al rispetto della *par condicio creditorum*, che verrebbe alterata a vantaggio del Fisco, accogliendo l'opposta

D'altra parte, il giudizio non sarebbe arrivato a cessare in mancanza di quel piano di concordato preventivo, su cui le parti hanno fatto reciproco affidamento, a meno che le parti non abbiano inserito espressamente nel piano che con l'accordo si rinuncia a qualsiasi ulteriore attività processuale in merito ai tributi transatti. Al venir meno della causa che ha determinato la cessazione della materia del contendere, sembra che per poter offrire alle parti un giudizio di merito da parte del giudice l'unica possibilità sia quella di riconoscere alle medesime la possibilità di riassumere il giudizio nei termini previsti dal codice di procedura civile o di rimettere in termini il contribuente per impugnare l'atto, ritenendo che sia un sacrificio eccessivo quello di imporre al debitore al momento della predisposizione del piano di "scommettere" sulla riuscita del piano, con rinuncia al giudizio della commissione tributaria, che il legislatore dovrebbe esplicitamente prevedere, in una materia coperta dalla riserva relativa di legge *ex art. 23 Cost.*¹⁰¹.

La soluzione è equilibrata, ben potendo l'esito del giudizio essere sfavorevole al contribuente, con condanna al pagamento di sanzioni, interessi e spese, che andrebbero a ristorare l'Amministrazione finanziaria, anche per il tempo inutilmente trascorso per effetto della "sospensione" dovuta alla procedura di concordato.

interpretazione, poiché l'estinzione del giudizio potrebbe portare al consolidamento di una pretesa fiscale maggiore di quella che si sarebbe determinata all'esito di un ordinario processo, soprattutto laddove le ragioni prospettate dal ricorrente apparissero serie e fondate. Se ciò è condivisibile in linea di principio, appare arduo arrivare in via di interpretazione alla suddetta differenziazione delle liti che verrebbero a cessare per effetto dell'omologa del concordato, non avendo il legislatore in alcun modo dato lo spiraglio per una simile ricostruzione, essendo, al contrario, il testo del quinto comma molto chiaro nell'essere volutamente omnicomprensivo, e, come noto, *in claris non fit interpretatio*.

¹⁰¹ In dottrina L. Trombella, *Riflessioni critiche sulla transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 627, esclusa ogni possibilità di riviviscenza degli accertamenti originariamente impugnati, e fermo restando che l'Amministrazione finanziaria non ha la possibilità di notificare tali atti una seconda volta, ipotizza una sospensione del processo tributario, con istanza di riassunzione rimessa all'iniziativa degli uffici finanziari nel caso in cui il piano del concordato rimanga inattuato. In alternativa, prospetta la possibilità di impugnare la sentenza che ha dichiarato la cessazione della materia del contendere per revocazione *ex art. 395 c.c.*, n. 1, ossia per "dolo di una delle parti in danno dell'altra", fermo restando che devono considerarsi irrevocabili i pagamenti posti in essere sino al momento della pronuncia della risoluzione per inadempimento, *ex art. 67*, comma terzo, lett. e) l.f. e che gli uffici finanziari non sarebbero vincolati all'attività endoprocedimentale svolta nell'ottica dell'accordo transattivo, recuperando appieno i propri poteri di verifica, accertamento e riscossione.

Conclusioni

Poche parole per concludere questo lavoro, che scaturiscono dalla mia esperienza, non solo di studente, ma anche di giovane dottore commercialista, che vive ogni giorno l'altalena dei sentimenti, tra le cronache dei giornali, che quotidianamente danno il "bollettino di guerra" delle vittime della crisi economica, e la speranza che ci sia quel futuro, tanto sognato durante gli anni della formazione, in cui giocare la partita, contribuendo con le competenze acquisite e l'entusiasmo del neofita, al funzionamento, nel proprio piccolo, del sistema sociale ed economico.

Lo scenario è sotto gli occhi di tutti, dai macro eventi della crisi finanziaria, industriale e del mercato immobiliare vissuta dagli stati Uniti dal 2007 in poi, che ha avuto pesantissimi ripercussioni sull'economia dell'Europa, di cui il fallimento Lehman Brothers del 15 settembre 2008 è diventato quasi un simbolo, per le dimensioni (la bancarotta superò per grandezza quelle di gruppi come Worlcom ed Enron, con un indebitamento di circa 613 miliardi di dollari) e per gli effetti devastanti sull'intero sistema economico-mondiale; basti pensare che la conseguenza immediata dell'apertura della procedura concorsuale, utilizzando il "chapter 11", fu che in una sola giornata le borse mondiali bruciarono 1.200 miliardi di dollari di capitalizzazione (pari a circa 900 miliardi di euro), mentre le perdite europee complessive si attestarono intorno ai 125 miliardi; ai gravi problemi di liquidità dei paesi Europei (quali Grecia, Irlanda, Portogallo, ma anche Spagna ed Italia); al piano di salvataggio europeo del maggio del 2010 che per la prima volta nella storia dell'Europa ha previsto prestiti bilaterali degli stati dell'Eurozona per 440 miliardi di euro, 60 miliardi di Fondi del bilancio UE e fino a 250 miliardi di contributi prestati dal FMI (pari ad un terzo del totale), nonché la possibilità di intervento della BCE, in grado di agire sul mercato secondario dei titoli di stato acquisendo obbligazioni pubbliche; all'istituzione, tramite le modifiche al Trattato di Lisbona approvate il 23 marzo 2011 dal Parlamento Europeo e confermate

dal Consiglio Europeo a Bruxelles il 25 marzo 2011 del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), pensato come un Fondo Finanziario Europeo per la stabilità della zona, ma anche, in seguito alla delibera del Consiglio Europeo del giugno del 2012, volto a coprire i rischi di rifinanziamenti degli stati; al declassamento del *rating* subito dall'Italia nel 2011 e 2012 dall'agenzia internazionale Standard & Poor's, la quale ha rivisto al ribasso l'affidabilità sul debito pubblico italiano, con prospettive future negative, a motivo della "limitata capacità di risposta dello stato" rispetto alla crisi corrente; alle manovre del governo italiano del 2012 per il consolidamento dell'finanza dello stato, nella prospettiva di poter raggiungere il pareggio di bilancio, utile ai fini dell'abbattimento del debito.

Non è un caso che proprio in questi anni così duri, vi sia stato un succedersi di interventi legislativi sul R.D. 13 marzo 1942, n. 267, dal 2005 in poi, in un continuo ripensamento e rivisitazione del testo normativo, con integrazioni molto importanti, come con la recente legge 7 agosto 2012, n. 134, per adeguarlo alle nuove esigenze, per renderlo più moderno ed efficiente, e quindi, utile, nell'affrontare il dramma di una Nazione che secondo i dati divulgati dall'Istat a novembre 2012, ha un tasso di disoccupazione medio dell'11,1%, con un picco del 37,1% riguardante i giovani tra i 15 ed i 24 anni, il più alto dal 1992, e che ancora a dicembre del 2012 vede una generale tendenza all'aumento di richieste di cassa integrazione (+12,07% rispetto ai 973,2 milioni di ore del 2011 – dati diffusi dall'INPS e pubblicati su Il Sole 24 ore del 05 gennaio 2013), con settori importanti quali l'edilizia ed il commercio che sono in profonda difficoltà (rispettivamente, la richiesta di cassa integrazione a livello cumulato gennaio-dicembre 2012 è cresciuta del 24,07% e del 39,54%) e molti lavoratori che, terminata la cassa integrazione, sono ad un passo dalla disoccupazione.

Leggendo il Bollettino Economico n. 69, del luglio del 2012 pubblicato dalla Banca D'Italia ed il supplemento al bollettino dedicato alla ricchezza delle famiglie italiane (pubblicato sul sito www.bancaditalia.it), si apprende che alla fine del 2011 la ricchezza netta delle famiglie italiane era pari a circa 8.619 miliardi di euro, corrispondenti a poco più di 140 mila euro pro capite e 350 mila euro in media per famiglia, mentre le attività reali rappresentavano il 62,8% del totale delle attività, quelle finanziarie il 37,2 %. Le passività finanziarie, pari a 900 miliardi di euro, rappresentavano il 9,5 % delle attività complessive.

Nel corso del 2011 la ricchezza netta complessiva a prezzi correnti è diminuita dello 0,7%; mentre l'aumento delle attività reali (1,3%) è stato più che compensato da una diminuzione delle attività finanziarie (3,4%) e da un aumento delle passività (2,1%). In termini reali la ricchezza netta si è ridotta del 3,4%. Dalla fine del 2007 il calo è stato complessivamente pari al 5,8%. Alla fine del 2011, la ricchezza abitativa detenuta dalle famiglie italiane era stimata poco più di 5.000 miliardi di euro. Secondo stime preliminari (i dati non tengono conto dei risultati del 15° Censimento della popolazione e delle abitazioni 2011 svolto dall'Istat, in quanto essi sono stati diffusi solo in fase preliminare), nel primo semestre del 2012 la ricchezza netta delle famiglie italiane sarebbe ulteriormente diminuita, dello 0,5 per cento in termini nominali rispetto alla fine dello scorso dicembre.

Questi pochi numeri per dare un senso dell'attuale tessuto sociale ed economico e per comprendere meglio anche il senso di alcuni interventi legislativi.

