

**IL CONCORDATO FALLIMENTARE: PRINCIPI ISPIRATORI
E RINNOVATO RUOLO DEGLI ORGANI DELLA PROCEDURA A SEGUITO DEI
RECENTI INTERVENTI RIFORMATORI***

MAURO BERNARDI

Sommario: **1.** Introduzione: principi ispiratori e finalità dell’istituto – **2.** Il ruolo del comitato dei creditori – **3.** I compiti del curatore – **4.** I poteri dell’autorità giudiziaria – **5.** Gli organi concorsuali e la fase esecutiva

1. Introduzione: principi ispiratori e finalità dell’istituto

In coerenza con le linee fondamentali della riforma del diritto concorsuale delineata dalla legge delega 14 maggio 2005, n. 80 ed attuata con i decreti legislativi 9 gennaio 2006, n. 5 e 12 settembre 2007, n. 169 (c.d. decreto correttivo), anche nella disciplina del concordato fallimentare appare evidente l’intento del legislatore di regolare la gestione della crisi di impresa mediante l’accentuato ricorso a criteri privatistici sicché risulta notevolmente potenziata l’autonomia negoziale dei soggetti coinvolti nel procedimento¹ cui, specularmente, si è accompagnata una estesa riduzione dell’area di intervento dell’autorità giudiziaria: occorre in verità notare che il c.d. decreto correttivo sembra avere limitato (e non sempre con soluzioni tecniche risolutive) l’autonomia privata senza tuttavia che ciò abbia comportato uno significativo scostamento dalle direttrici cui il legislatore della novella si era ispirato.

Occorre inoltre sottolineare che l’istituto in questione non deve più considerarsi semplicemente come un modo alternativo di chiusura della procedura concorsuale avendolo il legislatore strutturato come uno strumento postumo di soluzione della crisi d’impresa che si affianca a quelli preventivi

¹ Si pensi, in proposito, ai molteplici contenuti, non più rigidamente vincolati come era invece nel sistema anteriormente vigente, che può assumere la proposta concordataria (cfr. art. 124 II e III co. I. fall.) nonché alla circostanza che solo i creditori possono chiedere la risoluzione.

(concordato preventivo² accordi di ristrutturazione, piano attestato; è ancora possibile ricorrere al c.d. concordato stragiudiziale, non disciplinato dalla legge e che tuttavia rimane assai più suscettibile di essere attinto da possibili interventi sanzionatori successivi sia sotto il profilo della revocabilità degli atti che della rilevanza penalistica dei comportamenti) e che con essi può collegarsi in una strategia d'insieme³, essendosi inteso favorire la creazione di un vero e proprio mercato delle imprese in crisi⁴.

Le modifiche (in particolare quelle introdotte con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5) non sempre impeccabili sotto il profilo della tecnica legislativa, il susseguirsi in un breve lasso temporale di due interventi ciascuno di vasta portata e l'inserimento delle nuove norme nell'impianto originario del sistema fallimentare (ispirato invece ad una finalità essenzialmente liquidatoria-sanzionatoria e non certo recuperatoria⁵ e

² Pur nella simile fisionomia che, per effetto dei due interventi normativi, ha ora assunto l'istituto in esame rispetto al concordato preventivo esso ne differisce per importanti profili come emerge ove si consideri che, mentre in quest'ultimo (così come negli altri rimedi per così dire preventivi) l'imprenditore in difficoltà continua a mantenere un ruolo importante spettando solo a lui la legittimazione a proporlo, nel concordato fallimentare la definizione della vicenda concorsuale può avvenire anche al di fuori dell'intervento dell'imprenditore fallito.

³ Si intende fare riferimento all'ipotesi di proposta concordataria depositata prima dell'emanazione del decreto di esecutività dello stato passivo (v. art. 124 I co. l.fall.) che sembra attuabile, almeno in concreto, solo ove vi sia stato in precedenza il ricorso al procedimento di cui all'art. 160 l. fall. o a quello di cui all'art. 182 bis l. fall..

Va rammentato che strumenti di conservazione degli *assets* sono previsti sia nella fase prefallimentare (il tribunale può infatti disporre, su istanza anche del debitore, misure conservative ai sensi dell'art. 15 VIII co. l. fall.) sia in costanza della procedura fallimentare (si vedano in proposito gli artt. 104 e 104 bis l. fall. in tema, rispettivamente, di esercizio provvisorio e di affitto d'azienda).

⁴ In tal senso vedasi S. Ambrosini in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, in Cottino (diretto da), Trattato di diritto commerciale, XI, 2, Padova, 2008, 5 e ss.; F. Di Marzio, *Il correttivo della riforma fallimentare – Riflessioni degli operatori*, Torino, 2008, 103; *ibidem*, G. Ivone, 111. Per una panoramica delle varie letture circa la natura del concordato fallimentare nel sistema originario e nella fisionomia assunta a seguito dei recenti interventi nonché in ordine alle ricadute sul piano applicativo delle varie impostazioni vedasi G. Jachia, in S. Bonfatti e L. Panzani (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 571 e ss. nonché E. Norelli, *Il concordato fallimentare "riformato" e corretto* in www.judicium.it, 23.

Siffatto obiettivo perseguito dal legislatore può altresì evincersi dalle norme sulla liquidazione fallimentare ed in particolare dagli artt. 104, 104 bis, 104 II co. ter, 105 I co. l. fall. né va dimenticato che l'art. 106 l. fall. ha esteso il novero delle attività fallimentari cedibili a terzi comprendendo anche le azioni revocatorie se i giudizi sono già pendenti.

Non si può peraltro sottacere che, se a seguito della novellazione della legge fallimentare è considerevolmente aumentato il ricorso al concordato fallimentare, ciò si è verificato perlopiù in relazione a procedimenti instaurati nella vigenza del r. d. 267/42 nell'ambito dei quali la curatela aveva avviato numerose azioni revocatorie (specie nei confronti di istituti di credito), destinate a ridursi drasticamente per effetto delle modifiche introdotte all'art. 67 l. fall..

⁵ Vedasi sul punto la parte introduttiva della relazione illustrativa al decreto legislativo n. 5/06.

caratterizzato da una disciplina in chiave pubblicistica dei rapporti sottesi dato il ben più limitato il ruolo assegnato sia al curatore sia al comitato dei creditori -ai quali venivano richiesti unicamente pareri non vincolanti- che ai creditori e nell'alveo del quale incisivi poteri d'intervento rimanevano riservati all'autorità giudiziaria⁶), hanno subito determinato l'emersione di antinomie e criticità attinenti in particolare alle funzioni attribuite agli organi fallimentari nonché alla regolazione della sequenza procedimentale e delle sue modalità di svolgimento.

2. Il ruolo del comitato dei creditori

In linea con tale nuova fisionomia impressa all'istituto, è stato significativamente ridisegnato il ruolo affidato al comitato dei creditori.

Occorre innanzitutto segnalare che il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, invertendo la previsione contenuta nel d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha ora sancito che sulla proposta di concordato fallimentare il curatore debba esprimere il proprio parere (da ritenersi pertanto obbligatorio ma non vincolante) e che, invece, vada acquisito quello favorevole del comitato dei creditori, nella veste di rappresentante dei creditori (v. in particolare l'art. 40 II co. 1. fall.) a cui viene quindi riconosciuta una posizione di centralità⁷ nella determinazione circa la sistemazione della crisi d'impresa "in coerenza con il nuovo assetto dei rapporti fra gli organi preposti al fallimento" come si trova specificato nella relazione ministeriale al testo normativo: a tale organo viene rimessa, in via esclusiva, la valutazione preliminare in ordine alla convenienza del piano concordatario laddove sul curatore grava l'obbligo di fornire ai creditori una esaustiva informazione in ordine ai contenuti della

Secondo F. Guerrera, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2006, 531 l'istituto, per usare una terminologia mutuata dai modelli tedesco *-Insolvenzplan-* e statunitense *-Reorganization Plan-* cui il legislatore della novella si è ispirato, si atteggia a "progetto flessibile di reimpiego-dismissione-ripartizione (del valore) delle attività fallimentari".

⁶ Basti ricordare, a mero titolo esemplificativo, che era previsto l'intervento obbligatorio nel procedimento del pubblico ministero (v. art. 132 r.d. 267/42 abrogato dall'art. 122 del d. lgs. 5/06), che il giudice delegato, nella fase di ammissione, ed il collegio, in sede di omologazione, erano tenuti ad esaminare il merito della proposta potendo quindi negarle ingresso ove ritenuta non conveniente a prescindere dall'atteggiamento assunto dai creditori ed infine che il tribunale, anche d'ufficio, poteva pronunciare la risoluzione o l'annullamento del concordato.

