

LA LIQUIDAZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO TRA VINCOLO NEGOZIALE E POTERI GIUDIZIALI¹

DARIO FINARDI

L'art. 182 l.f. regola l'esecuzione del concordato preventivo con cessione di beni, merita dunque qualche considerazione in questa sede.

Il primo comma, sostanzialmente immutato anche a seguito della riforma intervenuta nel 2006 (D.lgs. 5/2006), attribuisce al ricorrente che propone la domanda di concordato preventivo la possibilità di disciplinare in 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. 169/2007 sono stati aggiunti altri 4 commi all'art. 182 l.f che introducono una regolamentazione puntuale della fase esecutiva². In particolare il primo intervento interessa i liquidatori, per i quali è previsto che trovino applicazione gli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l.f. in tema di nomina, accettazione dell'incarico, revoca, responsabilità, compenso e rendiconto.

Giova al proposito sottolineare che il liquidatore non è un pubblico ufficiale, come ribadisce anche la Cassazione, bensì un mandatario che, in forza del mandato che si genera dall'accordo contrattuale, opera nell'interesse congiunto del debitore e dei creditori.

Il secondo comma introdotto dalla riforma dell'art. 182 l.f. prevede che al comitato dei creditori nominato si applichino gli artt. 40 e 41 l.f., riconoscendo al Tribunale la competenza per la sostituzione dei membri del comitato.

¹ Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Veronese dei concorsualisti intitolato “*Concordato preventivo – profili applicativi*”, tenutosi a Verona il 27 ottobre 2011.

² Sul punto si veda anche la relazione al Convegno di studio “*La gestione concorsuale della crisi d'impresa tra legge, prassi ed esigenze di sistema*” tenutosi il 30 e 31 settembre 2011 a Gardone Riviera, di L. DE SIMONE, *Le vendite immobiliari nel concordato preventivo*, in *Il Caso.it*, sez. II, documento n. 265/2011.

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, con il quarto comma, è disposto che alle procedure di vendita nel concordato preventivo con *cessio bonorum* si applichino, “*in quanto compatibili*”, gli artt. dal 105 al 108 *ter* l.f.: tra questi, l'art. 107 l.f. specificatamente disciplina le diverse modalità di vendita (e così: stime, procedure competitive, pubblicità).

Tuttavia più che sulle modalità di liquidazione dei beni all'interno della procedura di concordato preventivo, è interessante soffermarsi sui limiti ai poteri integrazione della proposta del Tribunale in sede di omologa da un lato, e del Giudice Delegato in fase di esecuzione della medesima, dall'altro.

Al riguardo, l'art. 182 comma primo l.f. stabilisce che “*se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente*”, il Tribunale nel c. d. “decreto di omologazione” (termine utilizzato dalla lettera della norma prima che intervenisse il correttivo “sentenza”) “*nomina uno o più liquidatori ed un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina altresì le altre modalità della liquidazione*”.

Sembrerebbe dunque corretto affermare, coerentemente a questa previsione, che tanto più il contenuto della proposta è dettagliato e quindi “dispone”, tanto più sarà vincolante per il Tribunale, che conseguentemente avrà minor spazio di iniziativa in sede di omologa. Naturalmente, laddove il ricorso sia stato votato ed approvato dalla maggioranza dei crediti.

Pertanto, quando il piano concordatario preveda la soddisfazione dei creditori mediante *cessio bonorum* ed è stato dagli stessi approvato, il Tribunale non potrà modificare il contenuto della proposta contrattuale conclusa ed accettata. L'omologa sarà dunque solamente una *condicio iuris*.

Tali considerazioni si pongono in perfetta armonia con l'attuale ricostruzione del concordato preventivo in termini contrattuali, come “accordo” che suggella i rapporti tra il debitore ed i creditori per la gestione della crisi d'impresa.