Nel 2012 è arrivata una risposta da parte del Legislatore. Con la Legge 27/01/2012 n. 3, infatti, è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano l'istituto della composizione della crisi del cittadino comune, non imprenditore, "al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali"; in altre parole, la crisi del soggetto privato, del consumatore,

del piccolo imprenditore che è sotto soglia rispetto ai parametri di cui all'art. 1 l.f., in definitiva del debitore persona fisica che ha un perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, ovvero ha perso definitivamente la capacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. E a chiusura dell'anno, con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, tale istituto è stato raffinato ed arricchito, per meglio precisare i soggetti che possono accedervi, la procedura da seguire, le alternative praticabili (proposta di composizione della crisi e richiesta di liquidazione dei beni).

Delineato il quadro di riferimento, possiamo allora tornare a qualche riflessione circa l'istituto del concordato preventivo e la sua risoluzione *ex art. 186 l.f.*, partendo dalla constatazione che nell'attuale testo normativo della legge fallimentare i ruoli ed i compiti dei tradizionali organi della procedura di concordato preventivo, Tribunale, Giudice delegato, commissario giudiziale, liquidatore giudiziale sono stati rivisitati e delimitati, e che è stata inserita una nuova figura, quella del professionista attestatore, a cui è stato assegnato, riforma dopo riforma, un ruolo sempre più centrale, a presidio della serietà della proposta di concordato, della veridicità dei dati, della fattibilità del piano, investendolo di una responsabilità enorme, prima fra tutti quella anche sociale di essere un fondamentale anello di collegamento tra l'impresa in crisi che accede alla procedura concorsuale e il frastagliato ceto creditorio, che nella procedura si trova costretto in una forzosa comunità che deve spartirsi risorse spesso assai limitate, e subire le conseguenze delle decisioni prese da chi è portatore della maggioranza del credito.

Come visto nel presente elaborato, le attestazioni contemplate nella legge fallimentare sono ormai di diverso tipo e volte a diversi scopi. Nella procedura di concordato preventivo è chiesta tale attestazione dall'art. 161, terzo comma, l.f., avente ad oggetto la "veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano" e, in caso di continuità aziendale *ex art. 186-bis l.f.*,

anche che “la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”. La relazione deve essere presentata anche in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano; dal secondo comma dell’art. 160, l.f., che prescrive che se la proposta prevede il pagamento non integrale dei creditori assistiti da causa legittima di prelazione, il piano deve prevederne la 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 di un professionista in possesso dei requisiti di cui al terzo comma, lett. d) dell’art. 67 l.f.; dal primo comma dell’art. 182-*quinquies*, nel caso in cui il debitore che ha depositato la domanda di concordato chieda al Tribunale di poter contare nuovi finanziamenti, prededucibili ai sensi dell’art. 111 l.f., a condizione che produca una relazione di un professionista in possesso dei requisiti sopra detti, il quale attesti che, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa sino all’omologazione, “tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori”; la medesima attestazione è chiesta dal quarto comma di tale articolo, nel caso in cui il debitore chieda al Tribunale, in caso di concordato con continuità aziendale, di poter pagare creditori anteriori per prestazioni di beni o servizi che il professionista deve attestare essere “essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori; dal comma quattro, lett. a) dell’art. 186-bis l.f., per poter partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici, in pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

Il professionista ha tutti gli strumenti ed i mezzi per assolvere al meglio a questa importante funzione a cui è chiamato, svolgendo la propria attività nel rispetto delle regole fondamentali della correttezza, della buona fede, della deontologia propria del proprio ordine di appartenenza, in una

sola parola, dell'etica, vivendo con responsabilità il proprio sapere, tenendo sempre presente le sue applicazioni pratiche e le conseguenze che ne derivano, tanto più oggi, in cui, oltre che dalla crisi economica, la società tutta è stata dilaniata da una ancora più grave e profonda crisi dei valori. Questi ultimi devono essere recuperati, valori di giustizia, di probità, di solidarietà, di serietà, di credibilità, di onestà, perché senza di essi non c'è quel valore aggiunto che fa l'uomo tale, non c'è anima. Ed allora anche il suo lavoro può essere spazzato via dalla fredda elaborazione di una perfetta macchina elettronica.

Sì, perché quando si approccia il tema della crisi di impresa non si può pensare ai debiti solo come un importo numerico da ristrutturare e da ridurre il più possibile, ma occorre sempre ricordare che dietro ad ognuno di quei numeri vi è un finanziatore dell'impresa, che ha prestato il proprio lavoro, o servizi, o merci o beni o denaro, inserito in un circuito economico di dare e avere, tale per cui la crisi dell'uno (o l'insolvenza) si riverbera immediatamente in quello dell'altra con un effetto domino che è tanto più devastante quanto maggiore è la dimensione dell'impresa.

E se è vero che l'impresa non può essere salvata ad ogni costo, con un accanimento terapeutico sterile e dannoso, per il solo fine di salvaguardare i posti di lavoro, è altrettanto vero che la spinta del legislatore è stata quella chiara e forte, sin dalle riforme del 2005, di sensibilizzare tutti i protagonisti economici alla conservazione del bene impresa, come valore sociale, coordinando tale principio, con quello della "migliore soddisfazione possibile dei creditori".

All'introduzione della norma sull'attestatore si è acceso un grande dibattito circa la necessità o meno della sua indipendenza, e di come questa dovesse essere definita od intesa, tanto che nel 2012 il legislatore è intervenuto, inserendo una volta per tutte all'art. 67, comma terzo, lett. d) l'espressa previsione che il professionista attestatore debba essere indipendente e che lo è: "quando non è legato all'impresa e a coloro che

hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”.

Ecco, questo lo trovo abbastanza preoccupante. Perché mostra il segno negativo di come le cose sono andate sino ad ora, quando il professionista poteva liberamente scegliere se accettare o meno l'incarico, quando facendo appello alla propria etica, poteva decidere se dire di sì o di no. Evidentemente il legislatore ha perso fiducia sull'integrità morale del professionista o comunque ha preso delle cautele in più, vincolandolo adesso a scegliere non in base all'etica ma in base alla legge, essendo stata introdotta la norma *ad hoc*. E non solo, il legislatore ha cercato di agire in via preventiva, ma è andato oltre, prevedendo anche una dura norma penale, che ha il sapore della “minaccia” volta all'ottenimento di un comportamento virtuoso, che ahimè, era già insito nel termine stesso “professionista”. Infatti, l'art. 236-*bis* l.f. prevede il reato di falso in attestazioni e relazioni, punendo con la reclusione da due a cinque anni e la multa da 50.000 a 100.000 euro il professionista che nella relazione di attestazione espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, pena che sarà aumentata qualora si verifichi l'aggravante del perseguimento del fine dell'ingiusto profitto per sé o per altri ed anche del conseguimento di un danno per i creditori dagli atti od omissioni dell'attestatore medesimo.

Detto ciò, non solo sull'attestatore ricade il peso del successo, inteso come efficacia, e possibilmente anche efficienza, e del funzionamento degli istituti contemplati dalla legge fallimentare e, in particolar modo, del

concordato preventivo. Sì, perché era emersa a gran voce l'esigenza che dovesse essere introdotto anche in Italia un meccanismo di allerta, di emersione della crisi quando essa è veramente tale, anticipando la sua inevitabile trasformazione in insolvenza.

Ed anche Assonime, nel rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti novità, circolare n. 4/2012, del 3 aprile 2012, indica due leve per rendere più efficiente ed appetibile la procedura di concordato preventivo: anticipare la protezione del patrimonio dell'imprenditore tramite l'emersione tempestiva della sua crisi consentendo di depositare una domanda di concordato incompleta; rafforzare il concordato di risanamento con una disciplina specifica, in modo da rendere compatibile la norma con l'applicabilità in concreto della continuità aziendale.

Ebbene, sul primo fronte gli operatori della materia sono stati ascoltati ed accontentati, in quanto il legislatore si è mosso aggiungendo all'art. 161 l.f. un nuovo sesto comma, che prevede la possibilità di depositare una semplice domanda in cui l'imprenditore dichiara la propria situazione di difficoltà (crisi o insolvenza che sia) e chiede un termine per definire la proposta ai creditori ed il piano del concordato, potendo anche eventualmente scegliere, allo scadere del termine, di trasformare la procedura in accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.f.*

Bene. Adesso tocca ai professionisti far funzionare questa norma, che nella *ratio* e nello scopo è apprezzabile e condivisibile, ma pone il fianco al rischio che il suo uso indiscriminato, diventi abuso. Se il termine chiesto viene sfruttato come ulteriore *escamotage* per ritardare la dichiarazione di fallimento, ciò sarà un amaro autogol per l'impresa *in primis* e per i professionisti che l'assistono *in secundis*, in quanto il Tribunale con il tempo diventerà sempre più rigido e sospettoso nei confronti di queste domande "in bianco", così come accadde in passato nei confronti del concordato preventivo con cessione dei beni.