⁷ Vedasi in proposito F. D'Alessandro, in *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 350.

Siffatta centralità appena riconosciuta sbiadisce tuttavia nel corso del procedimento stabilendo l'art. 129 II co. 1. fall. che, ove a seguito della approvazione della proposta da parte dei creditori il comitato non depositi nei termini stabiliti dal giudice delegato la propria relazione motivata col suo parere definitivo, a ciò debba supplire il curatore nei sette giorni successivi.

proposta mentre all'autorità giudiziaria compete di verificare la ritualità della stessa e la regolarità della procedura.

A prescindere da ogni considerazione circa il ruolo autenticamente rappresentativo, svolto dal comitato, degli interessi dell'intera massa dei creditori⁸ e rimarcata la discutibile scelta di consentirgli di bloccare in via preventiva il corso del procedimento⁹, si è dimostrata subito problematica la soluzione da adottare (anche per le difficoltà di concreto funzionamento di tale organo¹⁰ da subito ampiamente evidenziate dalla pressoché totalità degli operatori), nei casi di emissione (magari immotivata) di parere negativo ovvero di mancata espressione dello stesso, rilevandosi sin d'ora che appare diffusa in dottrina l'opinione secondo cui esso non può manifestarsi con il silenzio-assenso¹¹.

Secondo un diffuso e preferibile orientamento¹² tale parere andrebbe qualificato come autorizzazione sicché, nell'ipotesi di motivato contenuto negativo dello stesso, gli interessati (il curatore, il proponente, il fallito e ciascun creditore) potranno proporre reclamo ex art. 36 l. fall. nell'ambito del quale, tuttavia, possono essere fatte valere unicamente eventuali violazioni di legge (fra le quali rientra il conflitto di interessi: v. art. 40 IV co. 1. fall.) laddove le valutazioni concernenti la convenienza del concordato integrano tipicamente vizi di merito: deve però ritenersi che rientri nella categoria dei vizi di legittimità l'eccesso di potere (ad esempio omessa considerazione

⁸ Esprimono apertamente dubbi, a tale proposito, S. Ambrosini, *op. cit.*, 18; G. Jachia, *op. cit.*, 615 nonché S. Sanzo, *Il concordato fallimentare* (a cura di S. Ambrosini), in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna, 2008, 436.

⁹ Sarebbe allora auspicabile (e peraltro in linea con il carattere meramente deliberatorio degli accertamenti connessi a tale fase preliminare) che il comitato dei creditori formuli un parere negativo solo nei casi di macroscopica non convenienza della proposta: ricondotto in tali limiti tale vaglio preventivo potrebbe egregiamente assolvere alla funzione di evitare di dare corso ad un procedimento comunque complesso ed implicante un notevole dispendio di attività da parte degli organi concorsuali.

¹⁰ Del profilo evidenziato si è reso conto il legislatore che, con il d. lgs. 169/07, è intervenuto a modificare, rendendolo più snello il meccanismo delineato dall'art. 41 l. fall. (al riguardo si vedano le considerazioni contenute nella relazione ministeriale illustrativa).

¹¹ L'assunto è sostenuto da M. Vitiello, in Jorio-Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 1995.

¹² In tal senso vedasi G. Minutoli in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare-Commentario teorico-pratico, Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 – Disposizioni integrative e correttive*, Padova, 2008, 251. Tale ricostruzione non è tuttavia del tutto pacifica in dottrina essendosi autorevolmente sostenuto che, avverso il parere negativo del comitato dei creditori, non sarebbe ammesso alcun reclamo atteso che l'art. 36 l.f. menziona unicamente le autorizzazioni ed i dinieghi (in tal senso vedasi E. Norelli, *op. cit.*, 19.10). A fronte dell'inerzia del comitato dei creditori è stato ritenuto incompatibile con il nuovo assetto normativo l'intervento tutorio da parte del giudice delegato da Trib. Torre Annunziata, 5 giugno 2008, decreto del giudice delegato, www.unijuris.it.

delle concrete difficoltà di realizzo delle attività fallimentari adeguatamente evidenziate dal curatore).

Analoghe considerazioni possono valere per i casi di diniego di emanazione del parere ovvero di immotivato contenuto negativo dello stesso¹³ con la precisazione però che, in tali evenienze, ci si trova di fronte a veri e propri vizi di legittimità come tali pertanto sicuramente delibabili nell'ambito del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 36 l. fall..

In coerenza con siffatta impostazione ne deriva che, accolto il reclamo, l'autorità giudiziaria (giudice delegato o collegio secondo le previsioni contenute rispettivamente al primo ed al secondo comma dell'art. 36 l. fall.) provvederà in via sostitutiva secondo il meccanismo delineato dall'art. 41 IV co. l. fall. con l'effetto che la valutazione di convenienza economica viene rimessa all'autorità giudiziaria ma garantendosi in ogni caso il sollecito iter della procedura che non può venire bloccato da inefficienze imputabili al comitato dei creditori¹⁴.

In proposito merita osservare che, secondo l'art. 40 l. fall., la composizione del comitato dei creditori può essere modificata dal giudice delegato ove sussistano giustificati motivi (fra cui rientrano il mancato funzionamento o la commissione di violazioni di legge) e che l'art. 41 IV co. l. fall. prevede l'intervento sostitutivo del giudice delegato in caso di inerzia o impossibilità di funzionamento del comitato ovvero di urgenza: nonostante la mancanza di un coordinamento fra tali disposizioni una loro lettura in armonia con i principi ispiratori delle riforme induce a ritenere che, salva la ricorrenza di motivi di urgenza o di altre insuperabili ragioni, prima che l'autorità giudiziaria provveda appare preferibile ricorrere alla sostituzione del comitato dei creditori affinché esso esprima la propria valutazione¹⁵.

¹³ Va ricordato che l'art. 41 I co. l. fall. dispone che il comitato dei creditori motivi succintamente le proprie deliberazioni.

¹⁴ Tale orientamento è stato espresso da Trib. Pescara, 1 aprile 2008, decreto del giudice delegato, *inedito*. In proposito deve ritenersi che le modifiche introdotte all'art. 41 l. fall. dal decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169, le considerazioni a tal proposito contenute nella relazione ministeriale e la previsione di cui all'ultima parte del secondo comma dell'art. 129 l. fall. secondo cui spetta al curatore redigere il parere finale ove non vi provveda il comitato dei creditori dimostrano come il legislatore, se pure ha inteso affidare un ruolo fondamentale a tale organo, ha nondimeno riconosciuto la prevalenza dell'interesse pubblicistico a che il procedimento abbia corso impedendo che esso venga bloccato da inerzie od omissioni.

¹⁵ Secondo altra corrente di pensiero, in caso di inerzia del comitato il giudice delegato dovrebbe comunque dare corso al procedimento sottoponendo la proposta al voto dei creditori: tale soluzione tuttavia, oltre a non apparire del tutto conforme al dato positivo, comporta l'elisione del vaglio preventivo di convenienza che può utilmente evitare, almeno nei casi in cui la soluzione economica non è all'evidenza soddisfacente, il dispendio di attività da parte degli organi fallimentari.

E' poi controverso se il giudice delegato, a fronte di un parere negativo del comitato dei creditori, sia tenuto ad arrestare la procedura ovvero se possa effettuare un controllo sulla motivazione ed ordinare comunque la comunicazione della proposta ai creditori¹⁶ ove ravvisi violazioni di legge: in proposito sembra preferibile ritenere, nel rispetto delle funzioni assegnati ai singoli organi dal legislatore, che il giudice delegato debba avvalersi dei poteri riconosciutigli dagli artt. 25 I co. n. 3 l. fall. ovvero, ove l'attività di *moral suasion* non avesse successo, dall'art. 41 IV co. 1. fall. (va comunque ricordato che il proponente, il curatore, i singoli creditori ed anche il soggetto fallito potrebbero, reclamando, provocare il controllo sul contenuto del parere ed inoltre che il comitato dei creditori è pur sempre suscettibile di essere sottoposto ad azione di responsabilità).

Non sussiste invece alcun dubbio in ordine alla reclamabilità ex art. 26 l.f. del c.d. decreto di arresto da parte del giudice delegato: mentre secondo alcuni autori, tuttavia, in tale fase l'esame potrà investire anche il merito e, quindi, la valutazione svolta dal comitato dei creditori, secondo altri ciò sarebbe del tutto precluso¹⁷.