Ciò posto, restano comunque salvi e consentiti al Tribunale alcuni interventi relativi alla disciplina dei contratti. Vale a dire quelli miranti a verificare anche d'ufficio la sussistenza dei requisiti *ex art. 1346 c.c.* (a tenor del quale l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile), nonché a vigilare in relazione ai casi di nullità *ex art. 1418 c.c.*, *id est* nell'ipotesi di contratto nullo, ove sussista la contrarietà a norme imperative ovvero la mancanza di uno dei requisiti *ex art. 1325 c.c.* (accordo,

oggetto, causa, forma). O ancora, controlli in merito all'illiceità della causa ovvero alla presenza di motivi di annullabilità, cioè le situazioni nelle quali “il contraente, sulla base della conoscenza di una certa realtà, accetta o rifiuta una proposta contrattuale; se poi si scopre che la realtà era diversa, e tale diversità deriva da errore, dolo o violenza, il consenso non è stato genuino e il contratto può essere annullato” sperando *l'actio nullitatis* (art.1427 c.c. e seguenti)³.

In considerazione di questa limitazione all'intervento del Tribunale, inevitabilmente sorgono due interrogativi: cosa rimanga dell'art. 182 l.f. e come possa conciliarsi la previsione normativa con il contenuto della proposta concordataria.

In prima analisi, sembrerebbe potersi affermare che l'art. 182 l.f. trovi applicazione solo per quei concordati con cessione dei beni ove non vi sia alcuna previsione in ordine alle modalità di liquidazione. La norma avrebbe quindi un'applicazione residuale e sussidiaria, limitata alle ipotesi in cui l'autonomia privata non abbia disciplinato la liquidazione.

Vale a dire che si ritiene che “la negoziabilità (possibilità di condurre in porto l'accordo)” della proposta prevalga sugli aspetti pubblicistici della procedura.

Vi è chi sostiene peraltro che tale norma sia interamente derogabile da parte del debitore il quale, con la proposta, può stabilire diversamente, sia per quanto attiene alla nomina del liquidatore (ed in tal senso può essere considerato pacifico che il liquidatore possa essere scelto dallo stesso debitore), che in riferimento 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 modifiche attraverso i propri poteri integrativi. Si ha quindi, conformemente a questa ricostruzione, una prevalenza dell'autonomia sull'eteronomia.

Tale impostazione, tra l'altro, è stata di recente sposata anche dalla Cassazione la quale, con la sentenza n. 1345 del 20 gennaio 2011⁴, (in merito per altro ad una fattispecie *ante* D.Lgs. 169/07 e quindi precedente all'introduzione degli ultimi 4 commi dell'art. 182), ha stabilito che ove, in deroga all'art. 182 l.f. nella proposta di concordato preventivo approvata dai

³ In argomento si veda la Nota a Cass. sez. I civ. 25 ottobre 2010, n. 21860 di M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fascicolo n. 2, 2011.

⁴ Sent. Cass. n. 1345 del 20/01/2011, pubblicata in *Giust. civ. Mass.* 2011, 1, 93.

creditori ed omologata, sia stato attribuito direttamente dal debitore al liquidatore un ampio potere discrezionale sulle modalità esecutive da adottare, senza richiedere però la nomina del liquidatore giudiziario e senza imposizione di regole alle quali lo stesso dovesse conformarsi (quindi ampio potere discrezionale sulle modalità esecutive, NdA), il Tribunale non può stabilire ulteriori modalità ad integrazione di quanto previsto e, in particolare, quelle concernenti l'autorizzazione del Giudice Delegato degli atti di straordinaria amministrazione e la nomina da parte di quest'ultimo organo dei coadiutori, professionisti e difensori, nonché il potere di liquidare i compensi.

Ovvero: al liquidatore potrebbe essere attribuito un ampio potere discrezionale circa le modalità esecutive, pur senza che queste ultime vengano specificate. Ne consegue implicitamente che la cessione dei beni concordatari spetta in modo esclusivo al liquidatore e che tale attività (come si deduce implicitamente in detta decisione, che tuttavia si ribadisce essere *ante riforma*) non può essere svolta dal debitore.