Sul secondo fronte, il concordato con continuità ha finalmente trovato cittadinanza nella legge fallimentare all'art. 186-*bis* l.f., che, come visto nel presente elaborato, prevede delle disposizioni mirate, volte a tutelare i creditori ed anche ad agevolare l'imprenditore nella continuità aziendale, che potrà assumere diverse forme, ma, in ogni caso, il piano dovrà essere redatto in modo analitico e completo, mettendo in collegamento leve economiche e finanziarie, alla stregua dei piani industriali che vengono redatti per le società *in bonis*, con indicatori di economicità e liquidità e soprattutto corredandoli di adeguati meccanismi di controllo, per verificare periodicamente se la direzione intrapresa sia quella che volge alla "migliore soddisfazione dei creditori".

Ed ancora, etica e correttezza è chiesta al liquidatore che deve dare esecuzione al piano del concordato con cessione dei beni, che è un soggetto qualificato dai requisiti previsti dall'art. 67 l.f., e cioè indipendenza ed iscrizione nel registro dei revisori legali, e dall'art. 28 l.f. lett. a) e b) e, quindi, deve essere un avvocato, un dottore commercialista, un ragioniere o ragioniere commercialista, od anche uno studio professionale od una società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti anzidetti, con designazione della persona fisica responsabile dell'attività da svolgere al conferimento dell'incarico.

Le relazioni di attestazioni sono di ausilio a provvedimenti del Tribunale di grande importanza, dall'ammissione dell'impresa alla procedura, all'autorizzazione ad operazioni straordinarie quale la contrazione di nuovi finanziamenti prededucibili od il pagamento di creditori anteriori, che hanno un notevole impatto sul patrimonio del debitore stesso. Ecco perché è auspicabile che nell'espletamento dell'incarico ricevuto dal debitore, il professionista, nel momento stesso in cui firma il mandato, prende le distanze dal mandante e si pone in posizione di terzietà, alla stregua di un CTU, anche se il legislatore non ha voluto così qualificarlo.

Perché poi, una volta che il concordato è stato omologato, abbiamo visto che lo strumento della risoluzione del concordato preventivo *ex art. 186 l.f.* pensato dal legislatore quale reazione al mancato adempimento della proposta e del piano, è ad oggi istituto di difficile applicazione, è un'arma spuntata, soprattutto nel caso di concordato con cessione dei beni, per la cui attivazione occorrono alcuni requisiti: quello di essere un creditore; quello temporale (il ricorso, lo ricordiamo, deve essere depositato entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal piano del concordato), quello della rilevanza dell'inadempimento, quello che il concordato non preveda la liberazione immediata del debitore.

Ed anche una volta avviato il procedimento di cui all'art. 186 l.f. ed ottenuta la risoluzione della procedura, quando concentriamo l'attenzione sugli effetti della stessa i risultati sono piuttosto tiepidi.

In generale, il venir meno del concordato comporta la reviviscenza della pretesa creditoria nella sua interezza, in quanto l'omologazione della procedura non comporta l'estinzione dei rapporti obbligatori per novazione o remissione del debito. Ciò vuol dire che quanto eccede la percentuale concordataria diviene, per effetto dell'omologazione, oggetto di un'obbligazione naturale, e come tale sfornita di azione, ma non ripetibile in caso di pagamento, *ex art. 2034 c.c.* e che, d'altro canto, in caso di risoluzione, viene meno l'effetto parzialmente esdebitatorio e torna in vita l'originaria obbligazione.

A seguito della risoluzione, come visto, la disciplina prevede una tendenziale stabilità degli atti legalmente compiuti e dei pagamenti effettuati nel rispetto del piano del concordato e con le dovute autorizzazioni.

Tuttavia, il quadro non è così uniforme, in quanto, in primo luogo alla risoluzione non segue necessariamente ed automaticamente la dichiarazione di fallimento. Il debitore, come visto, potrebbe tornare *in*

bonis ed il fallimento esser dichiarato contestualmente o, invece, dopo un prolungato lasso di tempo ed i creditori dovrebbero essere ristorati dall'inutile tempo trascorso per l'esperimento del tentativo di concordato preventivo, o almeno non dovrebbero subire danni per esso.

Inoltre, occorre ricordare che, vista l'ampiezza delle possibili operazioni straordinarie, societarie, di ristrutturazione che possono essere contemplate dal piano concordatario, nella fase esecutiva gli organi societari potrebbero aver preso delle delibere assembleari, la cui stabilità è garantita dalle norme del diritto societario, ed è importante determinare se possano prodursi effetti automatici di caducazione o se, invece, le regole societarie siano prevalenti e tali da far sopravvivere le delibere stesse.

Sarebbe auspicabile, sul punto, un nuovo intervento del legislatore, sulla scia della riforma del 2012, che andata a toccare il regime della riduzione o perdita del capitale nella società in crisi tramite l'introduzione nella legge fallimentare di due norme specifiche che derogano al diritto societario generale, l'art. 182 *quater*, terzo comma, relativo alla prededucibilità del finanziamento dei soci e l'art. 182 *sexies* – Riduzione o perdita del capitale della società in crisi, per chiarire se tali norme debbano essere interpretate quali primi semi di un diritto societario nella crisi d'impresa, ovvero se tali norme siano speciali e come tali di stretta interpretazione. E, quindi, se in caso di lacuna, sia possibile integrare con l'interpretazione analogica, attingendo ai principi generali della crisi di impresa, oppure se, laddove il legislatore nulla abbia previsto, si applicano le norme generali del diritto societario.

Ed ancora, dopo l'omologazione della procedura e nella sua fase esecutiva, essendo formalmente la procedura chiusa, dovrebbero, a rigore, tornare a funzionare a pieno titolo esclusivamente le regole generali. Tuttavia, gli atti ed i fatti posti in essere per l'adempimento del piano hanno un collegamento indissolubile con la fase "concorsuale", che ha portato i creditori ad approvare quella proposta di concordato, che deve essere,

appunto, attuata. E, pertanto, i principi della crisi di impresa non possono esser ignorati (principi che non sempre sono contrastanti con quelli del diritto codicistico societario), essendo la crisi stessa la “fonte” di quelle obbligazioni previste nel piano ed approvate dai creditori, seppur a maggioranza del credito. D’altra parte, dovrà comunque essere garantita la buona fede dei terzi che hanno contratto con il liquidatore del concordato o dei creditori che hanno mutato veste da finanziatori a soci, in vista di una soddisfazione futura, attraverso la nuova gestione ristrutturata, ed assumendosi il rischio di impresa e che non è pensabile che possano “vedere riavvolgere il nastro” sino alla situazione *ante* omologa, per l’effetto caducante della risoluzione del concordato. Lo svolgersi del ragionamento, ci porta, allora, a ridurre il problema al seguente: con la risoluzione deve esser ripristinata la situazione *ex ante*, alla stregua di una messa *in pristino*, con effetto travolgente per le trasformazioni subite dalla società o dal patrimonio della stessa negli anni di attuazione del piano del concordato? Le norme sulla revocatoria, che esentano gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’art. 161 l.f., fanno propendere per la risposta negativa. Ma se dal punto di vista degli atti di liquidazione, che hanno trasformato qualitativamente il patrimonio progressivamente da beni in liquidità, anche a risoluzione dichiarata niente può essere più toccato, l’unico effetto della risoluzione sarebbe quello di render inefficace la falcidia concordataria, implicando tuttavia, nella maggior parte, ulteriore attività processuale, con la dichiarazione di fallimento e tutto ciò che ne consegue, con dubbi vantaggi effettivi a favore di alcuno. Ed ancora, il principio di intangibilità di cui all’art. 67, secondo comma, lettera e), l.f. trova applicazione nel caso in cui alla risoluzione non segua il fallimento? Oppure, in tal caso, a maggior ragione, troverebbe applicazione esclusivamente il diritto generale? Ma anche attingere al diritto contrattuale in tema di risoluzione

per inadempimento non può essere sufficiente, in quanto l'art. 1453 c.c. è concepito per regolare la risoluzione di un contratto sinallagmatico, mentre qui trattasi di una fattispecie complessa, da cui scaturiscono molte obbligazioni, il cui adempimento o non adempimento si verifica in diversi momenti e per mani di un soggetto, il liquidatore, che non partecipa all'accordo, di nomina del Tribunale. Fermo il diritto al risarcimento del danno del creditore che vedrà dichiarare la risoluzione del concordato, è rimessa all'interprete un'accurata ricostruzione teorica della complessa fattispecie di cui all'art. 186 l.f., a cui il legislatore ha dedicato una troppo scarsa disciplina, con tutti i risvolti in materia societaria, aziendale e contabile (basti pensare ai complicati effetti della risoluzione di un concordato in continuità soltanto dal punto di vista delle registrazioni contabili e degli effetti fiscali della gestione operativa della società) ed in materia contrattuale, nonché una ricostruzione anche "su misura", per l'applicazione al caso concreto.

Alcune criticità possono essere ricordate, a conclusione di questo lavoro e con l'auspicio che queste questioni possano trovare sistemazione normativa.

La prima è data dall'applicazione in concreto di quanto disposto dall'art. 69-*bis* l.f., il quale prevede che "Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese".

In caso di contestualità, si verifica il susseguirsi delle due procedure, senza soluzione di continuità, essendo l'interruzione solo formale e procedurale, ma nell'ambito della medesima insolvenza. Ciò che un tempo veniva attuato tramite l'interpretazione causale che aveva dato origine alla teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, oggi trova esplicito riconoscimento legislativo.