Ulteriore questione concerne la possibilità di acquisizione delle attività fallimentari da parte di un terzo nell'ipotesi in cui l'attivo sia notevolmente superiore al passivo fallimentare¹⁸, tematica che non si poneva nella vigenza

¹⁶ Occorre in proposito ricordare la pronuncia (peraltro resa sulla base del testo normativo quale risultante a seguito dell'emanazione del d. lgs. 5/06) con la quale, sul presupposto che è compito del giudice delegato, ai sensi dell'art. 25 I co. n. 3 l. fall., verificare che il parere (allora era richiesto quello favorevole del curatore) non sia affetto da vizi logici o da carenza o contraddittorietà della motivazione, in accoglimento del reclamo proposto ex art. 26 l. fall. avverso il provvedimento del giudice delegato che aveva disposto l'arresto del procedimento richiamando la natura vincolante del parere negativo espresso, è stata ordinata la comunicazione della proposta ai creditori affinché esprimessero il loro voto (cfr. Trib. La Spezia 5-7-2007 in *Fall.*, 2007, 1485).

¹⁷ Secondo E. Norelli, *op. cit.*, 19.12 il parere negativo posto a base del c.d. decreto di arresto sarebbe sindacabile solo in relazione ai profili di legittimità e così, nel caso in cui esso non fosse stato motivato, il tribunale potrebbe unicamente annullare il provvedimento e rimettere gli atti al giudice delegato il quale, a sua volta, dovrebbe provocare una nuova deliberazione del comitato ovvero, in caso di inottemperanza, procedere alla sua sostituzione ex art. 40 I co. 1. fall.: in caso di perdurante inerzia di tale organo, inoltre, non potendo né il curatore né il giudice delegato sostituirsi ad esso, la decisione andrebbe rimessa ai creditori.

Anche secondo F. Guerrera (*Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del "decreto correttivo"* in *Dir. fall.*, 2007, 828) in sede di reclamo sarebbe possibile riesaminare solo in punto di legittimità la giustificazione della preclusione apposta alla soluzione concordataria.

¹⁸ In dottrina la questione viene segnalata da S. Sanzo in *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 292-293, ove l'autore si esprime in senso dubitativo in ordine alla possibilità che gli organi concorsuali siano in grado di impedire abusi in danno del soggetto fallito. Sul punto vedasi vedasi E. Norelli, *op. cit.*, 20.8 secondo cui, nel caso di una modesta percentuale offerta a fronte di un attivo patrimoniale che supera di gran lunga l'ammontare complessivo delle passività,

della disciplina di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 in quanto la proposta (nelle varie forme in cui poteva articolarsi) doveva necessariamente promanare dal soggetto fallito¹⁹ e che è invece divenuta attuale per effetto delle innovazioni introdotte in quanto, per il perfezionamento del concordato proposto da creditori o da terzi, nessuna norma richiede il consenso del debitore fallito, situazione questa che pone delicati interrogativi circa il comportamento che, al riguardo, dovrebbero assumere gli organi concorsuali.

In proposito va infatti ricordato il principio, da ritenersi immanente sia alla esecuzione sia collettiva che a quella individuale, secondo cui il surplus del ricavato della liquidazione fallimentare va restituito al debitore/fallito²⁰ (che non risulta privato, in pendenza di procedura, della titolarità dei cespiti aggrediti dai creditori: v. art. 42 l. fall.).

Alcuni interpreti hanno avanzato dubbi di legittimità costituzionale della norma che riconosce al terzo la legittimazione a proporre il concordato invocandosi sia il principio espresso dall'art. 42 III co. Cost. che consente l'espropriazione della proprietà privata per ragioni di interesse pubblico ma dietro indennizzo sia in considerazione del fatto che la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ripetutamente affermato che anche al fallito è garantito il diritto al rispetto dei suoi beni ai sensi dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 e che, se egli può subire ingerenze in funzione del perseguimento della protezione dei diritti dei creditori, ciò è tuttavia consentito purché esista un rapporto ragionevole di proporzionalità fra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito laddove sussiste la predetta violazione allorquando si determini "la rottura dell'equilibrio da combinare fra l'interesse generale al pagamento dei creditori del fallimento e l'interesse del fallito al rispetto dei suoi beni"²¹.

da un lato il regolamento concordatario si risolverebbe in un abuso del diritto perché comporterebbe un ingiustificato svuotamento del credito del singolo legittimando costui ad addurre tale vizio come motivo di opposizione e, dall'altro, legittimerebbe il fallito non proponente ad opporsi alla omologazione ogni qual volta con il concordato egli venisse ad essere privato dei suoi beni in misura notevolmente sproporzionata rispetto a quanto necessario per soddisfare i creditori. In senso analogo risulta orientato F. Guerrero, *op. cit.*, 2006, 539.

¹⁹ Sulla legittimazione in via esclusiva del fallito nel previgente sistema si era espressa la giurisprudenza (v. Cass. 8 giugno 1995, n. 6485; Cass. 5 luglio 1984, n. 3931).

²⁰ Si vedano, in proposito, la norma di cui all'art. 510 IV co. c.p.c. (in giurisprudenza cfr. Cass. 11 febbraio 1999, n. 1145) nonché quella di cui all'art. 2910 c.c. e, d'altro canto, gli artt. 542 e 596 c.p.c. e 111 l.f. prevedono che la liquidità ricavata dall'espropriazione venga distribuita per soddisfare le spese di procedura ed i crediti azionati.

²¹ V. ad esempio C.E.D.U. Di Ieso c. Italia 3-7-2007 nonché C.E.D.U. 12-6-2007, Gallucci c. Italia, in www.camera.it-*Europa/Estero*. Sui rapporti fra norme nazionali e norme della menzionata convenzione europea si confrontino le sentenze della Corte Costituzionale 24 ottobre

Va inoltre aggiunto che al fallito è stata accordata una ristretta finestra temporale per riottenere, tramite un'istanza ex art. 124 l. fall., la disponibilità del proprio patrimonio ed allora si è sostenuto che il comitato dei creditori, in tali frangenti, sarebbe tenuto ad esprimere parere sfavorevole potendo anche venire chiamato a rispondere degli eventuali danni, riconoscendosi altresì al soggetto fallito la legittimazione a far valere i propri diritti in sede di opposizione all'omologazione.

A tali preoccupate considerazioni sembra potersi replicare che il legislatore riconoscendo a terzi estranei la legittimazione a proporre il concordato fallimentare ha inteso favorire la possibilità di una immediata riallocazione dell'impresa sul mercato impedendo la dispersione dei valori in essa presenti nonché la competizione fra più potenziali ricorrenti in funzione dell'interesse dei creditori al migliore soddisfacimento del loro credito, sollecitando per un verso il debitore a ricorrere a rimedi preventivi per la soluzione della crisi e riducendo la possibilità per il soggetto fallito di porre in essere azioni di disturbo a danno dei creditori cosicché, alla luce di tale complessiva disciplina della materia, il possibile sacrificio del patrimonio del fallito potrebbe apparire non irragionevole.

Non va poi sottaciuto, per un verso, che nessun limite è stato posto dal legislatore all'iniziativa del terzo e, per un altro, che la semplice disparità dei valori non può costituire di per sé ragione per connotare come abusiva l'iniziativa del terzo (peraltro la cessione di attività fallimentari a valori spesso assai inferiori a quelli di stima è fenomeno tutt'altro che infrequente) e, comunque, sarebbe necessario accertare non in astratto ma in concreto la sproporzione fra quanto si potrebbe ricavare dalla normale liquidazione ed i valori offerti con il piano concordatario.

In proposito occorre rilevare che la normativa in tema di concordato non prevede alcuna forma di pubblicità della proposta nonostante tramite tale procedimento si addivenga alla totale liquidazione dell'attivo e ciò appare davvero singolare ove si tenga conto dell'intento del legislatore, come già ricordato, volto a creare un mercato delle imprese in crisi, che l'art. 107 I co. l. fall. impone, per le vendite e gli altri atti di liquidazione, il ricorso a procedure competitive da effettuarsi "assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati" ed infine che il comma successivo prevede la possibilità che le vendite vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile le quali contengono dettagliate disposizioni sulla pubblicità

2007, n. 348 e n. 349. In giurisprudenza appaiono orientati in tal senso Trib. Salerno 6 novembre 2007 nonché Trib. La Spezia, 29 gennaio 2008, decreto del giudice delegato, entrambi consultabili in www.ilcaso.it.

delle alienazioni coattive: una risposta alle dedotte perplessità potrebbe allora venire rinvenuta imponendo al curatore di dare adeguata pubblicità alla proposta prima di sottoporla al vaglio quantomeno dei creditori.

3. I compiti del curatore

La riforma contenuta nel decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 aveva assegnato funzioni di impulso del concordato anche al curatore come poteva desumersi dal testo del secondo comma dell'art. 129 l. fall..