Sulla stessa linea si pone anche la sentenza della Cassazione n. 5993 del 4/03/2011⁵. In questa pronuncia infatti, la Corte giunge a conclusioni analoghe a quelle su esposte, nonostante sia anch'essa riferita ad una procedura di concordato *ante riforma* del 2006. Proprio quest'ultimo aspetto, la rende di particolare interesse.

Infatti la Cassazione *in primis* asserisce l'intangibilità delle sentenza di omologa qualora conforme alla proposta, *in secundis* dichiara che solo laddove la proposta nulla preveda in ordine alle regole di liquidazione dei beni, le medesime possano essere fissate dal Tribunale (anche con la necessità di predisporre un programma di liquidazione). In siffatta ipotesi il Giudice Delegato può gestire questa fase secondo l'indicazione del Tribunale.

Nella fattispecie di cui alla citata sentenza n. 5993/2011 il programma concordatario prevedeva infatti uno specifico indirizzo in relazione alle modalità di liquidazione (testualmente "*conforme agli indirizzi istituzionali*") e quindi al liquidatore non venivano lasciati spazi discrezionali. Conseguentemente il Giudice Delegato non avrebbe potuto intervenire, disponendo con determinazioni gestorie in modo non conforme all'omologa ed alla proposta (nel caso di specie: vendita a trattativa privata), in tal senso violando l'art. 182 l.f. I comma, posto che nella fattispecie il concordato

⁵ Sent. Cass. n. 5993 del 4/03/2011, pubblicata in *Red. Giust. civ. Mass.* 2011, 3. Per un commento a questa pronuncia si veda, *inter alios*, il contributo dell'Autore: D. FINARDI, *Le modalità di liquidazione nel concordato preventivo tra vincolo negoziale e poteri giudiziali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8, 2011.

“*disponeva diversamente*”.

L’aspetto peculiare e significativo di detta decisione è che la Cassazione consentirebbe comunque al Giudice Delegato poteri ordinatori atti a regolare lo svolgimento della procedura di liquidazione ma non, invece, determinazioni decisorie come quelle sopra precisate (*id est* l’autorizzazione alla vendita a trattativa privata).

Il Supremo Collegio ha infatti espressamente affermato che il provvedimento del Giudice Delegato, nella parte in cui ha statuito in modo non conforme alle disposizioni sulla liquidazione dei beni contenute nella sentenza di omologa, ha violato l’art. 182 l.f..

Il principio seguito quindi è quello più volte affermato in precedenza dalla Corte ovvero l’applicazione dell’art. 182 l.f. in via sussidiaria: solo, cioè, laddove il debitore nella proposta, recepita poi nell’omologa, non abbia indicato modalità di liquidazione dei beni.

Il modello c. d. “legale” dell’art. 182 l.f. si applica invece al concordato preventivo (come soluzione alla crisi d’impresa la cui valutazione di convenienza è demandata in via esclusiva ai creditori) quando si tratti di concordato preventivo con cessione di beni e la “domanda” del debitore, “accettata” dai creditori “non dispone diversamente”.

Dunque da queste premesse discende che, in questo caso, il Tribunale nel decreto di omologa nomina i liquidatori ed il comitato dei creditori, oltre a determinare le modalità di liquidazione.

La possibilità per il debitore di superare il c.d. modello “legale” di liquidazione scaturisce dal combinato disposto degli artt. 160 e 182 I comma l.f.

Infatti nell’art. 160 troviamo enfatizzati gli elementi di libertà della proposta e la mancanza di vincoli della stessa (la cessione dei beni è una modalità *inter alia*). Quindi emerge una sostanziale libertà del piano concordatario e conseguentemente il carattere di “norma contenitore” dell’art. 160 l.f..

Tanto detto, considerata anche la non necessità che si realizzi una cessione integrale di beni da parte del debitore, consegue che quest’ultimo può scegliere tra diverse modalità di adempimento, così per esempio:

1. cessione dei beni ai creditori (*cessio bonorum ex art. 1977 c.c.*).