Il ragionamento è, invece, assai diverso, quando alla revoca/risoluzione del concordato non segua contestualmente la dichiarazione di fallimento, o che essa avvenga così come ben può accadere che la dichiarazione di fallimento segua alla procedura di concordato preventivo, ma dopo un rilevante lasso di tempo.

Ed ancora, potrebbe verificarsi anche il caso in cui venga accertata una causa di insolvenza che si è manifestata dopo la revoca del concordato ed estranea all'originaria crisi che ne era stata il presupposto. In questo caso trova comunque applicazione l'art. 69-*bis*, secondo comma, l.f.?

E, continuando nella casistica, il caso in cui ad un concordato non andato a buon fine per mancata approvazione da parte dei creditori, segua un'ulteriore domanda di concordato, magari assai simile alla prima, ma con quelle minime modifiche che rendano maggiormente appetibile la proposta per i creditori, tale da raggiungere il consenso della maggioranza del credito ammesso al voto, e che successivamente la procedura non venga omologata, e, su istanza di un creditore o del pubblico ministero, venga dichiarato il fallimento. I termini di cui agli articoli 64, 65, 67, I e II comma, e 69 decorrono dalla pubblicazione della prima domanda di concordato o della seconda?

Il legislatore non ha specificato quale sia lo iato temporale per cui possa trovare applicazione l'art. 69-*bis*, secondo comma, l.f.. occorre, allora, per rispondere agli interrogativi sopra posti risalire alla *ratio* che sta alla base dell'intervento integrativo del testo normativo ed andare a recuperare i principi espressi dalla giurisprudenza ed elaborati dalla dottrina sulla teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, principi che si ritengono ancora oggi applicabili, con la precisazione che, a seguito della riforma portata dalla legge n. 134/2012, per il giorno di decorrenza si dovrà far riferimento non più alla data del decreto di ammissione, bensì a quello della data di pubblicazione della domanda di concordato nel Registro Imprese. Ma ciò non cambia il ragionamento in quanto, anche oggi, il

concetto di consequenzialità espresso dall'art. 69-*bis*, comma 2, l.f. (“Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento...”) deve intendersi in senso logico e non solo cronologico. In altre parole, per determinare il *dies a quo* e la configurabilità o meno della consecuzione tra procedure concorsuali, occorre valutare caso per caso quale sia la situazione di dissesto che l'imprenditore ha cercato di risolvere attraverso lo strumento della procedura concordataria, indipendentemente dal numero di tentativi che ha esperito per raggiungere l'obiettivo, poi non andato a buon fine (opzione che è lo stesso legislatore ad aver offerto all'imprenditore) e stabilire se, in definitiva, è possibile affermare che vi sia la “sostanziale realizzazione di un'unica procedura concorsuale” sviluppatasi in più fasi, la cui insolvenza era già presente al momento iniziale, ed il trascorrere del tempo l'ha resa più evidente e palese. In caso di risposta affermativa, si avrà retrodatazione del termine di decorrenza, altrimenti no.

Rimane il dubbio se ciò dovrà essere accertato dal Tribunale, in sede di sentenza dichiarativa di fallimento, o, invece, solo ove sorga il problema e debba trovare applicazione uno degli istituti di cui agli articoli sopra ricordati.

Un secondo ed importante profilo di criticità riguarda l'ipotesi di concordato preventivo con transazione fiscale *ex art. 182-ter* l.f.. Infatti, all'omologa della procedura si determina, oltre agli effetti di cui all'art. 184 l.f., un effetto peculiare, previsto dal comma quinto dell'art. 182-*ter* l.f., costituito da “la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma”, effetto che è assimilabile a quello che consegue ad una conciliazione giudiziale, *ex D. Lgs. n. 546/1992*, ma che non opera in caso di annullamento o risoluzione del concordato *ex art. 186 l. f.*.

Posto che la “cessazione della materia del contendere” è un istituto di elaborazione giurisprudenziale che presuppone la pendenza del giudizio e

prevede la chiusura dello stesso attraverso una pronuncia avente forma di sentenza che accerta l'avvenuta definizione sostanziale della controversia al di fuori del giudizio, la questione che si pone, sul piano effettuale, è quella della sorte della transazione fiscale in ipotesi di caducazione del concordato omologato, per risoluzione o annullamento.

Il legislatore non ha disciplinato espressamente questa fattispecie e, pertanto, è compito dell'interprete cercare di ricostruire in modo sistematico la disciplina applicabile, tenendo conto dei vari principi in gioco, espressione di rispettivi interessi, anche di ordine pubblico, che regolano la materia fallimentare e quella tributaria.

La soluzione più conforme ai principi e non ultimo anche a quello di difesa tutelato *ex art. 24 Cost.*, sembra essere quella di ritenere che l'accordo transattivo venga meno per l'effetto della caducazione del concordato, ma senza che a ciò segua l'intangibilità del credito, ormai cristallizzato per effetto dello spirare dei termini di decadenza per l'impugnazione o per la chiusura del giudizio pendente in commissione *ex art. 182 ter*, quinto comma, *l.f.*, ben ammettendo, al contrario, la ripresa del contenzioso.

D'altra parte, il giudizio non sarebbe arrivato a cessare in mancanza di quel piano di concordato preventivo, su cui le parti hanno fatto reciproco affidamento, a meno che le parti non abbiano inserito espressamente nel piano che con l'accordo si rinuncia a qualsiasi ulteriore attività processuale in merito ai tributi transatti. Al venir meno della causa che ha determinato la cessazione della materia del contendere, sembra che per poter offrire alle parti un giudizio di merito da parte del giudice l'unica possibilità sia quella di riconoscere alle medesime la possibilità di riassumere il giudizio nei termini previsti dal codice di procedura civile o di rimettere in termini il contribuente per impugnare l'atto, ritenendo che sia un sacrificio eccessivo quello di imporre al debitore al momento della predisposizione del piano di "scommettere" sulla riuscita del piano, con rinuncia al giudizio della

commissione tributaria, che il legislatore dovrebbe esplicitamente prevedere, in una materia coperta dalla riserva relativa di legge *ex art. 23 Cost.*.

La soluzione è equilibrata, ben potendo l'esito del giudizio essere sfavorevole al contribuente, con condanna al pagamento di sanzioni, interessi e spese, che andrebbero a ristorare l'Amministrazione finanziaria, anche per il tempo inutilmente trascorso per effetto della "sospensione" dovuta alla procedura di concordato.

Con un occhio all'Europa, ed il codice deontologico in mano, l'auspicio è che i professionisti abbiano la preparazione, l'orgoglio, il cuore ed il coraggio di calare nella realtà le norme della legge fallimentare, valorizzandole e sfruttandole appieno, cogliendo le opportunità da esse offerte, ed accompagnare così le imprese in questo grave momento di difficoltà, sulle strade tracciate dal legislatore, creando un potenziale di ricchezza dalla crisi dell'impresa, laddove possibile, tramite conservazione dell'azienda e del suo valore sociale, mettendo in circolo le liquidità esistenti, sanando le inefficienze, ma anche eliminando senza indugio le imprese non meritevoli di apprezzamento e di fiducia, poiché "*Ignoranti quem portum petat nullus suus ventus est*" (Lucius Annaeus Seneca, *Epistulae morales a Lucilium*, LXXI).

Bibliografia

Abate F.-Merz S., *Le procedure concorsuali, commento pratico – formulario – aspetti fiscali*, Cedam, Padova, 1987.

Abete L., *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fall.*, n. 3/2008, 253 ss.

Abete L., *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, n. 6/2007, 617 ss.

Acciaro G. – Fenu G.C.- Marchegiani A.- Volpe C., *Guida al concordato preventivo*, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2011.

Alessi G., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1131.

Alessi G., *La prededuzione nel fallimento dei debiti sorti durante il concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 607.

Ambrosini S. –Demarchi P.G. –Vitiello M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2009.

Ambrosini S., *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies, l. fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 13 settembre 2012.

Ambrosini S., *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, Sez. II, doc. n. 306/2012.

Ambrosini S., *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di “interferenza” tra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, in www.ilcaso.it, doc. 297/2012.

Ambrosini S., *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, doc. 293/2012.

Ambrosini S., *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 941 ss, nota a Cass. 23 giugno 2011 n. 13817, *ivi*, 933 ss.

Ambrosini S., *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione “evolutiva” degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*, in www.ilcaso.it.

Ambrosini S., *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Il fallimento... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, La riforma fallimentare, collana a cura di L. Panzani, Ipsoa, 2008, 125 ss.

Ambrosini S., *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2008, 533 ss.

Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Cedam, Padova, 2008.

Ambrosini S., *Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in www.ilcaso.it, 2007.

Ambrosini S., *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Zanichelli, Bologna, 2006, 315.

Andreani G. –Tubelli A., *Come cambia la fiscalità della crisi d'impresa con il decreto “crescita”*, in *Corr. Trib.*, n. 34 del 2012, 2639.

Andreani G. –Tubelli A., *Sopravvenienze attive esenti anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Corr. Trib.*, n. 29 del 2012, 2217.

Apice U., *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2008, 129 ss.

Apice U., *La consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore - C. Costa, UTET, Torino, 1997, III, 823.

Apice U., *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1989.

Apice U., *Preveducibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Fall.*, 1988, 949.

Arieta G., *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1039.

Armeli B., *Speciale Decreto Sviluppo-bis. Giustizia digitale e composizione della crisi da sovra indebitamento: una prima lettura*, in www.ilfallimentarista.it.