La diversa formulazione assunta da tale norma, per effetto dell'emenda contenuta nel c.d. decreto correttivo, ha comportato l'eliminazione della legittimazione da parte del curatore²² della facoltà di proporre il concordato: l'introduzione non lineare di tale possibilità avvenuta con il d. lgs. 5 gennaio 2006, n. 5 ed il nuovo dato testuale sembrano infatti escludere che egli possa considerarsi come terzo ai fini di cui all'art. 124 l. fall. sicché il ruolo del curatore nel favorire la ricerca di una soluzione alternativa alla liquidazione fallimentare della crisi d'impresa sembra vada ricondotta ad una attività di stimolo e informativa svolta nei confronti dei soggetti legittimati e degli operatori specializzati dovendosi attivare, come già accennato, per la promozione di proposte di concordatarie e ciò anche al fine di traslare sui terzi il compito della liquidazione²³.

A tale riguardo va segnalato che, a seguito della diversa formulazione assunta dal terzo comma dell'art. 125 l. fall., non viene più contemplata

²² Tale considerazione è assai diffusa in dottrina: vedasi S. Ambrosini, *op. cit.*, 9; F. Guerrera, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, Fall., 2008, 1082; G. Ivone, *op. cit.*, 110; G. Jachia, *op. cit.*, 599; E. Norelli, *op. cit.*, 1.1; G. Minutoli, *op. cit.*, 245.

Sono state quindi recepite le istanze di chi aveva avvertito l'introduzione di tale fattispecie paventando pericoli di scarsa trasparenza; va notato che tale facoltà era prevista anche nel sistema del codice di commercio del 1882 (v. art. 831) e che la legittimazione a proporre il concordato da parte dell'organo gestorio è contemplata dall'art. 4 bis del decreto legge 23 dicembre 2003 n. 347 (c.d. legge Marzano): in proposito merita ricordare che è stato il commissario straordinario di svariate società appartenenti al gruppo Parmalat a proporre un concordato che ha portato alla creazione di una nuova società, poi quotata in borsa, che ha acquisito gli attivi delle compagnie insolventi ed ha soddisfatto i creditori chirografari mediante azioni. Secondo F. Guerrera, *op. cit.*, 2006, 532, la competizione fra soluzioni concordatarie sembra aprire scenari inediti nella prospettiva di una ristrutturazione/valorizzazione più "trasparente" delle attività.

²³ In relazione alla fase che normalmente precede il deposito del ricorso ex art. 124 l. fall. ed alla richiesta da parte del futuro proponente di acquisire al riguardo le necessarie informazioni, si deve fare riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 90 l. fall.: il soggetto interessato dovrà pertanto depositare un'istanza scritta con indicazione degli eventuali delegati abilitati ad accedere in cancelleria ed assumere un vincolo di riservatezza nell'utilizzo dei dati acquisiti mentre il curatore dovrà fornire indicazioni in ordine alla serietà dell'acquirente.

l'ipotesi della presentazione di più proposte concordatarie nel qual caso la norma novellata stabiliva che esse dovessero venire portate in votazione contemporaneamente e l'abrogazione dell'inciso, secondo una diffusa opinione, comporta che tale modalità procedimentale non sia più consentita: l'eventualità della presentazione di più proposte è però tutt'altro che esclusa atteso che la legittimazione al riguardo è riconosciuta in capo a uno o più creditori o ad un terzo nonché, entro certi limiti, al fallito.

Premesso che una delle maggiori difficoltà che suscitava la gara fra più proposte era la mancata previsione di un termine entro il quale esse dovevano essere presentate il che aveva già comportato soluzioni differenti²⁴, secondo un orientamento, a seguito della modifica operata dal c.d. decreto correttivo, nell'eventualità in esame gli organi concorsuali sarebbero vincolati al rispetto di un rigido criterio temporale cosicché l'esame della proposta successiva sarebbe consentita solo dopo che si sia esaurito il procedimento instaurato con la prima.

Tale impostazione è stata tuttavia criticata osservandosi che, così operando, si agirebbe in senso contrario all'interesse dei creditori e si impedirebbe inoltre al debitore di ribattere alle proposte dei terzi²⁵: non appare però semplice individuare un criterio per regolare tale fattispecie.

Secondo alcuni interpreti il nuovo dato normativo non impedirebbe di attuare egualmente la regola, ritenuta la più razionale, della votazione contemporanea da parte dei creditori spettando al giudice delegato di dettare i tempi delle richieste di pareri e dell'emanazione dell'ordine di comunicazione ai creditori²⁶.

Secondo una, parzialmente diversa, opinione si dovrebbe invece dare ingresso ad un sub-procedimento di esame preventivo la cui finalità sarebbe quella di selezionare quella sola proposta che merita di essere votata dai creditori e che deve ottenere il parere favorevole del comitato dei creditori (il quale potrebbe essere chiamato a pronunciarsi di nuovo nel caso in cui

²⁴ Hanno ritenuto che le ulteriori istanze concordatarie presentate dopo l'emissione, da parte del giudice delegato del decreto di cui al secondo comma dell'art. 124 l. fall., siano inammissibili Trib. Palermo, 20 dicembre 2006 in *Giur. merito*, 2007,1342; Trib. Palermo 22 febbraio 2007, *inedito*; Trib. Ravenna, 1 marzo 2007, decreto del giudice delegato, *inedito*; Trib. Milano 7 aprile 2008, decreto del giudice delegato, in www.ilcaso.it. In senso contrario vedasi Trib. Mantova, 18 dicembre 2007, in www.ilcaso.it.

²⁵ In tal senso vedasi G. Jachia, *op. cit.*, 606.

²⁶ Così appaiono orientati G. Minutoli, *op. cit.*, 253 nonché F. Guerrera, *op. cit.*, 2008, 1083: rimane aperto il quesito se, a seguito della votazione, ove entrambe le proposte abbiano ottenuto il voto favorevole, il giudice delegato debba disporre la comunicazione di entrambe ai sensi del secondo comma dell'art. 129 l. fall. ovvero di quella sola che abbia raggiunto un numero più elevato di adesioni o di non dissensi.

venisse presentato un successivo ricorso ex art. 124 l.f.)²⁷; il limite temporale ultimo per tale fase preventiva sarebbe costituito dall'invio della comunicazione ai creditori potendo il giudice delegato fino a quel momento revocare il proprio provvedimento²⁸.

Quanto al curatore egli continua a svolgere essenziali funzioni consultive ed informative sia nei confronti del giudice che nei confronti del comitato dei creditori e dei creditori²⁹: in particolare, verificata la regolare tenuta della contabilità e la possibilità di predisporre un elenco provvisorio dei creditori ove la proposta concordataria venga formulata prima dell'emanazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo (cfr. art. 124 I co. l. fall.), il curatore deve redigere il proprio motivato parere in ordine alla proposta con riguardo sia ai presumibili risultati della liquidazione che alle garanzie offerte, atto questo di notevole importanza in quanto preordinato a far esprimere ai creditori un consenso informato e che deve contemplare sia una comparazione fra la soluzione o le soluzioni, in caso di pluralità di proposte, prospettate rispetto a quella alternativa della liquidazione dei beni

²⁷ Critica tale soluzione G. Minutoli, *op. cit.*, 253, notando che così si impedirebbe ai creditori di dire l'ultima parola su proposte egualmente favorevoli.

²⁸ Tale soluzione è stata prospettata da E. Norelli, *op. cit.*, 19.17 ove anche la precisazione secondo cui, ove vengano presentate più proposte ed il comitato dei creditori rimanga inerte, non potendo operare il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 41 l.f., si dovrà procedere secondo il criterio della priorità temporale. In senso sostanzialmente conforme si è espresso anche S. Ambrosini, *op. cit.*, 23 e ss, secondo cui inoltre, nel caso di variazioni *in melius*, non sarebbe possibile innescare un meccanismo di gara preventiva fra gli offerenti ed ove anche la considerazione che la soluzione prospettata avrebbe il pregio di risolvere i delicati problemi insorti in relazione al calcolo dei voti avuto riguardo al principio, sancito dall'art. 128 II co. l. fall., del silenzio-assenso.

²⁹ Al curatore sono inoltre commesse funzioni ausiliarie e strumentali: sebbene l'art. 125 II co. l.fall. non specifichi chi debba provvedere alla comunicazione della proposta ai creditori, deve ritenersi che siffatta incombenza spetti a tale organo, tanto desumendosi dalle numerose norme della legge fallimentare che prevedono tale modalità di comunicazione ai creditori (si vedano in particolare gli artt. 92, 97, 101, 116 l. fall. nonché l'art. 129 II co. l. fall. dettato proprio in tema di concordato fallimentare; va invece notato che il d. lgs. 169/07 ha opportunamente eliminato l'obbligo, da parte del curatore, di comunicare ai creditori il deposito del reclamo presentato ai sensi dell'art. 131 l. fall.).