Nella pronuncia della Cassazione n. 15687 del 15/07/2011⁶, la *cessio bonorum* ai creditori viene considerata un’alternativa alla liquidazione dei beni ceduti attraverso gli organi della procedura concorsuale, per cui in

⁶ Sent. Cass. n. 15687 del 15/07/2011, pubblicata in *Diritto & Giustizia*, 2011.

questo caso il debitore non può né direttamente, né indirettamente gestire egli stesso la liquidazione che spetta invece al liquidatore, né indicare professionisti (sempre come potere gestorio) la cui nomina spetta al liquidatore e non al Giudice Delegato (anche con riferimento all' art. 25 l.f. n. 6).

2. offrire la cessione con nomina del liquidatore giudiziale;

3. offrire la cessione con nomina del liquidatore, ma in base ad atti già previsti nel piano proposto (ad esempio: esecuzione di un preliminare subordinata ad omologa).

In generale nel concordato preventivo non c'è la necessità che *ex ante* sia prevista una percentuale di soddisfazione anche poiché la soddisfazione può avere le forme più disparate.

Tuttavia la Cassazione n. 13817 del 23/06/2011⁷ nell'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni richiede l'indicazione, nella domanda, della percentuale di soddisfacimento che all'esito del realizzo dei beni i creditori sono verosimilmente destinati ad ottenere (dello stesso avviso è anche l'arresto della Cassazione n. 18864 del 15/09/2011, che in difetto di tale indicazione parla addirittura di proposta "*aleatoria in senso giuridico*").

Oltre a ciò è domandata la menzione dei presumibili tempi della liquidazione, necessari ai fini della determinatezza e della piena comprensione, da parte dei creditori, dei termini effettivi della proposta. Termini che comunque non sono vincolanti per il debitore ai fini del buon esito della procedura: diversamente si riterrebbe necessaria la forma del concordato misto nel quale la cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire una percentuale minima.

Si segnala, però, che alcuni Autori, anche in relazione al disposto di cui all'art. 1183 c.c., il cui I comma statuisce espressamente che "*se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente*", considerano il termine elemento essenziale della proposta, anche ai fini della valutazione della convenienza ovvero per le problematiche relative all'inadempimento.

Ciò detto, sorge inevitabilmente un interrogativo, ovvero se il Tribunale possa discostarsi da una richiesta di omologa legittima.

La risposta è necessariamente negativa ove la proposta di concordato

⁷ Sent. Cass. n. 13817 del 23/06/2011, pubblicata in *Diritto & Giustizia*, 2011 ed in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fascicolo n. 8, 2011, con commento di S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fascicolo n. 8, 2011, p. 941-948.

preventivo sia una proposta contrattuale legittima e rispettosa della disciplina dei contratti, e se l'accordo si conclude con approvazione e adesione dei creditori. L'omologa è in questo caso, come già detto, solamente una *condicio iuris* ovvero come "funzione d'imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta" (Così Cass. n. 18987/ 2011 e Cass. n. 13817/2011⁸).

Viene quindi, secondo questa ricostruzione, esaltato il valore della negoziabilità (cioè di ciò che si può negoziare con i creditori, ovviamente entro i limiti della disciplina dei contratti).

In relazione proprio alla negoziabilità, va constatato che oggi non esiste più un automatismo nella dichiarazione di fallimento (artt.162-173-180).

Ad una domanda di concordato, infatti, può conseguire un'altra proprio nello spazio precedente alla dichiarazione di fallimento (salvo si integrino ipotesi di abuso del diritto con violazione della buona fede⁹).

Posto che il voto riguarda sempre il contenuto della proposta, vale a dire l'offerta ai creditori (il cui strumento d'attuazione è il "piano") e non invece l'opzione concordataria, va da sé che quanto più la proposta è dettagliata, tanto più il voto sarà consapevole e conseguentemente il vincolo negoziale derivante sarà più forte¹⁰.