Audino A., *Commento sub art. 160 l. fall.*, in A. Maffei Alberti (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009.

Azzaro A. M., *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 1267 ss.

Azzolina U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 1961.

Atti del Convegno Nazionale di Studio “*Prospettive della Riforma della legge fallimentare*”, Mantova, 21-22-23 ottobre 1988, Giuffrè, Milano, 1989.

AA.VV., *Il fallimento...atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, collana diretta da Luciano Panzani, IPSOA, 2008.

Balena G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Jovene, Napoli, 1984.

Bana M.- Cerato S., *Concordato preventivo: profili critici in materia fiscale*, in *il fisco*, 2011, 1-3793.

Battaglia F. –Bonechi A.–Galeotti Flori L., *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, CESI, Milano, 2008.

Bersani G., *La verifica della fattibilità del piano attraverso l'analisi dei criteri adottati dall'attestatore ex art. 161 l. fall.*, nota a Tribunale di Napoli, 21 settembre 2011, in www.ilfallimentarista.it.

Bertacchini E., *Commento sub art. 137 l.fall.*, in A. Nigro – M. Sandulli- V. Santori (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010.

Bertacchini E., *Il regime fiscale delle procedure concorsuali*, 328, in www.corsomagistratitributari.unimi.it.

- Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1951.
- Betti F., *Aspetti negoziali del concordato preventivo: talune riflessioni*, in *Procedure concorsuali e composizione negoziale*, a cura di G. Schiavon, Giuffrè, Milano, 2008, 107 ss.
- Bianca C. M., *Diritto civile, vol. 3, il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.
- Bianchi D'Espinosa L., *Risoluzione del concordato e domanda di adempimento*, nota a Cass. 19 febbraio 1964, n. 372, in *Giust. civ.*, 1964, I, 496 ss.
- Boggio L., *Crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in *Fall.*, 2009, 1415 ss.
- Bolaffio L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, UTET, Torino, 1932.
- Bonelli G., *Del fallimento*, nel *Commentario al Codice di Commercio*, vol. VIII, t. 3, Milano, s.d., 190 ss.
- Bonfatti S. – Censoni P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2007.
- Bonfatti S. – Censoni P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2004.
- Bonfatti S., *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, in atti del convegno sul tema "Le procedure di composizione delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità", tenutosi a Reggio Emilia, l'8 ottobre 2010, estratto da *Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità*, Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 91 ss.
- Bonfatti S., *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 857.

Bonsignori A., *Le procedure concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXII, Cedam, Padova, 1997.

Bonsignori A., *Nessuna prededuzione nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1980, II, 197, nota a commento di App. Roma 17 dicembre 1979.

Bonsignori A., *Concordato preventivo*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, Zanichelli Editore – Il Foro Italiano - Bologna-Roma, 1979, 32.

Bonsignore R., *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno “Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi”, tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 37 ss.

Bottai L. A., *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fall.*, 2011, 810 ss.

Bozza G., *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 182 ss.

Bozza G., *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424 ss, nota a commento di Tribunale di Milano 4 dicembre 2008.

Bozza G., *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno “Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi”, tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 7 ss.

Bozza G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 959 ss.

Bronzini M., *Violazione del diritto di difesa: garante convocato solo “per il concordato” senza preavviso di domanda di fallimento pendente contro di lui*, in *Dir. fall.*, 1988, 419 ss, nota a Appello Firenze 27 luglio 1988.

- Bruschetta E., *Efficacia delle garanzie in caso di risoluzione*, in *Fall.*, 2004, 31 ss.
- Butera A., *Moratoria. Concordato preventivo. Procedura dei piccoli fallimenti*, UTET, Torino, 1938.
- Caiafa A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, CEDAM, Padova, 2008.
- Caiafa A., *Lezioni di diritto concorsuale*, CEDAM, Padova, 2003.
- Canale G., *Il procedimento di risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 837.
- Capolupo S., *La transazione fiscale. Aspetti sostanziali*, in *Fisco*, n. 21/2006, fascicolo 1, 3015 ss.
- Capotosti P.A., *Osservazioni in tema di azione individuale del creditore insoddisfatto susseguente ad inadempimento del concordato fallimentare*, nota a Cass. 19 febbraio 1964 n. 372, in *Dir. comm.*, 1964, II, 448.
- Carnelutti F., *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1924, I 65.
- Carratta A., *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 1.
- Casa F., *Vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 1468 ss, nota a Tribunale di Vicenza, 31 marzo 2011, *ivi*, 1461 ss.
- Castagnola A., *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 153, 161-162.
- Catalozzi P., *Le classi dei creditori e la votazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 109 ss.
- Catalozzi P., *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, 581 ss, nota a commento di Tribunale di Roma, 7 novembre 2008 n. 22063, *ivi*, 5475 ss.

C. Cavallini, *Concordato preventivo “in continuità” e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, in www.ilfallimentarista.it, pubblicato il 23 gennaio 2013.

Cavallini C.-Armeli B., *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C.

Cavallini, Egea, Milano, 2010, *sub art. 182 l.f.*, 739 *ss.*

Cecchella C., *Opposizione di terzo e appello avverso una sentenza di omologazione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, 316.

Cecchella C., *L'opposizione di terzo alla sentenza*, G. Giappichelli, Torino, 1995.

Ceccherini A., *Il concordato preventivo. Effetti nel fallimento consecutivo*, in *Fall.*, 1992, 313 *ss.*

Cecconi S., *Principali modifiche della manovra correttiva in materia fallimentare. Dalla transazione fiscale alla disciplina dei crediti prededucibili*, in *La settimana fiscale*, 27/2010, 37 *ss.*

Censoni P.F., *Il concordato preventivo*, in *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, di S. Bonfatti – P.F. Censoni, Cedam, Padova, 2006.

Cerato S. –Bana M., *D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito – Novità in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati*, in *Il Fisco* n. 30 del 23 luglio 2012, 1-4772.

Cerato S. –Bana M., *Decreto “Sviluppo 2012” – Crisi d'impresa. Novità concorsuali. Primi chiarimenti della giurisprudenza*, in *La settimana fiscale*, n. 40 del 2 novembre 2012, 25 *ss.*

CNDCEC – Commissione nazionale di studio Liberato Passarelli – Il diritto fallimentare dopo la riforma, *La prededucibilità dei crediti professionali nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo l'introduzione dell'art. 182quater della Legge fall.*, 19 dicembre 2011, in www.cndcec.it.

Consolo C., *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (Una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, 79 ss.

Contrino A., *Accordi di ristrutturazione del debito e modifiche alla disciplina del reddito d'impresa*, in *Corr. Trib.*, n. 35 del 2012, 2690.

Contrino A., *Procedure concordatarie (vecchie e nuove), riduzioni di debiti e sopravvenienze attive*, in *Rass. Trib.*, 2011, 36 ss.

Contrino A., *Il trattamento fiscale dei "bonus" concordatari e da accordi di ristrutturazione*, in *Corr. Trib.*, 2010, 2335 ss.

Coppola A., *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in S. Pacchi e altri, *Il nuovo concordato preventivo*, Ipsoa, Milano, 2005.

Cosentino N., *Analisi dei nuovi istituti e strumenti operativi – Accordi di ristrutturazione dei debiti e transazione fiscale – Relazione tenuta il giorno martedì 5 aprile 2011 – Collegio Universitario "De Filippi", Via Brambilla, 15, Varese*, in www.tribunale.varese.it.

Costagliola A. – D. Di Majo, *La riforma del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Finanze & Lavoro, Napoli, 2006, 248.

D'Alessandro F., *Il nuovo art. 217 bis l.fall.*, in *Dir. pen. comm.*, Le società, 2/2011, 201, estratto da *Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità*, Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 235 ss.

D'Attilio C. – Fabiani S., *Domanda di concordato preventivo: novità*, in *Il Sole 24 ore, Guida pratica aziende* – n. 11 novembre 2012, 36 ss.

De Marco F., *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1953, I, 283 ss.

De Santis F., *Sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 367 e 375, ove alla nota 29 cita, in senso conforme, Cass. 3 ottobre 2005, n. 19293.

De Santis F., *Istruttoria prefallimentare e giudicato di rigetto*, in *Fall.*, 2008, 956.

De Semo G., *Teoria della condizione legale (condicio juris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1960, I, 5 ss.

De Simone L., *Le vendite immobiliari nel concordato preventivo*, relazione al convegno di studio “*La gestione concorsuale della crisi d’impresa tra legge, prassi ed esigenza di sistema*” tenutosi il 30 settembre-1ottobre 2011 a Gardone Riviera, in www.ilcaso.it.

De Simone L., *Formazione delle classi dei creditori e controllo giudiziale*, in www.ilcaso.it, II, n. 267/2011.

Del Federico L., *Questioni controverse sulla transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, vol. n. 33/2010, fascicolo 29, 2379.

Del Federico L., *Profili evolutivi della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2010, 1215 ss.

Del Federico L., *Profili processuali della transazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, volume n. 30/2007, fascicolo 45, 3657 ss.

Dezzani F. – Dezzani L., *D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito – Accordo di ristrutturazione art. 182-bis della legge fallimentare: la sopravvenienza attiva nel bilancio del debitore*, in *Il Fisco* n. 30 del 23 luglio 2012, 1-4761.