Quanto alle modalità di trasmissione del parere (per quelle tecniche meramente tecniche si potrà ricorrere alle forme contemplate dall'art. 26 III co. l. fall. che contiene una normazione più puntuale di quella contenuta nell'art. 92 I co. l. fall.), salva la previsione secondo cui occorre informare i creditori ove possano reperirsi i dati per la valutazione della proposta (non solo la cancelleria ed eventualmente lo studio del curatore od altro luogo dal medesimo predisposto ma anche appositi siti internet cui solo i creditori possano avere accesso), alcuna indicazione è stata fornita in ordine al fatto se il parere debba essere inviato integralmente o per estratto: in proposito deve ritenersi che sia sufficiente la riproduzione nella missiva della conclusione espressa accompagnata da una, sia pure succinta, motivazione (in tal senso vedasi G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2007, 492).

(ovvero ancora ad altra proposta non potuta esaminare per ragioni di rito) sia una valutazione circa la serietà del piano concordatario.

La relazione deve poi contenere un resoconto dei risultati fino a quel momento conseguiti, una completa indicazione delle attività acquisite³⁰, delle prospettive della liquidazione e delle spese per portarla a termine, degli esiti dei giudizi instaurati o da instaurare³¹ e della natura delle garanzie offerte³².

Nell'ipotesi poi che il proponente che sia creditore o terzo³³ intenda limitare gli impegni assunti ai soli creditori menzionati nell'ultimo comma dell'art. 124 l. fall., il curatore dovrà attentamente verificare il rispetto della condizione prevista dalla legge tenendo conto, con particolare riguardo alle insinuazioni tardive, che per creditori che hanno proposto domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta debbono intendersi anche quelli che hanno depositato in cancelleria il ricorso ex art. 101 l. fall. anche se la notificazione al curatore non è ancora avvenuta³⁴.

Va poi rammentato che la cessione delle azioni di pertinenza della massa³⁵ (l'art. 124 l. fall., nel testo originario, si occupava unicamente di regolare la cessione delle azioni revocatorie) è consentita solo a favore di un terzo o di un creditore e non invece a favore né del fallito né di soggetti a lui interposti o collegati³⁶.

Ove poi la proposta concordataria preveda la formazione di classi, il parere dovrà assumere un contenuto maggiormente articolato dovendo offrire al collegio le informazioni necessarie onde consentirgli di effettuare la valutazione richiesta dall'art. 125 III co. l. fall..

Benché le norme che regolano ora il concordato fallimentare non facciano più menzione della sospensione della liquidazione (v. in proposito il testo originario dell'art. 125 III co. l. fall.), deve ritenersi che essa possa essere disposta ai sensi dell'art. 108 l. fall. (non più peraltro d'ufficio dal

³⁰ Sembra opportuno, onde evitare possibili equivoci e richieste di chiarimenti, che il curatore effettui una elencazione per generi delle attività indicando con segno negativo quelle non presenti.

³¹ Occorre rammentare che la cessione al proponente (che sia però creditore o terzo) delle azioni di pertinenza della massa è possibile solo nel caso che esse siano state autorizzate dal giudice delegato (v. art. 124 u.c. l. fall.).

³² In ragione del fatto che, a differenza di quanto previsto dal testo originario del regio decreto n. 267/42, la prestazione delle garanzie non è più obbligatoria, sembra che esse, ove costituite, debbano scontare l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro.

³³ Al debitore è invece sempre preclusa siffatta possibilità.

³⁴ V. in tal senso Trib. Mantova 1 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*.

³⁵ Una elencazione trovasi nella circolare 19 marzo 2008 in *www.fallimentitribunalemilano.net* emanata dal presidente della sezione fallimentare del tribunale di Milano. Vedasi anche L. Stanghellini, in Jorio-Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 1990.

³⁶ Tale assunto è sostenuto da G. Minutoli, *op. cit.*, 1007; L. Stanghellini, *op. cit.*, 1989.

giudice delegato)³⁷ -³⁸ e, pertanto, anche in relazione a tale specifica istanza il curatore dovrà esplicitare le proprie valutazioni.

A fronte di un parere lacunoso deve ritenersi consentito al giudice delegato di richiedere informazioni al curatore ai sensi dell'art. 25 I co. n. 3 l.f. nonché di disporre il temporaneo arresto della procedura in attesa che vengano forniti gli opportuni chiarimenti e ciò al fine di consentire il corretto svolgimento della procedura (v. art. 26 I co. n. 3 l. fall.).

Il curatore deve poi redigere una relazione sull'esito della votazione dando conto delle modalità con le quali i creditori sono stati informati e riferendo le proprie osservazioni in ordine alla validità dei voti espressi avuto riguardo alle limitazioni contenute nell'art. 127 l. fall.: tale documento dovrà peraltro dare conto degli sviluppi della procedura *medio tempore* verificatisi (ad esempio modifica dell'attivo per la prosecuzione, anche parziale, dell'attività di liquidazione; eventuale scoperta di atti di frode).

Al curatore competono inoltre funzioni di indagine ed in relazione a tutti gli snodi cruciali del procedimento: così saranno importanti le informazioni dal medesimo raccolte al fine di verificare che la proposta concordataria venga formulata, nei termini consentiti, da società cui il fallito partecipi o da società sottoposte a comune controllo (v. art. 124 I co. seconda parte l. fall.)³⁹, nonché quelle concernenti l'espressione del voto da parte dei creditori (si vedano in proposito le disposizioni contenute nell'art. 127 l. fall.

³⁷ Si sono favorevolmente espressi al riguardo S. Ambrosini in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *op. cit.*, 19 nonché G. Jachia, in S. Bonfatti e L. Panzani (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 594.

³⁸ Nell'esercitare il potere di sospensione delle operazioni di vendita (in proposito non può escludersi che essa venga disposta anche solo parzialmente: si pensi all'ipotesi in cui si stia per perfezionare la cessione di cespiti di difficile alienazione né, di regola, sembra conforme all'interesse della procedura interrompere l'attività di recupero dei crediti) il giudice dovrà valutare non tanto la convenienza economica della proposta (riservata in questa fase al comitato dei creditori) bensì, sul presupposto della ammissibilità e quindi della conformità alla legge della medesima, l'inopportunità del proseguimento della liquidazione in quanto contrastante con le finalità sottese al piano concordatario: ad esempio la alienazione di una quota sociale compresa nel compendio fallimentare potrebbe irragionevolmente nuocere all'interesse del proponente di entrare a far parte di quella specifica compagine societaria in previsione di più complessi programmi imprenditoriali.

Ulteriore quesito concerne la possibilità da parte del fallito di ottenere, in pendenza del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, la sospensione del procedimento di concordato fallimentare proposta da un terzo: a tale proposito sembra conforme al complessivo assetto del sistema attribuire ampio significato alla norma di cui all'art. 19 l. fall. ed intendere il concordato come una forma di liquidazione alternativa a quella contemplata nel programma di liquidazione e, d'altro canto, un diverso trattamento nei due casi non sembra trovare una razionale giustificazione.

³⁹ A tal fine il curatore potrà senz'altro ricorrere alle risultanze di banche dati pubbliche oltre che ad altre fonti, private, di informazione.

che inibiscono il diritto di voto ad una serie di soggetti che versano in rapporti familiari o economici particolarmente stretti con il fallito)⁴⁰.

4. I poteri dell'autorità giudiziaria

Quanto all'autorità giudiziaria gli interventi riformatori hanno reso palese l'intento del legislatore di limitare il suo intervento al controllo di legittimità⁴¹.

Il c.d. decreto correttivo ha opportunamente previsto che, a seguito della presentazione del ricorso ex art. 125 l. fall.⁴², il giudice delegato, acquisiti i prescritti pareri del curatore e del comitato dei creditori, debba accertare la ritualità della proposta e, quindi, effettuare una verifica di legittimità sul suo contenuto e sul procedimento⁴³⁻⁴⁴ essendogli preclusa ogni valutazione in ordine alla convenienza economica della stessa⁴⁵.

In tale fase deve peraltro ritenersi che il giudice delegato, ai sensi dell'art. 25 I co. n. 3 l. fall., possa esercitare un vaglio preventivo sulla completezza delle informazioni rese dal curatore nel proprio parere (al quale potranno essere richieste eventuali integrazioni nel caso di indicazioni insufficienti) onde consentire al comitato dei creditori di esprimere il proprio ed ai creditori una consapevole espressione del loro voto⁴⁶.