Da ciò non può che derivare che qualora la proposta contenga un dettaglio della dismissione dei cespiti e della fase liquidatoria, di tal che le modalità di liquidazione divengono parti delle proposte, l'accettazione dei creditori comporti anche l'accettazione delle modalità di cessione.

Per cui gli art. 105 l.f. e seguenti si applicheranno solo nei limiti non definiti dall'accordo tra debitori e creditori.

Se questo è l'indirizzo prevalente, va tuttavia segnalata l'esistenza di un'altra tesi, seppur minoritaria.

In accordo con quest'ultima, al concordato con cessione dei beni si applicherà sempre l'art. 182 l.f. con prevalenza rispetto al 160 l.f., essendo di conseguenza sempre indispensabili per la vendita, le procedure competitive e l'autorizzazione dei creditori.

A questa posizione sembrerebbe tra l'altro aver aderito, almeno

⁸ Sent. Cass. n. 13817 del 23/06/2011, cit..

⁹ In tema di abuso del diritto in ambito concordatario si veda la sentenza della Cassazione Civile, sez I, n. 3274 del 10 febbraio 2011, pubblicata in Giust. Civ. Mass. 2011, 2, 16 e la rispettiva nota di: N. NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fascicolo n. 4, 2011, p. 421- 423.

¹⁰ In argomento, si veda: M. FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, Zanichelli Editore, Torino, 2011, p. 665.

parzialmente, anche la Cassazione, nella già citata sentenza n. 15699 del 15/07/2011 (fattispecie riguardante un caso di concordato preventivo *post* D.lgs 169/2007). A tenore di questa, il liquidatore, pur se indicato dal debitore, deve comunque avere i requisiti di cui all'art. 28 l.f. (come per il curatore), in quanto il II comma dell'art. 182 l.f. deve essere esaminato congiuntamente al I.

Sempre in questa pronuncia la Corte aggiunge “*che se i criteri di esecuzione sono contra legem, il Tribunale in sede di omologa può disattenderli e modificarli*”.

Viene così introdotto una sorta di vincolo del modello legale su quello contrattuale, tant'è che il liquidatore giudiziale ed il comitato vengono considerati organi necessari della fase esecutiva.

Sembra utile mettere in luce i punti salienti della suddetta sentenza della Cassazione, che sono: *in primis* il carattere necessario e vincolante della nomina del liquidatore giudiziale al quale si applicano gli articoli richiamati. La nomina può alternativamente, o essere fatta con la proposta di concordato o, in via residuale spetta al Tribunale farla con il decreto di omologa.

In secundis la constatazione che, in riferimento all'art. 28 l.f. riguardo i requisiti soggettivi di chi può essere nominato liquidatore giudiziale, sussiste chiaramente un'incompatibilità per alcune categorie di soggetti: coniugi, creditori, chi è in situazione di conflitto d'interesse.

Invece nulla si dice al proposito di coloro i quali esercitano funzioni pubblicistiche.

Se è certo vero che “accordo” significa condivisione del piano operativo tra debitore e creditore, tuttavia il debitore può decidere di proporre una cessione lasciando che l'attuazione sia affidata agli organi designati dal Tribunale, il ché comporta delle problematiche nell'eventualità di addebito della risoluzione (186 l.f.).

Questa è un'opzione del debitore che pone un problema, qualora si riveli un insuccesso la scelta delle modalità di esecuzione e/o quella del liquidatore che siano state effettuate dal Tribunale e risultino diverse dalla proposta negoziale ovvero dal piano approvato.

Bisogna ora domandarsi quale sia dunque il ruolo del Giudice e del Tribunale, nel giudizio di omologazione, una volta intervenuta l'accettazione dei creditori che hanno approvato la proposta.

Nessuno mette in dubbio che il Tribunale non possa modificare la proposta concordataria approvata dai creditori.

Anche nel vecchio rito il Tribunale non poteva sovrapporre la proposta

giudiziale a quella pattizia: con l'omologa non poteva modificare la proposta ed i provvedimenti esecutivi potevano essere perciò solo "integrativi" (Cassazione S.U. 19506/2008¹¹).