Di Cecco G., in *La legge fallimentare dopo la riforma*, Tomo III, a cura di Nigro A. – Sandulli M. – Santoro V., G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, *sub art. 182 l.f.*, 2232 ss.

Di Gravio D., *I problemi del concordato preventivo*, De Cristofaro Editore, Roma, 1991.

Di Marzio F., *‘Contratto’ e ‘Deliberazione’ nella gestione della crisi d’impresa*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi d’impresa* (a cura di F.Di Marzio e F.Macario), Ipsoa, Milano, 2010, 73 ss.

Dominici C., *Le problematiche fiscali nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Azienda & Fisco*, 2006, 13.

Dominici M., *Convocazione del garante nel procedimento di risoluzione del concordato preventivo: aspetti processuali anche alla luce della nuova normativa*, in *Fall.*, 2008, 1303 ss.

Dominici R., *L'imposizione dei redditi prodotti nell'ambito delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, Cedam, 1988.

Esposito C., *Il programma di liquidazione*, Monografia de il Fallimento e le altre procedure concorsuali, Ipsoa, Milano, 2010.

Esposito C., *L'intervento "obbligatorio" del pubblico ministero nel procedimento di concordato preventivo alla luce del decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1407, nota a Cass. 24 luglio 2007 n. 16396, *ivi*, 1403 ss.

Fabbrini G., voce *Litisconsorzio*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 810.

Fabiani M., *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. 313/2012.

Fabiani M., *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. 278/2012.

Fabiani M., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 172 ss.

Fabiani M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli Editore, Bologna, 2011.

Fabiani M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 898 ss.

Fabiani M., *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, nota a Tribunale di Lodi, 1 marzo 2010, in *Fall.* n. 5/2010, 593 ss.

Fabiani M., *Brevi riflessioni sull'omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437 ss, nota a Tribunale di Milano 4 dicembre 2008.

Fabiani M., *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 1102-1103.

Fabiani M., *Art. 18, Appello*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna, 2007, 359 ss.

Fabiani M., *L'impugnazione del decreto nel giudizio di omologazione*, in *Fall.*, 2006, 1085.

Falsitta G., *Le plusvalenze nel nuovo Testo Unico: profili critici e ricostruttivi della nuova disciplina*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Padova, Cedam, 1988.

Fauceglia G. - Rocco di Torrepadula N., *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, Bologna, 2010, 321 ss.

Fauceglia G., *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in G. Fauceglia-L. Panzani, (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009, 1771.

Fauceglia G., *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 1104 ss.

Ferrara F.–Borgioli A., *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995.

Ferro M. –Ruggiero A. –Di Carlo A., *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.

Ferro M., *Controllo di legittimità sostanziale della proposta non fattibile*, in *Fall.*, 2011, 1288-1289.

Ferro M., *Costituzione del commissario nel giudizio di omologazione e valutazione della fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 1288.

Ferro M., *Nomina del liquidatore e vincoli ai poteri del Tribunale nella cessione dei beni*, in *Fall.*, 2011, 1160.

Ferro M., *Nomina del liquidatore da parte del Tribunale nonostante l'omessa previsione nel piano*, in *Fall.*, 2011, 274.

Ferro M., *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria dell'interesse fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 587.

Ferro M., *Controllo di legittimità sostanziale della proposta non fattibile*, in *Fall.*, 2011, 1288-1289.

Ferro M., *La Legge fallimentare Commentario teorico-pratico*, a cura di, Cedam, Padova, 2008, 381 ss.

Ferro M., *Commento sub art. 160 l.fall., Condizioni per l'ammissione alla procedura*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2007.

Ferro M., *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. mer.*, 2006, 664 ss.

Fiale A., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Simone, Napoli, 2006.

Filocamo F.P., *Commento sub art. 186 l. fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2011.

Filocamo F.P., *Art. 173*, in *La legge fallimentare*, (a cura di) M. Ferro, Cedam, Padova, 2007, 1303 ss.

Finardi D., *Le modifiche al regime di voto nel concordato preventivo e le conseguenze sui crediti postergati*, in www.ilcaso.it, Sez. II, doc. 319/2012.

Finardi D., *La liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziari*, relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Veronese dei concorsualisti, intitolato "Concordato preventivo – profili applicativi", tenutosi a Verona il 27 ottobre 2011, in www.ilcaso.it.

Finardi D., *Risoluzione della procedura ed efficacia delle garanzie*, in *Fall.*, 2002, 33 ss.

Frascaroli Santi E., *L'incidenza del "pactum de non petendo" sull'insolvenza, alla luce delle recenti sentenze della Cassazione*, in *Atti del Convegno S.I.S.C.O. Crisi dell'impresa e procedure concorsuali*, tenutosi a Pescara il 21-22 ottobre 1994, S.I.S.C.O., Milano, 1994.

- Fusi A., *Effetti dell'omologazione del concordato preventivo sui poteri dell'assemblea*, in *Le società*, 2000, 1129 ss.
- Gaffuri G., *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2011, I, 1115 ss.
- Gaffuri G., *Imposta fissa per l'assuntore*, in *Il Sole 24 Ore* del 20 febbraio 2006, 31.
- Galletti D., *Commento sub art. 160 l. fall.*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario della legge fallimentare*, Egea, Milano, 2010, 361 ss.
- Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 730 ss.
- Galletti D., *La formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative*, in www.ilcaso.it, II, n. 52/2007.
- Genoviva P., *I limiti del tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, in *Fall.* 2008, 687 ss, nota a commento di Tribunale di Bari 25 febbraio 2008.
- Gentili C., *Risoluzione del concordato preventivo e dichiarazione del fallimento d'ufficio*, in *Il Sole24 Ore* - n. 12 - dicembre 2009, 66.
- Ghirga F., *Sulla proponibilità dell'actio nullitatis contro il provvedimento camerale*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1160, 1173.
- Giani S., *Contenuto e limiti del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.
- Giani S., *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo. La cognizione del Tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it.
- Grassano M. – Valmori S., *Disciplina fiscale delle plusvalenze, sopravvenienze e riporto delle perdite*, in *Fall.*, 2005, 347 ss.
- Grossi M. R., *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Guatri L., *Turnaround – Declino, crisi e ritorno al valore*, EGEA, Milano, 1995.

Guglielmucci L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

Guglielmucci L., *Lezioni di diritto fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.

Jachia G., *Legittimità e bilanciamento di interessi*, in www.ilfallimentarista.it

Jachia G., *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in G. Fauceglia – L. Panzani, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009, 1604.

Jachia G., *La nuova disciplina del concordato preventivo: i risultati delle prime esperienze sulla nuova procedura*, in *La riforma del diritto fallimentare*, Eutekne, quaderno n. 67, 2005, 195 ss.

Jorio A., *Le crisi d'impresa * Il Fallimento*, Giuffrè, Milano, 2000.

Jorio A –Sereni S., Cass. civ., Sez. trib., n. 16023 dell'8 luglio 2009 – *Principio di autonomia dei periodi d'imposta*, in *il fisco*, n. 32 del 2009, 2-5365.

La Cava L., *L'inapplicabilità della prededuzione ai crediti professionali*, commento a Cass. 10 maggio 2012 n. 7166, 24/09/2012 in www.ilfallimentarista.it.

La Croce G., *Il credito erariale Iva tra orientamenti U.E. e arresti della Cassazione*, in *Fall.*, 2012, 153 ss.

La Croce G., *Concordato preventivo e cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 ss cod. civ.*, in *Fall.*, 2010, 1316 ss, nota a Tribunale di Milano, 21 gennaio 2010, in *Fall.*, 2010, 1315.

La Croce G., *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno “Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi”, tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 47 ss.

La Malfa A. – F. Marengo, *Transazione fiscale e previdenziale*, Maggioli Editore, Rimini, 2010.

Lamanna F., *Comunicazione quale Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano n. 4 del 27/12/2012, avente ad oggetto: indicazioni*

operative per l'applicazione della nuova disciplina concernente la comunicazione telematica degli atti nelle procedure concorsuali ai sensi del D.L. n. 179/2012 convertito dalla L. n. 221/2012, in www.tribunale.milano.it.

Lamanna F., *Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*, relazione predisposta su invito dell'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)", in www.osservatorio-oci.org.

Lamanna F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it.

Lanfranchi L., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 33.

Lenoci V., *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina sui sindaci*, in www.ilfallimentarista.it.

Lenoci V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2010, 5.

Libonati B., *Crisi delle imprese e crisi del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1988, I, 455 ss.

Lo Cascio G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall.*, 2012, 137 ss.

Lo Cascio G., *Il liquidatore giudiziale nel concordato preventivo: segnali di privatizzazione dell'istituto*, in *Fall.*, 2011, 534 ss.

Lo Cascio G., *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fall.*, n. 9/2008, 991 ss.

Lo Cascio G., *Natura giuridica della liquidazione postconcordataria*, nota a commento di Cass. S.U. 16 luglio 2008, n. 19506, in *Fall.* 2008, 1395 ss.

- Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008, 221 ss.
- Lo Cascio G., *Concordato preventivo e conservazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 1988, 543 ss.
- Lo Cascio G., *Consecuzione di procedimenti concorsuali e retrodatazione del periodo sospetto per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 829.
- Lo Cascio G., *La tutela creditoria nel concordato preventivo*, in Atti del Convegno di San Remo, 28-30 ottobre 1983, in *Fall.*, 1984, 67 ss.
- Lo Cascio G., *Il concordato perventivo*, Giuffrè, Milano, 1979, 15 ss.
- Lottini R., *Il nuovo art. 217 bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fall.*, 2010, 1366 ss, estratto da *Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità*, Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 263 ss.
- Lucente G., *Stato dell'arte sulla nomina e sui poteri del liquidatore giudiziale e degli altri organi di direzione e controllo nel concordato con cessione dei beni*, in www.ilfallimentarista.it.
- Maffei Alberti A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009.
- Maffei Alberti A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2000.
- Maisano A., *Il concordato preventivo delle società*, Giuffrè, Milano, 1980.
- Mancinelli F., *Il concordato preventivo nell'ordinamento italiano ed in altri Paesi occidentali*, in Atti del Convegno su *Il concordato preventivo*, tenutosi a Fabriano il 18-19 marzo 1988, Buffetti Editore, Roma, 1988, 13.
- Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, I, XVIII ed., Torino, 2006, 154.
- Marano P., *Commento all'art. 186*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. Fabiani, II, Zanichelli, Bologna, 2006.

Marano P., *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 101.

Marelli F., *Risoluzione del concordato preventivo, conservazione delle garanzie e conseguenze applicative nel successivo fallimento*, in *Fall.*, 2003, 603.

Marrollo A.C., *Il garante nel procedimento di omologazione del concordato preventivo e nella fase di impugnazione*, in *Fall.*, 2008, 164-165, nota a Cass. 9 maggio 2007 n. 10635, *ivi*, 163 ss.

Marrollo A.C., *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento: vige ancora la c.d. consecuzione delle procedure?*, in *Fall.*, 2007, 441 ss.

Martini P., *La riforma dei procedimenti di composizione delle crisi aziendali*, 61 ss, E-book, pubblicato in www.ateneoweb.com.

Mattei E., *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, II – Giurisprudenza, doc., 104/2008.

Mattei E., *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti – F. Marotta – F. Di Marzio, Itaedizioni, Torino, 2008, 284 ss.

Mazzocca D., *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene Editore, Napoli, 1986.

Mazzoni A., *La Responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in “*Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità*”, Corso di perfezionamento “*Il nuovo diritto fallimentare*”, tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 201 ss.

Miccinesi M., *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1990.

Micheli G.M., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 190, 203.

Minutoli G., *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina*, in *Fall.*, 2010, 49 ss, nota a commento di Tribunale di Biella, 27 aprile 2009, *ivi*, 43 ss.

Minutoli G., *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047 ss.

Minutoli G., *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2008, 214.

Minutoli G., *Le iniziative di fronte alla sentenza dichiarativa di fallimento tra appello e reclamo: impugnazione devolutiva, o modifica di "facciata"?*, in *Fall.*, 2008, 259, 263.

Montesano L., *"Dovuto processo" da diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915.

Moscardino L., *La tutela creditoria nel sistema normativo concorsuale tra indirizzi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Atti del Convegno dell'Osservatorio Procedure Concorsuali sul tema "Crisi d'impresa e prospettive legislative"*, tenutosi a Napoli, il 23-24 maggio 1996, Edizione Area di Ricerca di Napoli C.N.R., 1997.

Mucciarelli F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in www.ilfallimentarista.it.

Mucciarelli F., *L'esonazione dai reati di bancarotta*, in *Diritto penale e processo*, 12/2010, 1474 ss, estratto da *Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità*, Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 249 ss.

Napoleoni V., *La sopravvivenza delle garanzie nella risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1993, 1258.

Nardecchia G.B., *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del Tribunale nella fase di liquidazione*, in *Fall.*, 2012, 92 ss, nota a decreto Tribunale di Milano del 28/10/2011 Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor, *ivi*, 78 ss.

Nardecchia G.B., *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 253 ss.

Nardecchia G.B., *Inattuazione del concordato e risoluzione*, relazione all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Il concordato preventivo", tenutosi a Roma, il 12-14 settembre 2011, 4, inedita.

Nardecchia G.B., *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Ipsoa, Milano, 2011. *La liquidazione del concordato preventivo per cessione dei beni dopo il D.L.gs. n. 169/2007*, in *Fall.*, 2010, 341 ss, nota a commento di Corte d'Appello di Milano, 20 marzo 2009.

Nardecchia G.B., *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2008, 1245 ss.

Nardecchia G.B., *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Ipsoa, 2007, 295 ss.

Nardecchia G.B., *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 80 ss, nota a commento di Corte Cost. 12 marzo 2010 n. 98, *Giur. comm.*, 2011, II, 78-80.

Negri G., *Sul concordato il giudice controlla la legittimità*, in *Il Sole 24 Ore* del 24 gennaio 2013.

Nigro A., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in "Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità", Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini, III, 221 ss.

Nisivoccia N., *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, in *Fall.*, 2011, 1294 ss.

Nuzzo G., *I poteri del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Il dir. fall.*, 2006, II, 100, nota a Tribunale di Pescara, 20 ottobre 2005.

Olivieri G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Jovene, Napoli, 1999.

Oliva L., *Osservazioni a Cass. 30 dicembre 2005, n. 28878*, in *Fall.*, 2006, 917.

Pagni I., *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.* 2008, 1091 ss.

Pajardi P.– Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

Pajardi P., *Transazione fiscale* (a cura di A. Solidoro), in *Codice del fallimento*, a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Giuffrè, Milano, 2009, 1789 ss.

Pajardi P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1976.

Paluchowski A., *Prime esperienze applicative dei nuovi concordati e casi della giurisprudenza. Relazione al Convegno “La riforma del diritto fallimentare”*, Carate Brianza, 11 novembre 2005.

Panzani L., *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 14 settembre 2012.

Panzani L., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 9 ss – *Diritto Fallimentare*, a cura di L. Panzani.

Panzani L., *Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l'esecuzione*, in *Fall.*, 1997, 722 ss.

Panzani L., *Prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti tra presentazione del ricorso ed il decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata*, in *Fall.*, 1989, 828.

Panzani L., *Ancora sulla prededucibilità dei crediti sorti durante l'amministrazione controllata nel successivo fallimento*, in *Fall.*, 1989, 45.

- Papaleo P.P., *Sopravvenienze attive e perdite su crediti negli accordi di ristrutturazione e nei piani attestati di risanamento*, in *La riforma del fallimento*, (a cura di M. Longoni), Italia Oggi, serie speciale numero 20, 2012, 160 ss.
- Patti A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del Tribunale*, in *Fall.*, 2012, 42 ss.
- Patti A., *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, in *Fall.*, 2011, 1340 ss.
- Patti A., *Il giudice nella crisi di impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fall.*, 2011, 261 ss.
- Patti A., *Escussione delle garanzie nel concordato preventivo risolto e legittimazione dei singoli creditori*, in *Fall.*, 2009, 1390 ss.
- Patti A., *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Ipsoa, Milano, 2009.
- Patti A., *Art. 67*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2008, 554-555.
- Penta A., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2010, 860 ss.
- Penta A., *Obbligatorietà o facoltatività nel "classamento" dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fall.*, 2010 233 ss, nota a commento di Tribunale di Roma, 27 gennaio 2009, *ivi*, 232-233.
- Penta A., *Il controllo del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, nota a Tribunale di Palermo, 18 maggio 2007, in *Fall.*, n. 1/2008, 84 ss.
- Perrino A.M., *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fall.*, 2010, 1292 ss.
- Perugini G. M., *Nuovi orientamenti nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *Il dir. fall.*, II, 2006, 103 ss, nota a Tribunale di Roma 8 marzo 2006.

- Pica L., *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e concordati – Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. Celentano – E. Forgillo, UTET, Torino, 2008.
- Piselli D., *Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, anno 2009, doc. 143, 21.
- Pollio M.– Papaleo P. P., *Debiti tributari e contributivi nelle imprese in crisi: la “nuova” transazione fiscale e previdenziale*, in *Amministrazione & Finanza*, volume 25/2010, fascicolo 4, 24 ss.
- Pollio M.– Papaleo P. P., *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2007.
- Pollio M., *Concordato, fattibilità decisa dai creditori*, in *ItaliaOggi* del 24 gennaio 2013, 25.
- Pollio M., *Gli accordi per gestire la crisi d'impresa e la predisposizione del piano stragiudiziale di risanamento*, Euroconference Editore, Verona, 2009.
- Pollio M., *La transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto G. Fauceglia – L. Panzani, Utet, Torino, 2009, III, 1837 ss.
- Proto Pisani A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393.
- Provinciali R. - Ragusa Maggiore G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1988.
- Quatraro B., *La transazione fiscale*, in www.tribunale-milano.net.
- Quatraro B., *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Ipsoa Informatica, 1981.
- Quatraro B., *Concordato preventivo per cessione dei beni*, in *Atti del Convegno sul tema “Il Concordato Preventivo, tenutosi a Fabriano il 18-19 marzo 1988*, Buffetti Editore, Roma, 1988, 129 ss.
- Racugno G., *Profili di diritto sostanziale*, in V. Buonocore-A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2010.