⁴⁰ Per le diverse soluzioni accolte in giurisprudenza a proposito della legittimazione al voto del creditore ceduto si vedano Trib. Roma 17 marzo 2008, Trib. Mantova 1 aprile 2008 e Trib. Pisa 4-9 luglio 2008 tutte consultabili in www.ilcaso.it. Sulle questioni concernenti il conflitto di interessi nell'ambito dell'espressione del voto (ad esempio da parte del soggetto proponente il concordato o da società con esso collegata) vedasi F. Guerrera, *op. cit.*, 2008, 1082.

⁴¹ Esplicite indicazioni in tale senso si trovano nelle relazioni ministeriali ai decreti legislativi n. 5/06 e n. 169/07 sub art. 125 l. fall..

⁴² Merita di essere segnalata la pronuncia (Trib. Roma, 28 febbraio 2008 in www.ilcaso.it) secondo cui, una volta dichiarato esecutivo il piano di riparto che preveda la soddisfazione integrale dei creditori, deve ritenersi priva di causa e, quindi, improcedibile, la domanda di concordato fallimentare anche nell'ipotesi in cui la stessa preveda a favore dei creditori un pagamento superiore al loro credito.

⁴³ Per una puntuale elencazione dei profili oggetto di riscontro della legittimità formale da parte dell'autorità giudiziaria vedasi E. Norelli, *op. cit.*, 19.6.

⁴⁴ Quanto alla sospensione v. *supra* nota 30.

⁴⁵ In giurisprudenza in tal senso risulta orientato Trib. Palermo 20 dicembre 2006, *cit.*. E' stato ritenuto non necessario procedere alle operazioni di voto nel caso di concordato che preveda l'integrale pagamento di tutti i creditori da Trib. La Spezia, 23 novembre 2007, decreto del giudice delegato, in www.ilcaso.it, che ha disposto la comunicazione della proposta a tutti i creditori, anche privilegiati ex art. 125 III co. 1. fall..

E' invece dubbio se possa costituire oggetto di esame la fattibilità del piano su cui v. *infra*.

⁴⁶ Si veda sul punto Trib. Mantova 3-4-2007 e 20-2-2007 entrambe in www.ilcaso.it; in dottrina v. P. Bosticco, *Il "nuovo corso" del concordato fallimentare* in *Il fallimento*, 2007, 828; E.

Deve inoltre condividersi l'assunto secondo cui, in tale ambito, il giudice delegato compie una delibazione sommaria⁴⁷ che non impedisce una diversa valutazione da parte del tribunale chiamato a pronunciarsi ex art. 129 l. fall. non esistendo alcun dato normativo che preveda rigide preclusioni, ricavandosi anzi l'opposta indicazione dalla norma (da ritenersi espressione di un principio di carattere generale nell'ambito del processo civile) di cui all'art. 177 I co. c.p.c. secondo cui le ordinanze non possono mai pregiudicare la decisione della causa ed essendo rimesso unicamente all'organo collegiale il potere di provvedere sulla richiesta di omologazione della proposta, adempimento cui il collegio darà seguito disponendo di tutti gli ulteriori elementi emersi durante il corso del procedimento.

Nel caso in cui l'istanza concordataria contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori essa, corredata dai pareri del curatore e del comitato dei creditori, deve essere sottoposta al giudizio del tribunale al quale è riservato il compito di verificare il corretto utilizzo dei criteri di cui all'art. 124 II co. lett. a) e b) l. fall. tenendo conto della relazione giurata del professionista di cui al terzo comma di tale disposizione.

Quanto agli aspetti strettamente procedurali, deve ritenersi che il tribunale effettui una delibazione sommaria non essendogli precluso di acquisire ulteriori informazioni rispetto a quelle già risultanti dagli atti, stante la portata generale del precetto di cui all'art. 738 c.p.c. e dato che gli è espressamente riconosciuto il potere di sentire in ogni tempo il curatore, il fallito ed il comitato dei creditori (v. art. 23 l. fall.).

Dall'articolato normativo sembra arguirsi che il compito del tribunale sia limitato, in tale sub-fase, alla mera verifica del corretto utilizzo dei criteri per la formazione delle classi e che il giudice delegato conservi il potere di accertare, preliminarmente, la ritualità della proposta (ove egli ravvisi dei vizi di legittimità dovrebbe già emettere un decreto di arresto senza investire il tribunale), soluzione questa che se corrisponde anche ad un modello organizzativo maggiormente snello, apre tuttavia la possibilità di un eventuale dissenso sul punto con il giudice delegato nel qual caso il tribunale dovrà esprimere un giudizio negativo atteso che la sussistenza dei requisiti di legittimità della proposta costituisce un presupposto implicito affinché il collegio possa pronunciarsi in senso positivo consentendo il prosieguo del procedimento.

Fregonara, *Il nuovo concordato fallimentare in Il nuovo diritto delle società*, 2007,88; N. Nisivoccia, *I poteri dell'autorità giudiziaria nel nuovo concordato fallimentare in Dir. Comm.*, II, 715, 2008.

⁴⁷ In tal senso vedasi E. Norelli, *op. cit.*, 19.8.

Quanto poi all'oggetto dell'esame demandato all'organo collegiale, esso attiene alla verifica della non alterazione dell'ordine delle cause di prelazione⁴⁸, della correttezza della suddivisione dei creditori in classi⁴⁹ e della ragionevolezza dei trattamenti differenziati⁵⁰.

In ordine ai controlli demandati all'autorità giudiziaria in sede di omologazione va rammentato che tale fase (la cui attivazione può avere luogo solo a seguito di ricorso del proponente: v. art. 129 II co. 1. fall.) può assumere o non natura contenziosa: in tale seconda ipotesi di c.d. procedura semplificata il collegio dovrà accertare che sia stato effettuato il controllo preliminare previsto dall'art. 125 l. fall., che la procedura si sia svolta in modo regolare, quale sia stato l'esito della votazione⁵¹ ed infine che non

⁴⁸ Secondo L. Stanghellini, *op. cit.*, 1975 il principio sancito dall'art. 124 III co. 1. fall. deve essere inteso nel senso che "sarebbe legittimo prevedere una soddisfazione delle classi superiori, a condizione che le risorse per il pagamento delle prime provengano dal *surplus* da concordato rispetto alla liquidazione, ed a condizione che tale *surplus* non sia attribuito alle classi inferiori in misura così asimmetrica da porre i creditori che vi sono inseriti in una posizione addirittura migliore, in termini assoluti, di quelli appartenenti alle classi superiori"; orientamento analogo manifesta F. Guarrera, *op. cit.*, 2006, 537 e ss..

⁴⁹ Ove il piano concordatario preveda la soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati ai sensi dell'art. 124 III co. 1. fall., deve ritenersi che, se la proposta preveda trattamenti differenziati, vada costituita una apposita classe per i c.d. privilegiati degradati difettando il requisito della omogeneità di posizione giuridica e di interesse economico (rimane incerto se tali creditori debbano essere inseriti in un'unica classe ovvero se debbano essere costituite separate classi per ciascuno di essi) il che ne rafforza notevolmente la posizione (v. art. 128 I co. 1. fall.).

⁵⁰ In proposito vedasi G. Schiavon, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, in M. Fabiani – A. Patti (a cura di), *Il nuovo concordato fallimentare*, Milano, 2006, 219.

⁵¹ L'art. 129 l. fall. non detta una specifica disciplina per l'ipotesi in cui la proposta non sia stata approvata nel qual caso si è sostenuto che, escludendo il sistema ogni valutazione di carattere formale da parte del giudice delegato, costui dovrebbe limitarsi a rendere edotto di ciò il collegio il quale dovrà emettere un decreto di arresto della procedura; ove tale organo non concordi con le valutazioni espresse dal curatore, potrà ordinare al giudice delegato di fissare i termini per la votazione (in tal senso si esprime G. Minutoli, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare-Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 1046). Secondo una diversa e preferibile impostazione, dato il silenzio sul punto del legislatore e tenendo conto che non sembra incompatibile con la struttura del procedimento un provvedimento di arresto dello stesso alla stregua di una delibazione sommaria (v. l'analogia ipotesi regolata dall'art. 125 II co. 1. fall.), compete invece al giudice delegato emettere il provvedimento che dichiara non approvata la proposta, avverso il quale sarà esperibile il reclamo ai sensi dell'art. 26 l. fall. (si veda in proposito E. Norelli, *op. cit.*, 2013; in giurisprudenza vedasi al riguardo Trib. Roma, 17-3-2008 in www.ilcaso.it) che, ove accolto, imporrà al giudice delegato di provvedere ai sensi del primo comma dell'art. 129 l. fall.; tale ricostruzione sembra inoltre meglio regolare l'ipotesi in cui il proponente intenda ottenere l'omologazione in dissenso rispetto al parere del curatore atteso che, aderendo all'altra tesi, egli si troverebbe di fronte al provvedimento del collegio senza possibilità né di avere contezza dell'orientamento del giudice delegato né di avere avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni. Ha invece ritenuto che al giudice delegato spetti soltanto la valutazione in merito al determinarsi di una condizione utile al procedimento di omologa *ex officio* Trib. La Spezia, 14 settembre 2007, decreto del giudice delegato, in *Fall.*, 2007, 1486.

siano state proposte opposizioni: va precisato che nulla osta a che il giudice delegato faccia parte del collegio non venendo tale organo investito del reclamo avverso un atto del primo (v. art. 25 II co. 1. fall.); deve inoltre ritenersi che il tribunale non sia vincolato alla delibazione preliminare operata dal giudice delegato sia ai sensi dell'art. 125 II co. 1. fall. sia ai sensi dell'art. 129 II co. 1. fall. in quanto solo ad esso spetta il giudizio di omologazione⁵² nè sembra che gli sia precluso ottenere informazioni in particolare dal curatore (v. artt. 738 c.p.c. e 23 I. fall.)⁵³.