La *ratio* di ciò si può cogliere sia in relazione alla base negoziale ovvero alla sfera di autonomia privata che non è intaccabile ("altrimenti significherebbe procedere con un contratto non voluto dalle parti"), sia in forza della constatazione che la proposta di concordato è contenuta in un ricorso che ha valore di domanda giudiziale. Con l'ovvia conseguenza che, ai sensi dell'art. 112 c.p.c. che sancisce il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il Giudice non può accogliere una domanda che non è stata formulata.

Se questo valeva in vigore del vecchio rito, ora con il "nuovo concordato preventivo", nel quale l'espressione dell'autonomia contrattuale è maggiore, *a fortiori* al Tribunale non è consentito la modifica nella proposta concordataria.

Per cui il Giudice con decreto può omologare solo la proposta che i creditori hanno approvato (ovviamente sempre nei limiti in cui Egli verifichi che non vi sia un accordo *contra legem*).

Tuttavia va sottolineato che l'evoluzione più recente della giurisprudenza della Cassazione (sent. n. 15699 del 15/07/2011 già citata e sent. n. 18864 del 15/09/2011 i cui Collegi della I^a sezione erano entrambi presieduti dal medesimo Presidente) estende il perimetro di intervento del Tribunale in sede di omologa proprio in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto (*ex art. 1421 c.c.*), o dell'illiceità dell'oggetto (esempio di immobili abusivi). Ovvero, ancora, in merito alla violazione di norme imperative (alterazione delle cause legittime di prelazione, con la necessità di indicare un liquidatore giudiziale nel rispetto dei requisiti soggettivi *ex art. 28 l.f.*) o infine, all'impossibilità dell'oggetto (ove la proposta non possa oggettivamente essere adempiuta con la ripresa anche del giudizio della fattibilità nell'interesse pubblico).

Tutte queste potenzialità di intervento rilevano dunque sotto l'aspetto della fattibilità, il cui apprezzamento spetta esclusivamente ai creditori, con ciò non escludendo un possibile autonomo intervento del Tribunale in sede di omologa, in presenza di vizi genetici o qualora vi siano previste modalità *contra legem*, come un'accertabilità della manifesta inadeguatezza della proposta e del piano (anche se emersi *post voto*).

In tal senso ed in questi limiti viene consentito l'intervento del Tribunale in sede di omologa anche in relazione ai criteri di esecuzione contenuti nella

¹¹Sent. Cass. S.U. n. 19506 del 16/07/2008, pubblicata in *Foro it.*, 2008, 11, 3149.

proposta, pur se accettati dai creditori.

Possono delinearsi sei possibili esiti del giudizio di omologa:

1) omologa senza opposizioni.

In questo caso, l'omologa non è reclamabile né sindacabile in giudizio contenzioso¹².

2) Omologa con opposizioni.

In quest'ipotesi è possibile proporre un reclamo *ex art. 739 c.p.c.*, entro il termine di 10 giorni.

3) Decreto di rigetto (senza sentenza di fallimento).

Contro questo provvedimento è possibile un reclamo *ex art. 739 c.p.c.*, entro il termine di 10 giorni.

4) Rigetto + dichiarazione di fallimento, *ex art. 18 l.f.* è possibile il reclamo entro 30 giorni.

5) Omologa non conforme alla richiesta.

Si integra così un'ipotesi di nullità, avverso la quale è esperibile un ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111 Cost.*.

Se vi sono modalità di esecuzione *contra legem* o non conformi alla legge nella proposta, possono profilarsi diverse situazioni:

a) la maggioranza approva la proposta senza opposizioni e con procedura regolare.

In questo caso il Tribunale non può rigettare la proposta, né dichiarare la stessa inammissibile. In questa ipotesi non è ammesso il reclamo e l'unica alternativa plausibile è quella che in sede di omologa il Tribunale possa modificare le modalità esecutive. Il ché rappresenterebbe l'ultima possibilità di intervento per il Tribunale e di rivalutazione dell'eteronomia.

b) Vi sono vizi contrattuali rilevanti con emersione *post voto* favorevole con opposizioni: è possibile in questo caso il reclamo.