- Rago G., *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e ... futuro*, nota a commento di Tribunale di Roma 14 marzo 2007, in *Il Fall.*, n. 10/2007, 1205 ss.
- Rago G., *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 1094 ss.
- Rago G., *Il diritto di difesa nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2001, 983, 986.
- Rago G., *L'esecuzione del concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1997.
- Ragusa Maggiore G., *Diritto fallimentare*, Morano, Napoli, 1974.
- Randazzo F., *Il "consolidamento" del debito tributario nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 825 ss.
- Ricci E.F., *Lezioni sul fallimento*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Rinaldi V., *Revocatoria fallimentare della garanzia, consecuzione di procedure e sorte dei pagamenti avvenuti in sede di riparto concordatario*, in *Fall.*, 2005, 511 ss.
- Rocco A., *Postilla a Bolaffio*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 259 ss.
- Rolfi F., *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it.
- Rossi G., *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, 26.
- Russo L.A., *Natura giuridica e finalità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, 221.
- Russo L.A., *Consecuzione di procedimenti concorsuali e decorrenza del periodo sospetto per l'azione revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 1991, 903.
- Russo L.A., *La risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 1989, 199.
- Sacchi R., *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1063 ss.
- Saletti A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare riformata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 981, 993.
- Salvato L., *Nota a Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 2011*, in *Fall.*, 2012, 437 ss.

Salvato L., *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in *Fall.*, 2009, allegato – Atti del Convegno “Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi”, tenutosi a Milano il 21 ottobre 2008, 87 ss.

Sandulli M., *La rilevanza dimensionale dell'impresa nel fallimento e nel concordato preventivo*, in *Id.* (a cura di), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Ipsoa, Milano, 2007.

Santangeli F., *Il nuovo fallimento*, Giuffrè, Milano, 2006, 297.

Santoro Cayro F., *La cristallizzazione dei debiti tributari nell'ambito della transazione fiscale: il problema degli effetti “tipici” dell'istituto di cui all'art. 182ter del R.D. n. 267/1942*, in <http://padis.uniroma1.it>.

Santoro Cayro F., *Considerazioni in tema di “autonomia” della transazione fiscale*, in *Giur. comm.*, 2010, vol. 37, fasc. 3, 531 ss, nota a Trib. Roma, 27 gennaio 2009 (decr) e Trib. Mantova 26 febbraio 2009 (decr).

Sanzo S. –Bianchi A., *Manuale delle procedure concorsuali*, Il Sole24Ore, Milano, 2007.

Sapienza C., *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1958.

Satta S., *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1997.

Schiera M. R., *Garanzie nel concordato*, in M. Ferro (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, Cedam, Padova 2010.

Sesta M., *La sorte delle garanzie concordatarie in caso di risoluzione o annullamento*, in *Corr. Giur.*, 1997, 775 ss, nota a Cass. S.U. 18 febbraio 1997, n. 1482.

Severini F., in AA.VV. *Il fallimento...atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, a cura di Luciano Panzani, IPSOA, 2008.

Siracusa G., *“Insolvenza ed etica nell'impresa”*, in Atti del Congresso Nazionale sul tema *“L'insolvenza delle imprese. Aspetti giuridici ed economici”*, tenutosi a Palermo, il 5-6 giugno 1987, estratto da *Dir. fall.*, n. 4/88.

- Sisinni P., *Commento sub art. 186 l. fall.*, in A. Nigro-M. Sandulli – V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Giappichelli Editore, Torino, 2010.
- Sparano V., *Disciplina delle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1988, 37-38.
- Stanghellini L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346 ss.
- Stanghellini L., *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- Stanghellini L., *Piano di regolazione dell'insolvenza, classi di creditori e liquidazione*, in *Fall.*, 2004, 28 ss.
- Stanghellini L., *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, fascicolo 2, 1993, (estratto), Giuffrè, Milano, 246 ss.
- Stasi E., “*Anche L'IVA è falcidiabile – Tribunale di Milano 12 ottobre 2009*”, in *Fall.* 2009, 1484 ss.
- Stevanato D., *Transazione fiscale*, in *Commentario alla legge fallimentare, sub artt. 124-125 e disposizioni transitorie*, diretto da C. Cavallini, Egea, Milano, 2010, 836 ss.
- Tarzia G., *Retrodatazione del periodo sospetto: riflessioni dopo l'intervento della Consulta*, in *Fall.*, 1995, 985 ss.
- Tedoldi A., *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 L. Fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il “cigno nero”*, in www.ilcaso.it.
- Tedoldi A., *Appunti in tema di omologazione e di risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 647 ss.
- Terranova G., *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, 574.
- Terranova G., *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Giuffrè, Milano, 2004.

Tesauro F., *Introduzione del giudizio di primo grado*, in www.corsomagistratitributari.unimi.it.

Tesauro F., *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Utet, Torino, 2006.

Tosi L., *Il delicato rapporto fra autorità e consenso in ambito tributario: il caso della transazione fiscale*, in *Giust. trib.*, 2008, 25.

Trombella L., *Riflessioni critiche sulla transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 577 ss.

Tron A.-Tiscini R., *Il ruolo dell'attestatore nei piani di risanamento*, in *il fisco*, 1/2013, 58 ss.

Vella P., *Brevi note sui nuovi adempimenti telematici nelle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, II, 332/2013.

Vella P., Circolare n. 2/2013 del Giudice Delegato del Tribunale di Terni, avente ad oggetto “*Nuove modalità di comunicazione telematica di atti in materia concorsuale*”, in www.osservatorio-oci.org.

Viale R., in *L'amministrazione controllata ed il concordato preventivo*, in Atti del Convegno nazionale di studio sul tema “*Prospettive della riforma della Legge fallimentare*”, tenutosi a Mantova il 21-22-23 ottobre 1988, Giuffrè, Milano, 1989.

Vitiello M., *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, pubblicato il 21 gennaio 2013.

Vitiello M., *Il concordato preventivo con classi nella prospettiva liquidatoria e nella prospettiva del risanamento*, in www.ilfallimentarista.it.

Vitiello M., *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2008, *sub art.* 182, 1570 ss.

Vitiello M., *Il nuovo concordato preventivo e le classi dei creditori*, in AA.VV., *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti, Map, Torino, 2008, 63-65.

Zanni M. – Rebecca G., *La disciplina della transazione fiscale: un “cantiere” sempre aperto*, in *il fisco*, n. 39/2010, fascicolo 1, 6299 ss.

- Zanuttigh L., voce *Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1994, 40.
- Zenati A.S., *Questioni problematiche nelle procedure concorsuali di tipo concordatario*, in *Corr. Trib.*, 2002, 4184 ss.
- Zenati S., *Non sono tassabili le plusvalenze emerse dal concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Corr. Trib.*, 2006, 3817-3819.
- Zincani M., *Il nuovo art. 217 bis l.fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fall.*, 2010, 516 ss, estratto da *Il nuovo accordo di ristrutturazione. Trattative protette e finanziamenti tra rischi e opportunità*, Corso di perfezionamento “Il nuovo diritto fallimentare”, tenutosi a Firenze, 25 maggio 2011, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, Direzione scientifica I. Pagni e L. Stanghellini , III, 273 ss.

Ringraziamenti

Un sentito ringraziamento al Prof. Lorenzo Stanghellini, per avermi guidato nella stesura del presente lavoro con la gioia e l'entusiasmo dei suoi preziosi suggerimenti, osservazioni, correzioni ed indicazioni, per il tempo dedicatomi, per avermi stimolato alla riflessione ed all'approfondimento, alla cura del linguaggio ed all'espressione personale del mio pensiero, con grande serietà, rispetto e gentilezza.

Un grazie ricco di stima e di affetto al Dott. Fabrizio Franchi, a cui sono approdata da giovane neo laureata in economia e che, con lo spirito del vero *dominus*, mi ha introdotto nel mondo della libera professione, cogliendo le mie attitudini e valorizzandole, permettendomi di vivere in trincea l'esperienza vera della crisi d'impresa, quando gli imprenditori hanno il cuore gonfio d'orgoglio, gli occhi rossi di pianto ed i numeri che costringono a scelte veloci, fredde, logiche, razionali e molto dolorose.

Soprattutto grazie ai miei genitori, senza i quali tutto ciò non poteva che essere solo un progetto, per avermi insegnato lo spirito di sacrificio, la costanza e la pazienza di perseguire un sogno, per avermi trasmesso l'amore per lo studio e per il sapere, per aver fatto delle mie insicurezze un trampolino per il futuro, per avermi strappato dal perfezionismo maniacale che paralizza ed avermi "costretto" a salire su quel treno Pistoia-Firenze, che mi ha portato molte pillole di forti emozioni e, oggi, una felicità non descrivibile.

Un ringraziamento di cuore a tutti coloro che mi sono stati vicino in questi lunghi anni di intermittenza tra l'aspirazione a diventare un dottore commercialista e quella di completare il percorso di studi in giurisprudenza, che hanno pazientemente compreso ogni mio "no, non posso, devo studiare" e brindato con me per l'abilitazione raggiunta così come per ogni esame superato, che mi hanno sopportato con i miei libri sempre al seguito, e che poi me li hanno anche chiusi, aiutandomi così a coltivare le mie tante passioni.

E l'ultimo grazie, quello per cui le parole non potranno mai abbastanza, a mia sorella, perché senza di lei il passato non avrebbe avuto gli stessi colori ed il futuro non sarebbe un orizzonte altrettanto accattivante.