Nell'ipotesi in cui venga proposta opposizione⁵⁴ (nella relazione al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 si faceva riferimento, in tal caso, al procedimento di approvazione), come è consentito a ciascun creditore dal secondo comma dell'art. 125 I. fall. (che utilizza la locuzione "dissenso"), il tribunale, investito anche d'ufficio della verifica della sussistenza dei requisiti di legittimità della proposta e della regolarità dell'iter procedurale⁵⁵, è chiamato a verificare la fondatezza delle doglianze -assumendo anche d'ufficio gli opportuni mezzi istruttori: cfr. art. 129 V co. 1. fall.-senza peraltro poter esaminare la convenienza economica della proposta⁵⁶ né con riguardo alla posizione del singolo creditore opponente (che, quindi, potrà utilmente rappresentare unicamente profili di legittimità, salvo quanto si dirà a proposito del c.d. *cram dawn*) né con riferimento a quella del ceto creditorio nel suo complesso.

Il quinto comma dell'art. 129 I. fall. regola il c.d. *cram dawn* stabilendo che, nel caso di opposizione da parte di un creditore appartenente

⁵² Tale assunto è stato sostenuto da Trib. Palermo, 18 maggio 2007 in *Fall.*, 2008, 75 sia pure nell'ambito di una procedura di concordato preventivo.

⁵³ Stesse considerazioni valgono per l'ipotesi in cui il piano concordatario preveda la formazione di classi differenziate di creditori ed esse si siano, a maggioranza (v. art. 128 I co. 1. fall.) espresse favorevolmente (e purché siano rappresentative della maggioranza dei crediti ammessi al voto), atteso che la procedura contenziosa ha luogo nella sola ipotesi di opposizione da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente che contesti la convenienza della proposta.

⁵⁴ In tal caso il giudice delegato non potrà fare parte del collegio investito del giudizio di omologazione stante la previsione di cui all'art. 25 II co. 1. fall..

⁵⁵ In senso conforme si esprime E. Norelli, *op. cit.*, 20.8.

⁵⁶ Si esprimono in tal senso S. Ambrosini, *op. cit.*, 32; G. Guerrera, *op. cit.*, 833 e ss. che peraltro distingue varie ipotesi a seconda che sia stata o meno presentata opposizione e fa riferimento, anche in tal caso, di sindacato di merito finalizzato tuttavia al controllo di legittimità sostanziale sul corretto trattamento di tutti i creditori e diretto a fare emergere eventuali deficienze, falsità o incongruenze della proposta, dei pareri e della documentazione; per tale autore inoltre il "controllo di correttezza", da effettuarsi alla stregua dei parametri evincibili dagli artt. 1175 e 1375 c.c., consentirebbe di neutralizzare i conflitti di interesse e gli abusi di maggioranza di alcuni creditori, problema che si pone in particolare, ma non solo, per i creditori finanziari assistiti da garanzie collaterali. In giurisprudenza vedasi Trib. Mantova, 1-4-2008 *cit.*; in senso contrario vedasi tuttavia Trib. Udine 22 maggio 2008 in *www.il caso.it*.

ad una classe dissenziente, il tribunale ha la facoltà di omologare il concordato ove ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

In proposito occorre evidenziare la diversa formulazione ora assunta dalla norma rispetto alla versione introdotta dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 poiché mentre secondo quest'ultima, in caso di dissenso di una classe, il tribunale poteva omologare il concordato ove il diniego di approvazione (da parte della classe) fosse ingiustificato (nel senso specificato dal previgente testo del settimo comma dell'art. 129 l. fall.), a seguito della modifica di cui al d. lgs. 169/07 è sufficiente che la maggioranza delle classi abbia approvato la proposta nel qual caso, se non viene proposta opposizione, il collegio deve procedere all'omologa (salvo rilevare l'esistenza di vizi di legittimità) senza operare alcuna ulteriore valutazione: ne consegue, da un lato, che il collegio è chiamato unicamente a risolvere il conflitto insorto fra un singolo creditore ed il proponente -risultandogli così sottratto il ruolo di tutore di interessi collettivi- e, dall'altro, che l'interesse di un singolo può esser fatto prevalere su quello sia della classe (sia pure dissenziente ma i cui componenti non hanno reputato opportuno proporre opposizione) che della massa degli altri creditori: tale dato che, certo, suscita non poche perplessità, può tuttavia costituire un incentivo per il proponente a trattare equamente i piccoli creditori il cui ruolo è stato notevolmente ridotto non essendo più prevista la maggioranza per capi ed a effettuare stime realistiche con riguardo ai creditori c.d. privilegiati degradati⁵⁷.

⁵⁷ Non sembra inoltre ammissibile un accoglimento parziale dell'opposizione sia perché l'art. 129 l. fall. dispone che il tribunale, alle condizioni di cui al quinto comma, può omologare il concordato e non contempla una formula diversa sia perché, altrimenti, si finirebbe per imporre un trattamento che obblighi ad un equo soddisfacimento di quel creditore laddove, per un diffuso orientamento dottrinale e giurisprudenziale consolidatosi già nel sistema originario regolato dal r.d. 267/42, il tribunale non può modificare la proposta e ciò sia accedendo alla tesi della natura negoziale del concordato secondo cui non sono consentiti interventi autoritativi imposti *ab externo*, sia aderendo a quella della natura processualistica dell'istituto alla stregua della quale il tribunale non può estendere il giudizio oltre i limiti riconosciuti dalla legge, conclusione questa che, a maggior ragione, deve valere nel vigente contesto normativo caratterizzato da una impronta marcatamente privatistica dell'istituto ed in cui la proposta concordataria non ha più un contenuto rigidamente vincolato come un tempo (cfr. art. 124 II co. I. fall.): infine non può neppure escludersi che l'imposizione di un sacrificio economico ulteriore al proponente (che il tribunale dovrebbe in concreto individuare) comporti il venir meno delle condizioni economiche complessive che sorreggono la proposta concordataria.

Identiche considerazioni valgono per l'ipotesi di opposizione presentata dal creditore c.d. privilegiato degradato in qualità di singolo creditore nell'ambito di un concordato senza classi oppure di componente di una apposita classe dissenziente.

In tale evenienza occorre verificare che il sacrificio sia ragionevole e trovi adeguata contropartita nel beneficio dell'intero ceto creditorio tenendo conto delle alternative concretamente praticabili da ravvisarsi sia nella prosecuzione della liquidazione concorsuale sia nel dare ingresso ad eventuali altre proposte concordatarie non potute esaminare⁵⁸ ma, anche in tale occasione, la valutazione del collegio non può trasmodare in un giudizio circa la convenienza della proposta concordataria⁵⁹.

Da tale assetto normativo consegue ulteriormente che, nel caso di creditore dissenziente che sia però inserito in una classe che ha votato favorevolmente, l'opposizione da costui proposta potrà esser valutata unicamente in ordine ai profili di legittimità.

Anche in tale fase rimane dubbio se il collegio possa esaminare la fattibilità del piano concordatario intesa ovviamente come attuabilità o, mutuando una locuzione presente nel testo originario del regio decreto n. 267/42, serietà della proposta⁶⁰.

5. Gli organi concorsuali e la fase esecutiva

Con riguardo alla fase esecutiva va osservato che, in deroga al principio generale sancito dall'art. 120 l. fall., gli organi del fallimento permangono

⁵⁸ In tal senso vedasi F. Guerrero, *op. cit.*, 834.

⁵⁹ Merita in proposito di esser segnata una pronuncia, sebbene resa nell'ambito della procedura di concordato preventivo, secondo cui è inammissibile, per manifesta irragionevolezza, la proposta che preveda una percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari in misura sostanzialmente irrisoria, non potendosi essa qualificare come offerta di pagamento parziale (v. Trib. Roma 16 aprile 2008 in www.ilcaso.it).