6) omologa con opposizioni ma non conforme alla proposta: anche in questo caso è ammesso il reclamo.

Legittimati all'appellatio sono le parti sostanziali del procedimento, ossia chi partecipa al giudizio di opposizione ed il debitore se la domanda è

¹² Nel caso di assenza di opposizioni, nessun gravame è ammesso avverso l'omologa ma ciò non toglie che contro il decreto possa sempre proporsi ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.*, se il provvedimento impugnabile riveste carattere decisorio e a tale proposito occorre osservare che la pronuncia di omologazione riveste senza ombra di dubbio carattere decisorio in quanto obbligatorio per i creditori di cui determina una riduzione delle rispettive posizioni creditorie, nonché per il debitore ricorrente (Cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit.)

rigettata.

Quanto invece alla legittimazione del commissario giudiziale, essa costituisce una *vexata quaestio*. Sono essenzialmente due gli orientamenti giurisprudenziali emersi.

In primo luogo quello espresso nella massima della sentenza della Cassazione, sez. I del 2007¹³, per il quale: “nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, il commissario giudiziale, pur dovendo partecipare necessariamente al procedimento affinché sia accertata l'esistenza dei presupposti per l'omologazione del concordato nei confronti del debitore e siano di conseguenza confermati i suoi poteri, conserva la posizione giuridica di ausiliare del Giudice e non diviene parte in senso sostanziale, non essendo portatore di specifici interessi da far valere, in sede giurisdizionale, in nome proprio o in veste di sostituto processuale. Pertanto, nell'ipotesi in cui, respinta dal Tribunale la proposta di omologazione del concordato e dichiarato il fallimento, la sentenza venga appellata ai sensi dell'art. 183 l.f. e riformata dalla Corte di Appello che omologa, invece, il concordato, il commissario giudiziale è privo di legittimazione ad impugnare per cassazione la sentenza di appello”. La ragione la si desume *a contrario* dalla *ratio* indicata quale fondante la sua legittimazione, ossia il fatto di non essere portatore di un interesse proprio.

Un più recente arresto della Cassazione è invece di segno contrario. Precisamente, nella sentenza n. 18987 del 18 settembre 2011, la Corte definisce il commissario giudiziale “organo necessario della procedura di concordato nel suo intero svolgimento, e contraddittore necessario nel giudizio di omologazione”.

Nella suddetta decisione la Suprema Corte precisa altresì numerosi aspetti di interesse, per cui:

a) Il termine di costituzione del debitore, del commissario giudiziale e degli eventuali creditori dissenzienti *ex art. 180 II comma l.f.*, non è considerato perentorio (anche alla luce della libertà di forme con cui il D.lgs. 169/2007 ha caratterizzato il procedimento di omologa);

b) La differenziazione tra il parere del commissario (anche se negativo) e la sua opposizione all'omologa (ammessa), che si deve realizzare come parte del procedimento di omologa con una formale costituzione con proprio difensore (munendosi delle rappresentanze tecniche *ex art. 83 comma III c.p.c.*), precisando nelle memorie le ragioni “che manifestino la volontà di opporsi all'omologazione”.

¹³ Sent. Cass. civile, sez. I, n. 10632 del 09/05/2007, pubblicata in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5.

c) La conferma che il controllo del Giudice non è meramente “notarile” (così anche nella già citata sentenza della Cassazione n. 13817/ 2011) esplicandosi anche nel controllo della regolarità della procedura (come persistenza delle condizioni di ammissibilità). Nel senso altresì, che “la nozione di regolarità” riguarda sia il merito che la forma, con verifica quindi “dell’assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge”, che comunque anche l’approvazione da parte della maggioranza non può convalidare.