⁶⁰ Accenna al tema G. Jachia, *op. cit.*, 618 ove anche la segnalazione del problema se costituisca vizio di inammissibilità della proposta la previsione di una percentuale mobile o indeterminata di soddisfazione per i creditori alla luce del precedente giurisprudenziale secondo cui la percentuale spettante ai creditori deve essere fissa in quanto si deve tenere conto anche della posizione di quei creditori che potrebbero richiedere successivamente il pagamento di quanto loro dovuto (v. Cass. 9 maggio 2007, n. 10634): tale indicazione sembra però incompatibile rispetto alle variegate possibilità che può ora assumere il soddisfacimento dei creditori (v. in particolare art. 124 II co. lett. c l. fall.).

Si esprime decisamente a favore della tesi secondo cui il tribunale deve accertare la fattibilità del concordato da intendersi come sostenibilità del piano in relazione alle risorse disponibili e prevedibili N. Nisivocchia, *op. cit.*, 718 il quale evidenzia che siffatta definizione coincide con la c.d. *feasibility* prevista dal diritto statunitense.

Va segnalato che, nell'ambito del procedimento per concordato preventivo, sono numerose le pronunce di merito che hanno affermato il potere del tribunale di verificare la fattibilità del piano: vedasi da ultimo Trib. Piacenza 1 luglio 2008 in www.ilcaso.it ove ampi richiami di precedenti giurisprudenziali. Secondo G. Jachia, *op. cit.*, 702, il controllo giurisdizionale deve estrinsecarsi in un esame sulla affidabilità del giudizio del professionista asseveratore.

ma con funzioni assai più limitate in quanto finalizzate alla sorveglianza degli obblighi assunti dal proponente il concordato e dagli altri soggetti interessati, la cui estensione va ridefinita attesa l'espunzione dell'inciso, contenuto nell'originario testo dell'art. 130 l. fall., secondo cui competeva al tribunale, al momento della sentenza, stabilire le modalità per il pagamento delle somme dovute ai creditori ovvero rimetterne la determinazione al giudice delegato.

Il compito di sorvegliare l'adempimento del concordato è demandato anche al comitato dei creditori mentre nessuna funzione gli è riconosciuta nelle ipotesi di inadempimento degli obblighi assunti dal proponente (v. art. 137 l. fall.) ovvero di scoperta degli atti di frode menzionati dall'art. 138 l. fall.: eliminata in tali casi, per effetto delle modifiche introdotte dai due decreti legislativi, ogni iniziativa officiosa, la legittimazione a proporre la risoluzione e l'annullamento del concordato è riconosciuta nel primo caso ai soli creditori (con l'eccezione di cui all'ultimo comma dell'art. 137 l. fall.) cui si affianca, nel secondo, quella del curatore.

Premesso che non può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 33 u.c. l. fall. stante l'avvenuta cessazione della procedura fallimentare, va rilevato che l'art. 137 l. fall. nel testo ora vigente stabilisce che, se le garanzie promesse non vengono costituite o se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato, ciascun creditore può chiederne la risoluzione e ciò comporta la necessità che nel decreto di omologazione vengano indicate le modalità tramite le quali rendere concretamente possibile il controllo previsto dall'art. 136 l. fall.: in tale ambito può farsi rientrare la statuizione che impone al curatore (in difetto, deve ritenersi, di diversa previsione della proposta), di provvedere ai singoli pagamenti con la liquidità esistente o con quella messa a disposizione dal proponente, quella che gli consente di chiedere informazioni ai creditori in ordine alla costituzione delle garanzie promesse ed al rispetto dei tempi previsti per l'effettuazione dei pagamenti o, comunque, per il soddisfacimento dei creditori nel caso sia stata contemplata una delle forme alternative indicate nell'art. 124 II co. lett. c) l. fall., nonché quella di depositare relazioni periodiche in ordine allo stato della procedura⁶¹ con l'avviso magari che di esse i creditori possono prendere visione in cancelleria salvo prevederne l'invio agli stessi singolarmente.

⁶¹ Ordina al curatore di "trasmettere al giudice delegato ed al comitato dei creditori una relazione, corredata dalla documentazione attestante i pagamenti effettuati, entro gg. 15 dall'integrale pagamento in esecuzione del o dei riparti attuati in esecuzione della proposta, segnalando eventuali ipotesi che impongano la riapertura della procedura fallimentare ai sensi dell'art. 139 L.F." Trib. Pisa, 4-9 luglio 2008 in www.ilcaso.it.

Ove poi le indicazioni contenute nel decreto siano lacunose o generiche ovvero nell'ipotesi in cui si prospettino particolari esigenze che non era possibile prevedere in anticipo, deve ritenersi che, essendo l'obbligo di sorveglianza direttamente imposto dalla legge, sia il curatore che il comitato dei creditori possano richiedere al giudice delegato eventuali integrazioni delle disposizioni originariamente impartite stante la previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 136 l. fall. secondo cui il giudice delegato adotta ogni misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato, dovendosi ammettere la possibilità di ricorso ad esso anche in un momento antecedente alla completa esecuzione del concordato.

Occorre poi sottolineare che si tratta di misure aventi esclusivamente natura ordinatoria⁶² e non destinate ad incidere sul contenuto della proposta concordataria.⁶³

Può invece convenirsi con l'assunto secondo cui la norma di cui al terzo comma dell'art. 136 l. fall. non consente l'adozione di misure coercitive finalizzate a conseguire l'adempimento del concordato⁶⁴ essendo rimessa ai creditori ogni iniziativa al riguardo e dovendo il contenuto di tale disposizione circoscriversi appunto alla emissione di provvedimenti diretti a consentire la sorveglianza ovvero di quelli strettamente strumentali per l'esecuzione del concordato.

Alla stregua del nuovo assetto normativo non sembra che il curatore possa concludere per conto e nell'interesse dei creditori negozi diretti ad integrare le garanzie offerte per il concordato e dimostratesi insufficienti ad assicurarne il pieno adempimento ed evitarne la risoluzione⁶⁵ atteso che siffatto potere trovava giustificazione solo in un contesto caratterizzato da una forte ingerenza da parte degli organi concorsuali e dalla presenza di poteri di iniziativa officiosi.

Deve poi ritenersi connaturato all'esercizio della sorveglianza il potere, da parte degli organi concorsuali, di ispezionare i cespiti ed i libri contabili del soggetto fallito⁶⁶ rilevandosi che il controllo avrà contenuto più ampio ove la proposta sia stata avanzata dal fallito o da un terzo ma senza

⁶² Fra di esse vanno annoverate le autorizzazioni ai prelievi per i pagamenti ai creditori, l'accantonamento delle somme in favore dei creditori indicati dall'art. 136 II co. l.fall. ed infine lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia (per un approfondimento di tale ultimo profilo si veda F. Benassi, *Esecuzione del concordato fallimentare e cancellazione delle ipoteche*, in www.ilcaso.it).

⁶³ In tal senso vedasi G. Minutoli in Ferro, *op. cit.*, 2007,1072.

⁶⁴ Leggasi in proposito S. Sanzo in Jorio (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 2078.

⁶⁵ Cfr. Cass. 15 luglio 1966, n. 1898, in *Mass. Foro it.*, 1966.

⁶⁶ Vedasi al riguardo G. Minutoli in Ferro, 2008, *op. cit.*,1068.

liberazione del fallito atteso che, invece, ove la stessa sia stata formulata da un terzo ma con liberazione immediata del fallito non è consentita la risoluzione in considerazione della specifica previsione contenuta nell'art. 136 VII co. 1. fall.: il controllo da parte del curatore peraltro potrà comunque concernere, anche in tale seconda ipotesi, la costituzione delle garanzie o l'adempimento degli obblighi concordatari in vista della verifica della sussistenza delle condizioni che consentono il trasferimento del compendio fallimentare in favore del terzo e, d'altro canto, non può dimenticarsi che tale organo è comunque legittimato a proporre l'azione di annullamento ex art. 138 l. fall..

Ove sorgessero contrasti in ordine alle misure che il curatore, ma anche il comitato dei creditori, intendessero in concreto adottare per effettuare il controllo, tali organi potranno senz'altro rivolgersi al giudice delegato affinché assuma il più opportuno provvedimento ai sensi dell'art. 136 III co. 1. fall..

* Relazione tenuta al convegno “La riforma fallimentare a regime tra l'utopia del legislatore e la realtà delle nuove prassi” tenutosi a Gardone Riviera il 26 e 27 settembre 2008 organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Brescia