d) La preferenza che i creditori informati accordano alla procedura di concordato preventivo rispetto alla liquidazione concorsuale, come scelta consapevole, non è sindacabile dal Giudice se riferibile ad una condizione di rischio, adeguatamente rappresentata dal commissario ed in assenza di opposizioni, ove la proposta sia legittima. Tuttavia rimane qui il dubbio che se la proposta accettata fosse irrealizzabile, si sarebbe verificata la fattispecie della impossibilità oggettiva di adempiere la proposta contrattuale. In tal senso il pensiero di Fabiani¹⁴ merita di essere riportato e condiviso, per cui “se il piano non è fattibile e questo determina l’impossibilità giuridica oggettiva di adempiere alla proposta (si pensi al caso in cui il debitore sia privato della capacità negoziale e non possa quindi disporre dei propri beni da destinare al soddisfacimento dei creditori), il contratto è nullo poiché, nei processi di omologazione, quando il Giudice rileva una nullità non omologa e già in sede di omologazione si può risolvere la questione. Quando, invece, la non fattibilità del piano rende più difficile o improbabile l’adempimento della proposta il discorso cambia”.

In questo caso si potrebbe rientrare proprio nella fattispecie esaminata dalla Cassazione n. 18987/ 2011, per cui, come osserva Fabiani¹⁵, se “l’oggetto del contratto è la remissione del debito residuo a fronte di una remunerazione del credito, il piano è solo un mezzo per raggiungere quel fine e l’accordo (oggetto) non diviene impossibile perché diviene non fattibile il piano, basti ipotizzare il fatto che, non più fattibile la proposta che si fondava sulla vendita di un fabbricato andato poi distrutto, il concordato resta fattibile se il debitore acquisisce *aliunde* le risorse per adempiere. Per cui in tale prospettiva il sindacato sulla fattibilità non può esplicitarsi nel giudizio di omologazione”.

Se in sede di omologa non si può modificare la proposta approvata (se non

¹⁴ M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fascicolo n. 1, 2009.

¹⁵ M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit.

nei limiti di cui sopra) consegue che non si può ammettere che nella fase esecutiva siano possibili modifiche per decreti integrativi o applicazione della legge.

Le soluzioni sono dunque tre, se la proposta contrattuale è conforme alla disciplina del contratto e non è *contra legem*.

1) L'art. 182 l.f., si applica al concordato preventivo con cessione di beni quando la proposta e l'accettazione non hanno riguardato il *modus* della liquidazione (quindi il Tribunale determina le modalità). Perché se invece la proposta *ex* art. 160 l.f., approvata prevede una disciplina legittima in deroga all'art. 182 l.f. vi è una sorta di intangibilità nei limiti sopra precisati.

2) Se il piano concordatario di liquidazione non è regolato nella proposta (accettata) o il piano esecutivo è solo parziale, i creditori non si sono espressi sulle modalità esecutive e si applicano gli istituti di fallimento alle modalità di liquidazione (se compatibili con il piano) artt. da 105 a 108 l.f. (procedure competitive sulla base di stime – adeguate forme di pubblicità).

3) L'art. 182 l.f. prevale sull'art. 160 l.f. per cui la proposta è vincolata alla modalità esecutiva.

Non solo a parere di chi scrive, quest'ultima soluzione prospettata è sicuramente asimmetrica e quindi da rigettare (al proposito si veda anche la posizione di Fabiani¹⁶).

La prima soluzione invece, è accettabile, poiché la riforma esalta la forza del contratto.

Considerare l'art. 182 l.f. prevalente comporterebbe infatti una "asimmetria" tra le diverse tipologie di concordati preventivi (con un vincolo solo per la *cessio bonorum*), inoltre l'art. 182 l.f. regola la fase *post* omologa, ma non gli atti dispositivi di straordinaria amministrazione anche *ex* art. 167 l.f. (nella pendenza del procedimento), che rimarrebbero esentati dal disposto dell'art. 182 l.f. in misura ancora più evidente se poi l'atto autorizzato è contenuto nel piano concordatario.

¹⁶ M. FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit..