



I c.d. correttivi al Codice della crisi e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme, con i più recenti aggiornamenti di dottrina e giurisprudenza

Cod.: P25012  
Scandicci, 26 febbraio 2025

## **IL CONCORDATO NELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE**

**MASSIMO FABIANI**

## **SEZIONE I: LA PROPOSTA**

**Sommario:** 1. Il concordato come ultima opportunità per la regolazione della crisi. - 2. Il concordato e l'effetto di cessazione della liquidazione giudiziale. - 3. La proposta. - 3.1 Il contenuto. - 3.1.1. Il contenuto delle reciproche obbligazioni. - 4. La legittimazione. - 5. La cessione delle azioni. - 6. La limitazione di responsabilità. - 6.1. La giustificazione della limitazione. - 7. I tempi della proposta. - 8. L'elenco provvisorio dei crediti.

## **SEZIONE II: AVVIO DEL PROCEDIMENTO**

**Sommario:** 1. Note introduttive. - 2. Il procedimento (itinerario). - 3. L'acquisizione dei pareri. - 4. Il ruolo del giudice delegato e del tribunale. - 5. La sospensione della liquidazione. - 6. La competizione fra più proposte. - 7. La comunicazione ai creditori. - 8. La comunicazione agevolata.

## **SEZIONE III: VOTAZIONE E APPROVAZIONE**

**Sommario:** 1. Note introduttive. - 2. L'inquadramento del tema. - 3. Il voto come alternativa al controllo giudiziale. - 4. Il voto come base di un accordo. - 5. Le regole per un voto informato. - 6. Principi civilistici nella manifestazione di voto. - 7. Fattispecie speciali di votanti. - 7.1. Il creditore chirografario interamente soddisfatto. - 7.2. La *ratio* dell'esclusione dal voto dei creditori privilegiati. - 7.3. Il voto per i creditori muniti di privilegio generale. - 7.4. Il voto del creditore non soddisfatto. - 7.5. Il voto dei creditori prededucibili e postergati. - 8. Le esclusioni dal voto. - 9. Voto e formazione della maggioranza. - 10. Regole della votazione. - 11. Il procedimento di accertamento della maggioranza. - 12. La regola di approvazione in caso di proposte concorrenti.

## **SEZIONE IV: OMOLOGAZIONE E IMPUGNAZIONI**

**Sommario:** 1. La tutela processuale del voto nel giudizio di omologazione. - 2. Il giudizio di omologazione. - 3. Le opposizioni. - 4. Le tecnicità del giudizio di omologazione. - 4.1. La fase introduttiva del procedimento. - 4.2. La costituzione in giudizio delle parti. - 4.3. La trattazione e l'istruzione. - 4.4. La fase decisoria. - 5. L'effetto decisivo. - 6. La chiusura della liquidazione giudiziale. - 7. Il giudizio di reclamo. - 8. La ricorribilità per cassazione. - 9. Ulteriori mezzi di impugnazione.

## **SEZIONE V: EFFETTI ED ESECUZIONE**

**Sommario:** 1. Gli effetti del concordato omologato. - 2. Gli effetti verso i creditori e il proponente. - 3. Gli effetti verso i coobbligati. - 4. L'esecuzione. - 5. L'esecuzione forzata.

## SEZIONE I: LA PROPOSTA

### 1. Il concordato come ultima opportunità per la regolazione della crisi

Nel codice della crisi la disciplina del concordato nella liquidazione giudiziale segue la disciplina della chiusura della liquidazione giudiziale; il concordato è una fattispecie che conduce alla cessazione della procedura di liquidazione giudiziale<sup>1</sup> e tuttavia può assolvere anche ad altre finalità, comprese quelle volte ad evitare la dissoluzione definitiva dell'impresa.

In passato il concordato era soltanto lo strumento votato ad attenuare le conseguenze nefaste del dissesto per il debitore che era l'unico che poteva proporlo; ora si è trasformato in un potenziale strumento per rimettere in circolazione il valore residuo dell'impresa<sup>2</sup> per effetto dell'apertura della legittimazione a terzi nella presentazione della proposta.

Il concordato nella liquidazione giudiziale rappresenta un modello di regolazione concordata della crisi d'impresa<sup>3</sup>, pur se questa regolazione avviene dopo la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale diversamente dagli strumenti di cui all'art. 2 lett. m-bis) CCII.

Nel concordato nella liquidazione giudiziale è emblematica la compresenza dei valori che si richiamano al mercato (la competizione fra più proposte, il passaggio di titolarità sull'impresa, la sua re-immissione nel circuito produttivo), al contratto (la formazione dell'accordo, l'efficacia del negozio verso i terzi, i rapporti tra autonomia ed eteronomia nel principio di maggioranza) e al processo (l'individuazione dell'oggetto del processo nel concorso, la natura dell'omologazione, le tecniche processuali adottate)<sup>4</sup>.

Nel concordato, tutti questi elementi non solo si presentano ma si confondono sì che non è agevole ritrovare, rispetto al passato, l'"anima" del procedimento specie se si valorizza la circostanza che un soggetto diverso dal titolare dell'impresa può presentare una proposta di ri-organizzazione dell'impresa anche *contro* l'interesse del debitore.<sup>5</sup>

L'art. 240 CCII spezza il monopolio del debitore per la proposizione del concordato nella liquidazione giudiziale e tronca, anche, il cordone ombelicale fra l'imprenditore-debitore e l'impresa<sup>6</sup>. Emerge, così, in misura prepotente il valore dell'impresa che si sovrappone agli interessi dell'imprenditore. Si apprezza la distanza fra imprenditore e impresa, tale da spiegare, oggi, il concordato nella liquidazione giudiziale presentato dal terzo che sino a pochi anni fa sarebbe apparso un istituto eretico rispetto al nostro quadro delle procedure concorsuali.

L'innesto di iniziative esterne al debitore segna, definitivamente, la transizione dalla visione proprietaria ad una visione del fenomeno della crisi dell'impresa in cui si vuole assumere la centralità dell'impresa come risorsa sulla quale il mercato è chiamato, per l'ultimo tentativo, a provare ad investire con una proposta regolativa nella quale il valore

<sup>1</sup> D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2024, p.335; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p.317; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p. 2573.

<sup>2</sup> Faucegna, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, p.231.

<sup>3</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2024, p.280.

<sup>4</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.319.

<sup>5</sup> Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, V, Milano, 2017, p. 12.

<sup>6</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p.280; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2581; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 608; Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, Torino, 2016, p.2445.

imprenditoriale sia posto in risalto<sup>7</sup>; e se anche non è il *valore dell'impresa* ciò che stimola la proposta del terzo, resta il fatto che un terzo si può appropriare dei *valori dell'impresa*.<sup>8</sup>

Il solo fatto che un terzo possa incunearsi nel rapporto imprenditore-impresa e presentare una proposta di concordato nella liquidazione giudiziale e lo possa fare nell'ambito di una "finestra temporale" preclusa al debitore, dimostra che dopo la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale il debitore non è più in grado - almeno per un anno - di incidere sullo sviluppo della procedura. L'importanza di questa previsione travalica il diritto concorsuale in quanto tale perché il terzo può assumere, coattivamente, il controllo sul patrimonio dell'impresa; il concordato nella liquidazione giudiziale si può trasformare in un nuovo strumento di circolazione della ricchezza<sup>9</sup>.

In più occasioni si è avuto modo di parlare del ruolo del giudice; orbene, l'affievolimento del ruolo dell'autorità giudiziaria è giustificabile proprio in quanto per la conduzione di un'attività economica, è più coerente invocare le regole che governano quella attività (e saranno, ragionevolmente, le regole del mercato) in luogo di regole rigide, talora non emendabili; in particolare la scelta del legislatore di comprimere le attribuzioni dell'autorità giudiziaria è direttamente imputabile anche alla coeva opzione di rendere sempre più diffusa nella liquidazione giudiziale e nei concordati l'idea di mantenere il valore residuo dell'impresa, ciò che impone valutazioni di "merito economico" che possono essere meglio considerate se rimesse a soggetti con specifiche competenze economiche. Se la scelta sistemica è stata quella di portare il "mercato" dentro la liquidazione giudiziale<sup>10</sup>, era ineludibile che vi fosse uno spazio adeguato riconosciuto all'autonomia privata, questa intesa come espressione di regole di gestione svincolate da modelli rigidi.

Si può iscrivere, dunque, il concordato nella liquidazione giudiziale, a buon titolo, nel palinsesto degli accordi rivolti a gestire la crisi dell'impresa. La flessibilità del contenuto della proposta di concordato<sup>11</sup>, unitamente alla molteplicità delle operazioni di (ri-)aggregazione del patrimonio dell'impresa in liquidazione giudiziale (v., artt. 214 ss. CCII), consentono di affermare, oggi, che l'attività d'impresa, intesa questa come attività di organizzazione, può proseguire anche a liquidazione giudiziale pendente (e non necessariamente ad esercizio provvisorio disposto) ma con il limite finalistico della regolazione dei crediti.

Il tessuto connettivo del concordato non è mutato in modo decisivo rispetto alla legge fallimentare<sup>12</sup> anche se una serie di disposizioni che ne regolano il regime disciplinare sono di non poco momento e sono allocate, essenzialmente negli artt. 241 ss. CCII.

## 2. Il concordato e l'effetto di cessazione della liquidazione giudiziale

<sup>7</sup> Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p. 2440; Pacchi, D'Orazio, *Il concordato fallimentare*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso, Panzani, Torino, 2016, p. 2349.

<sup>8</sup> Pacchi, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia, Panzani, Torino, 2009, p. 1374.

<sup>9</sup> Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.232, osserva che questo impegno additivo vuole evitare manovre speculative del debitore; Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, p.302. In senso critico, però, Pacchi, *sub art. 241*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco-Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1304, rileva che non c'è più un incentivo del debitore a chiedere la liquidazione giudiziale visto l'apporto di risorse aggiuntive che deve garantire e che non vi sono strumenti informativi adeguati per sollecitare i terzi. Tuttavia, il sistema vuole incentivare il debitore, soprattutto, ad avviare percorsi di ristrutturazione preventivi e quindi è in quel contesto che il debitore deve attivarsi. In senso critico, per un eccesso di sanzione v., Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.322.

<sup>10</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2586; Pacchi, D'Orazio, *Il concordato fallimentare*, cit., p.2368.

<sup>11</sup> Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p.619; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2592.

<sup>12</sup> In senso critico rispetto a questa scelta v., P. Farina, *sub art. 240*, in *Il codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p.1250.

Nella configurazione originaria della legge fallimentare, i connotati caratterizzanti il concordato erano rappresentati (a) dalla sua utilizzazione come modalità di cessazione della procedura giudiziale, (b) dal beneficio della liberazione dei debiti per il debitore, (c) dalla semplificazione del procedimento liquidatorio.

Ancora adesso, a ben vedere (art. 235 CCII), il concordato nella liquidazione giudiziale si atteggia come un modo per chiudere l'esperienza della liquidazione giudiziale<sup>13</sup>; tuttavia, mira ad essere uno strumento per offrire ai creditori qualcosa di più e di meglio di quello che la liquidazione giudiziale potrebbe loro procurare e per non distruggere quei valori residui dell'impresa che la sentenza dichiarativa può avere marginalizzato<sup>14</sup>.

La chiusura della liquidazione giudiziale va valutata come cessazione del vincolo, derivante dallo spossessamento, sulla possibile destinazione produttiva dei cespiti appresi all'attivo<sup>15</sup>; il concordato nella liquidazione giudiziale genera la sostituzione di una procedura ad un'altra. Questa nuova veste del concordato la si apprezza quando la proposta proviene da un terzo e quando viene anticipata rispetto alla formazione dello stato passivo; in questa ipotesi, sembra recidersi il legame fra esecuzione concorsuale e concordato, visto che questo sostituisce la liquidazione giudiziale sin dall'inizio del procedimento.

Il nuovo concordato nella liquidazione giudiziale non sembra rispondere al bisogno di trasferire i beni dal debitore ad un terzo in modo conservativo rispetto alla atomistica liquidazione concorsuale, visto che le regole sulla liquidazione dell'attivo sono formate in modo tale da assicurare ampie possibilità di cessioni aggregate di beni. In tale contesto non è la qualità dell'attivo trasferibile che può costituire l'ossatura del concordato nella liquidazione giudiziale; le opportunità liquidatorie che il codice della crisi offre consentono oggi una varietà di soluzioni che il concordato nella liquidazione giudiziale può, solo, replicare. Il confronto sinottico fra quanto disposto negli artt. 214 e 215 CCII e quanto stabilito nell'art. 240, comma 2, lett. c), evidenzia che le operazioni di ingegneria imprenditoriale si possono realizzare anche nell'ambito della liquidazione concorsuale.

Anche a proposito dei benefici per il debitore ci si accorge che l'esdebitazione è un risultato che il debitore può conseguire, probabilmente con minor dispendio di risorse, senza passare dal concordato, viste le nuove disposizioni di cui agli artt. 278 ss. CCII<sup>16</sup>; anzi, quanto più diverrà consueta la proposizione di concordati ad iniziativa del terzo, poiché il terzo è ammesso a limitare il proprio impegno ai soli crediti ammessi, il beneficio dell'esdebitazione per il debitore si rivelerà solo eventuale<sup>17</sup>.

Vi sono svariate ragioni per valutare come i profili che meglio dovrebbero caratterizzare il nuovo concordato sono rappresentati dalla riallocazione dei valori, dalla ri-organizzazione

<sup>13</sup> Sulla qualificazione del concordato fallimentare come ipotesi di chiusura del fallimento, fra le tante, Cass. civ., 28/02/2007, n. 4766, in *Fall.*, 2007, p. 775; Cass. civ., 27/08/1998, n. 8521, *id.*, 1999, p. 86; Cass. civ., 27/10/1995, n. 11189, *id.*, 1996, p. 263; Cass. civ., 16/02/1982, n. 953, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1952. In dottrina, *ex multis*, Terranova, *L'assuntore di concordato fallimentare*, Milano, 1976, p. 101; Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, p. 779; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1383; Norelli, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. es. forz.*, 2006, p. 278. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 358, distingueva la chiusura che fa seguito ad un atto formale, di carattere dichiarativo, dalla cessazione che segue ad un atto negoziale di carattere costitutivo. Anche per Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, p. 579, il concordato costituiva una forma anomala di chiusura del processo di fallimento.

<sup>14</sup> Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, p.1371.

<sup>15</sup> Per analoghe valutazioni, v. Stanghellini, *sub art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006-2007, p. 1949.

<sup>16</sup> Si noti che mentre secondo la lettura prevalente, nei concordati ciascun creditore deve ricevere qualcosa e dunque l'esdebitazione viene conquistata solo in presenza di un pagamento a tutti, l'esdebitazione fallimentare è concessa anche in assenza di un pagamento a favore di tutti i creditori concorsuali, v., Cass. civ., 18/11/2011, n. 24215, in *Fall.*, 2012, p. 283.

<sup>17</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.322; Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p.621.

dell'impresa, dalla traslazione dei cespiti anche con modalità tecniche virtuali<sup>18</sup>; tutto ciò nella cornice della forza dell'accordo che si consuma fra proponente, creditori ed eventuale debitore, pur se il concordato nella liquidazione giudiziale potrebbe essere, ancora, orchestrato secondo tipologie tradizionali di mera soddisfazione dei creditori in denaro. Al fondo, con il concordato ci troviamo dinanzi ad un soggetto (in prevalenza un terzo) che vuole dirigere le operazioni di liquidazione, stabilendo di volta in volta quelle attività che meritano di essere proseguite (o sviluppate) e quelle che invece devono avere un destino puramente liquidatorio. La circolazione della ricchezza immobilizzata (tanto o poco che sia) diviene una modalità di gestione del mercato secondario dei crediti.

I beneficiari del concordato restano i creditori<sup>19</sup>, tanto è vero che sono loro che ne condizionano le sorti, sia quando al comitato dei creditori è affidato il parere preliminare (art. 241 CCII), sia quando i singoli creditori sono chiamati a votare. Ciò nondimeno, la soddisfazione dei creditori, che in passato era condizionata al versamento di una percentuale per gli appartenenti al rango chirografario, ora può realizzarsi con modalità assai diverse fra loro, e anche diverse dall'erogazione di somme di denaro; il solo fatto che i creditori possano essere destinatari di beni, di quote di partecipazione, di diritti di credito, di diritti di opzione, di strumenti finanziari e altro, fa presumere che tutte queste modalità di estinzione dei crediti concorsuali siano soltanto il veicolo per conseguire il risultato del superamento dell'insolvenza con le tecniche della negoziabilità e con la ragionevole aspettativa della conservazione del residuo valore imprenditoriale. I creditori conservano un ruolo decisivo sulla scena dell'insolvenza perché la possono condizionare, ma non ne sono più i protagonisti assoluti (o, meglio, esclusivi); può entrare in scena il "terzo", cioè colui che appare in grado di proporre ai creditori un nuovo contratto. La contrattualizzazione della gestione dell'insolvenza è, al fondo, un valore essenziale del nuovo concordato e si manifesta con modalità sicuramente anomale rispetto al passato, per cui è nel contratto che i creditori recuperano una posizione centrale, soprattutto quando, accettando il piano di riorganizzazione presentato dal proponente, offrono la loro disponibilità a concedere ulteriore credito all'impresa che dal processo di ristrutturazione dovrebbe sorgere.

### 3. La proposta

L'ampio ventaglio di possibili contenuti della proposta è riconosciuto sia nel caso di iniziativa del terzo, sia nel caso di iniziativa del debitore, ma con una significativa eccezione espressa (il patto di cessione delle azioni di massa) e con un'altra ricavabile dal sistema (le operazioni sul capitale della società in liquidazione giudiziale). Il legislatore ha scelto di lasciare ampia libertà d'azione al proponente nella redazione della proposta visto che al comma 2 lett. c) dell'art. 240 CCII, si prevede che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti possano avvenire sotto qualsiasi forma, sì che il catalogo delle operazioni che si ritrova di seguito altro non è che una semplice esemplificazione utile, soltanto, come guida per possibili soluzioni, ma non astretto in quelle sole tipologie di operazioni. La ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti può attuarsi anche facendo ricorso ad operazioni non esplicitamente ricomprese nella norma, ma coerenti egualmente con quegli obiettivi.

Il legislatore ha ripetutamente utilizzato l'espressione «può» (in luogo di «deve») a testimonianza del fatto che la scelta è stata quella di assecondare i rispettivi bisogni, quelli del proponente di trovare la soluzione migliore per uscire dall'*empasse* della liquidazione giudiziale e quelli dei creditori di ridurre i danni derivanti dal dissesto. In tale cornice, il

<sup>18</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.319.

<sup>19</sup> Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p. 616; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2575.

soddisfaccimento dei creditori potrebbe non essere previsto affatto o, più esattamente, il soddisfaccimento dei creditori potrebbe essere inteso in un senso profondamente diverso da quello tradizionale; si tratterebbe di conseguire quello che è stato definito «un vantaggio particolare». Non conta, davvero, quanto i creditori ricevono (a mezzo pagamento in denaro o *datio in solutum*) ma quanto i creditori, paradossalmente, sono ancora disposti a concedere. L'assoluta flessibilità dell'accordo – ed in questo contesto non pare si possa ipotizzare un contenuto minimo della proposta – consente di prevedere una proposta che pur non comprensiva di alcuna remunerazione per i creditori, sia appetibile perché si traduce in una, altrimenti impossibile, continuità aziendale; continuità aziendale che, se affidata ad un altro *management* o ad un'altra proprietà, può generare nuovi rapporti commerciali, magari a condizione di favore per i vecchi creditori. Oppure, se la prosecuzione dell'impresa è ormai irrealizzabile, i creditori possono essere interessati a conseguire altri benefici, ad esempio sul versante fiscale<sup>20</sup>.

Quando l'art. 240 CCII stabilisce che la proposta può avere ad oggetto la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, vuole garantire una marcata flessibilità. Così è legittimo pensare che almeno ad alcuni creditori possa non essere offerta alcuna soddisfazione della ragione di credito e che per costoro il processo sia una mera ristrutturazione del debito da attuare con una remissione totale, purché da ciò ne ricavano una utilità.

L'ampia elasticità della proposta sul piano negoziale non può trascinare nella derogabilità alle norme imperative; proprio la vocazione negoziale impone il rispetto delle norme sui contratti e, dunque, il distacco da ogni approccio in frode alla legge.

La flessibilità che connota la proposta di concordato non è assoluta in quanto il proponente si trova, in ogni caso, soggetto a tre vincoli<sup>21</sup>: *i*) i creditori privilegiati possono essere soddisfatti in misura parziale esclusivamente quando si dimostri che il valore del bene sul quale il privilegio insiste è inferiore all'importo del credito<sup>22</sup>; *ii*) il trattamento *fra* creditori non può contraddire l'ordine delle prelazioni, sì che nella proposta il debitore subisce i *vincoli* che si possono definire “*da graduazione*”<sup>23</sup> operando qui il principio della *absolute priority rule*<sup>24</sup>; *iii*) la soddisfazione dei crediti deve avvenire comunque nel rispetto della regola della *par condicio creditorum*, regola cui si può legittimamente derogare soltanto mediante la formazione di classi di creditori<sup>25</sup>. Diversamente da quanto è stabilito per il concordato preventivo, la formazione delle classi è lasciata in larga misura alla discrezionalità del proponente sulla base dei criteri di cui all'art. 2 lett. r) CCII<sup>26</sup>, con due eccezioni: la formazione diviene obbligatoria quando vi sono creditori-obbligazionisti e quando il proponente è a sua volta un creditore.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> In senso contrario, Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2592, ritiene che la proposta debba prevedere un soddisfaccimento non irrisorio per i creditori, ma una tale postulazione trascura che la proposta interviene a liquidazione giudiziale già avviata, sì che sono i creditori e solo loro che debbono stabilire se preferire la liquidazione operata dal curatore o un concordato.

<sup>21</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.339; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.320; Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2508.

<sup>22</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2610.

<sup>23</sup> Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, 1, Padova, 2008, p. 46; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 341; Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.138.

<sup>24</sup> Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2487.

<sup>25</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.323. Sul tema delle classi e del rapporto col principio di parità di trattamento di cui all'art. 2741 c.c., v., Fabiani, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv.dir.civ.*, 2009, II, p.711; Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, p. 44.

<sup>26</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p.284.

<sup>27</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.324; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2605; P. Farina, *sub art. 240*, cit., p.1257.

Il *favor* verso la soluzione negoziata spicca per quanto regolato nel comma 4 dell'art. 240 CCII, là dove si stabilisce che la soddisfazione dei crediti privilegiati può avvenire anche non integralmente<sup>28</sup>.

Per quanto attiene alla proposta presentata dal debitore, il quale si assume direttamente l'obbligo del soddisfacimento dei creditori, accade sovente che la proposta sia affiancata dai cc.dd. patti para-concordatari (per vero non esclusi anche nelle proposte del terzo), da ritenere ammissibili purché non comportino sottrazioni di attivo e non integrino il reato di mercato di voto<sup>29</sup>. La previsione, nella proposta, della liberazione immediata del debitore deve essere espressamente prevista e può operare esclusivamente nel caso di concordato con assunzione. Là dove la proposta non preveda l'immediata liberazione del debitore, l'assuntore assume la semplice figura di garante coobbligato.

Una tipologia assai comune, espressamente richiamata dal successivo art. 241 CCII, è quella del concordato con garanzia<sup>30</sup>, ove il fideiussore garantisce l'obbligo del debitore (ovvero anche di un terzo) di pagare le spese di giustizia, il passivo privilegiato e la percentuale offerta ai creditori chirografari. Sono ammesse tutte le tipologie di garanzie, sia quelle tipiche (ipoteca, pegno e fideiussioni) che atipiche. Le garanzie individuate nel ricorso devono essere offerte da terzi e non dal debitore; le varie forme di garanzia possono coesistere tra loro e devono comunque tradursi in un vantaggio della massa e non dei singoli creditori. Le garanzie non devono essere necessariamente costituite al momento della proposta, ma possono essere semplicemente offerte, rinviando la costituzione ad un momento diverso, coincidente o successivo all'omologazione, pur se i creditori debbono valutare se correre il rischio che a omologazione intervenuta la garanzia non venga rilasciata.

Un'altra ipotesi tipica è quella del concordato c.d. misto nel quale alla cessione dei beni facenti parte del patrimonio del debitore, si accompagna l'impegno di un terzo soggetto al pagamento di una somma di denaro.

Nel concordato con assunzione proposto dal debitore, l'assuntore si obbliga ad assolvere quanto serve per adempiere al concordato, ricevendo (di solito) in corrispettivo la cessione dei beni della liquidazione giudiziale; il trasferimento dei beni e dei diritti ha titolo nel decreto di omologazione, ma può essere condizionato all'atto del passaggio in giudicato della decisione di omologazione o, se previsto nella proposta stessa, all'adempimento degli obblighi del concordato<sup>31</sup>. In quest'ultimo caso l'assuntore non ha la disponibilità dei beni e, quindi, l'adempimento delle obbligazioni concordatarie dovrà essere effettuato con fondi diversi da quelli derivanti dall'attivo concorsuale.

L'assuntore è equiparato al cessionario dei beni che succede alla massa (al quale, quindi, non sono opponibili tutte le eccezioni che sono, appunto, inopponibili alla massa stessa). Quanto alla posizione processuale, si è di recente precisato che all'assuntore del concordato nella liquidazione giudiziale può essere attribuita la qualifica di successore a titolo particolare

<sup>28</sup> Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 53. In passato si riteneva certo che nessuna falcidia potesse riguardare i crediti prededucibili, ma a tale precisazione si era opposto che talune categorie di crediti prededucibili potevano essere soddisfatte solo in parte (Fabiani, *L'emancipazione della prededuzione dalle categorie processuali e i riflessi sui concordati di liquidazione*, in *Riv.dir.comm.*, 2020, I, p.443 ss.) ed ora anche Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2595, lo riconosce.

<sup>29</sup> Frascaroli Santi, *I contratti paraconcordatari*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p.75; Bassi, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, vol. III, Padova, 2011, p.575; Cass.civ., 26/05/2009, n. 12140, in *Foro it.*, 2009, I, c.3013; Cass., 15/03/1988, n. 2450, in *Fall.*, 1988, p.574; Cass. 25/10/1972, n. 3231, in *Foro it.*, 1973, I, c.2572.

<sup>30</sup> P. Farina, *sub art. 240*, cit., p.1260.

<sup>31</sup> Vi sono diversi studi monografici sull'assuntore del concordato: Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976; Terranova, *L'assuntore di concordato fallimentare*, Milano, 1976; Di Sabato, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli, 1960

del curatore<sup>32</sup> o del debitore nella sola ipotesi in cui vi sia stato il suo subingresso nelle singole posizioni debitorie con la contestuale liberazione del debitore originario<sup>33</sup>; in mancanza di detta coeva liberazione, l'assuntore non succede al debitore originario nella titolarità passiva del rapporto obbligatorio, ma gli si affianca quale garante e coobbligato.

Un tema che è stato spesso evocato è quello che pertiene al c.d. abuso o se si vuole alla figura del concordato espropriativo.<sup>34</sup> Ciò può accadere quando l'attivo della procedura eccede il debito complessivo e di questa eccedenza si appropria il terzo proponente; i giudici di legittimità<sup>35</sup> hanno spesso censurato questa situazione ma occorre essere prudenti ed avvedersi del fatto che tutto ciò muove dalla assunzione di un debito da parte di un terzo che si assume una responsabilità che può essere anche ben superiore all'attivo che si riuscirà a realizzare<sup>36</sup>.

### 3.1. Il contenuto

Dall'esame comparativo fra l'art. 240 CCII e l'art. 87 CCII si ricava che il contenuto della proposta di concordato nel caso di concordato nella liquidazione giudiziale e preventivo può essere omogeneo.

Qui vanno prese in considerazione le specificità del contenuto della proposta di concordato nella liquidazione giudiziale: si tratta di aspetti che coinvolgono il *modus procedendi* quando il proponente vuole prevedere il trattamento non integrale dei creditori privilegiati<sup>37</sup>. In tal caso, infatti, se il proponente vuole soddisfare i creditori privilegiati solo parzialmente deve dimostrare che i beni cui si riferiscono le cause di prelazione hanno un valore di presumibile realizzo non superiore a quanto offerto e per far ciò deve munirsi di una relazione giurata da parte di un professionista - di nomina giudiziale in quanto la domanda di concordato si innesta in una procedura di liquidazione giudiziale già in atto -, talché è onere del proponente formulare una richiesta al tribunale per la nomina dell'esperto prima ancora di avere depositato la domanda di concordato nella liquidazione giudiziale<sup>38</sup>. Il valore di effettivo realizzo deve essere stimato avendo riguardo alla detrazione dei costi

<sup>32</sup> P. Farina, *sub art. 240*, cit., p.1259; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p.621; Cass. civ., 31/08/2015 n. 17339; Cass. civ., 05/12/2023, n.33908; Cass. civ., 03/03/2023, n. 6393; Di Lauro, *Concordato fallimentare*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore, Costa, vol. III, Torino, 1997, 675; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 456; D'Alessandro, *Il "nuovo concordato fallimentare"*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 357.

<sup>33</sup> Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p.620.

<sup>34</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 339.

<sup>35</sup> Cass. civ., 11/11/2020 n. 25318; Cass. civ., 22/03/2010, n. 6904; Cass.civ., 12/02/2010, n. 3327; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p.613; Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2455.

<sup>36</sup> Certamente non vanno esclusi possibili abusi del diritto che debbono essere sicuramente repressi, ma nel caso specifico e nella misura in cui vengano in concreto verificati; ciò che va recisamente negato è che il debitore possa opporsi al concordato del terzo sol perché in questo modo rischia di non essere destinatario del *surplus* da adempimento. In definitiva la tutela del debitore non va assunta come principio ma come fattispecie: il terzo che propone il concordato si assume un rischio che viene remunerato con il trasferimento delle attività ed il solo fatto che queste attività siano *stimate* ben oltre l'ammontare delle passività ancora non significa che saranno liquidate per un valore corrispondente considerando la volatilità dei valori. Sol quando si dovesse accertare che al debitore è stato impedito (strumentalmente) di cercare una soluzione concordata della crisi ovvero che la preferenza accordata dai creditori alla proposta del terzo è frutto di un abuso, allora sarà lecito cercare nel sistema i più acconci meccanismi di tutela; meccanismi, però, che debbono fare i conti col diritto positivo (dall'annullamento del voto, ad azioni risarcitorie nei confronti del terzo o dei creditori); v., Fabiani, *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2742; Sanzo, *La prima pronuncia di legittimità sul nuovo concordato fallimentare: brevi riflessioni sui poteri di controllo del tribunale e sul ruolo del fallito (con qualche divagazione circa i limiti di ammissibilità di un concordato «contro» il fallito)*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1820; Marinucci, *Proposte di concordato fallimentare integralmente soddisfattive dei creditori avanzate l'una da un terzo e l'altra dal fallito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 709.

Trib. Palermo, 20 novembre 2023, in *dirittodellacrisi.it*.

<sup>37</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p. 1307.

<sup>38</sup> Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.132.

connessi alla vendita del bene in sede concorsuale perché il termine di confronto è proprio il probabile valore di vendita nella liquidazione giudiziale.

### 3.1.1. Il contenuto delle reciproche obbligazioni

Va ora indagato quale sia il contenuto dell'accordo concluso fra proponente e creditori per verificare quali siano le obbligazioni che gravano sulle parti del contratto.

Il profilo della negoziabilità va esaminato da un'ulteriore prospettiva e cioè quella del contenuto dell'accordo, questo inteso non già come modalità di attuazione ma come identificazione delle rispettive obbligazioni. Non importa tanto stabilire, in questa sede, a quale archetipo contrattuale debba ricondursi lo schema del concordato (se rispecchi una novazione, una remissione di debito, una transazione, o una miscellanea di varie forme negoziali); va, infatti, condivisa la lettura di chi identifica il contenuto dell'accordo nella sostituzione della liquidazione concorsuale con una liquidazione volontaria e concordata. Ma se questa è la conclusione essenziale della speculazione teorica, non v'è dubbio che si pone l'ulteriore questione di meglio definire in quale modo si perviene a questa sostituzione.

L'indagine sul tipo di impegni che le parti assumono, valevole per qualunque tipo di proposta, assume specifico rilievo quando il proponente è un terzo. Si tratta di selezionare le obbligazioni riconducibili ai soggetti che partecipano all'accordo: proponente e collettività dei creditori, pur se non va escluso che la proposta possa limitarsi a stabilire un'obbligazione del solo proponente, purché vi sia un interesse.

Infatti, se il proponente si impegna a soddisfare i creditori e nulla chiede come corrispettivo, quella che si attua è una forma di espromissione (che può essere, oppure no, liberatoria per il debitore originario); ma questa espromissione non è isolata perché si collega alla pattuizione della liberazione dai debiti del debitore, atto dispositivo che proviene dal creditore; pertanto, l'oggetto dell'accordo sarà verosimilmente questo e cioè la liberazione dei beni dal vincolo concorsuale cui si contrappone la prestazione consistente nell'impegno al pagamento.

Il contenuto non negoziabile della proposta di concordato (pur nella estrema flessibilità) è dato da un progetto che non può omettere l'offerta della soddisfazione dei crediti, pur se le modalità di soddisfazione possono essere le più varie e, come già anticipato, possono anche non riflettersi necessariamente in un pagamento. Non è necessario stabilire il trasferimento dei beni all'assuntore o al terzo perché di una siffatta pattuizione non vi è bisogno per configurare un contratto. Il terzo è verosimilmente interessato ad acquisire le attività, ma la cessione non è una condizione essenziale della proposta; basta pensare al fatto che il terzo può avere raggiunto un accordo con i soci della società in liquidazione giudiziale per acquistare le azioni (o le quote) o per partecipare ad un aumento di capitale e può dunque avere interesse a proseguire l'attività dell'impresa in liquidazione giudiziale, senza che occorra procedere ad un trasferimento. Va quindi preferita la tesi della mera accessorialità della cessione, posto che la proposta *può* prevedere la cessione, ma non è obbligatorio che la debba prevedere.

L'obbligazione principale assunta dal proponente è quella del soddisfacimento dei debiti del debitore, cui si fronteggia quella dell'abdicazione al vincolo generato dallo spossessamento, ponendosi tutte le altre come obbligazioni ancillari.

Per quanto attiene all'obbligazione che si assumono i creditori, va ricordato che sono loro i naturali destinatari del ricavato della liquidazione giudiziale e tuttavia non ne hanno la disponibilità. Potrebbero offrire la loro disponibilità ad essere soddisfatti con le regole del concordato proposto, ma questo impegno nulla aggiunge alla semplice prestazione del consenso.

A questo punto va verificata la natura del negozio che viene stipulato, negozio che non può non esistere anche per coloro che prediligono la lettura pubblicistica del concordato. Infatti, ciò che distingue le opposte tesi non è l'esistenza di un contratto ma la sua *forza* e cioè la capacità del contratto di produrre effetti, ciò che deriverebbe invece, secondo la teoria pubblicistica dal provvedimento di omologazione. Ora, procedendo con ordine e cercando di identificare a quale schema contrattuale la proposta di concordato si richiama, vanno rammentate le tesi che in passato i sostenitori della teoria contrattualistica avevano patrocinato; quelle tesi debbono, ovviamente, essere rilette alla luce della proposta del terzo.

Il terzo proponente si impegna a soddisfare i creditori con l'attribuzione di valori; questi valori sono merce di scambio perché la promessa del soddisfacimento dei crediti è il contenuto principale dell'obbligazione che il terzo si assume.

L'obbligazione che si assumono i creditori consiste nella espressione del consenso alla liberazione dal vincolo di destinazione del patrimonio a loro favore perché, con la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, tutto il patrimonio del debitore è segregato per essere assegnato (tramite la liquidazione) ai creditori. Il trasferimento dei beni è una componente solo accessoria ed eventuale dell'accordo; non è il corrispettivo dell'impegno al soddisfacimento dei crediti ma una porzione che incide sulla misura dell'impegno. Il corrispettivo dell'impegno è solo la rinuncia al vincolo di indisponibilità di cui si giovano i creditori; questa rinuncia ha un valore tanto maggiore quanto più consistente è il patrimonio oggetto di spossessamento.

I creditori non hanno la disponibilità della liquidazione giudiziale ma hanno pur sempre la disponibilità delle loro ragioni di credito e il modo in cui ne dispongono non è neutrale rispetto alle sorti della liquidazione giudiziale. I creditori non possono col loro contegno incidere sulla conferma o sulla revoca della sentenza che ha aperto la liquidazione giudiziale, ma possono incidere sulla permanenza della procedura di liquidazione giudiziale, visto che, se rinunciano alle domande di ammissione al passivo, la liquidazione giudiziale deve chiudersi ai sensi dell'art. 233, lett. b) CCII. In tale contesto, come i creditori, rinunciando alle domande di ammissione al passivo, possono determinare la chiusura della liquidazione giudiziale e dunque far decadere il vincolo di indisponibilità sul patrimonio del debitore, così pure, prestando adesione alla proposta di concordato possono generare le condizioni perché quello stesso vincolo venga meno. L'obbligazione che la collettività dei creditori assume consiste proprio nell'abdicazione del potere di pretendere la liquidazione concorsuale.<sup>39</sup>

La volontà dei creditori, che accettando la proposta si rendono disponibili a rinunciare al vincolo di indisponibilità a loro favore, spiega per quale ragione il concordato nella liquidazione giudiziale è un evento che porta alla chiusura della liquidazione giudiziale. I creditori non hanno più interesse al prosieguo del processo di liquidazione giudiziale perché hanno negoziato la loro rinuncia al vincolo del pignoramento generale; la liquidazione giudiziale cessa per questo sopravvenuto difetto di interesse, in modo simile a quanto accade ai sensi dell'art. 233 lett. b) CCII.

Concentrando l'attenzione su queste rispettive obbligazioni è agevole spiegare perché la natura del contratto non può essere quella della vendita; non c'è vendita perché non c'è, necessariamente, il trasferimento della proprietà dei beni; ma non c'è vendita, anche perché i creditori che esprimono il consenso non hanno la proprietà dei beni e dunque non possono pattuire ciò che non hanno.

<sup>39</sup> de Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, p. 281, pone premesse analoghe quando afferma che l'efficacia della proposta non può dipendere che dall'assenso dei soggetti a favore dei quali la limitazione della legittimazione a disporre è stabilita. In termini simili, Terranova, *L'assuntore di concordato fallimentare*, cit., p. 31, sosteneva che è la massa che dispone dei beni, trasferendoli all'assuntore.

Se nella proposta manca la previsione della cessione dei beni al terzo, il contratto si forma sullo scambio delle seguenti obbligazioni: (a) il terzo offre il soddisfacimento dei crediti; (b) i creditori lo accettano e come corrispettivo liberano i beni del debitore dal vincolo di indisponibilità. L'effetto che si produce è la ri-attribuzione del compendio al debitore, ma si tratta di un effetto voluto che può trovare spiegazione o (i) nello spirito di liberalità dell'iniziativa del terzo o (ii) nella preesistenza di accordi collaterali fra il debitore ed il terzo.

Qualora, invece, nella proposta sia inclusa la cessione dei beni, non vi è omogeneità con lo schema della *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 c.c. secondo la quale il debitore incarica i suoi creditori di liquidare i beni per poi ripartire fra di loro il ricavato; infatti, l'accordo è concluso da un terzo *necessariamente* con la comunità dei creditori e non con un gruppo di creditori o uno soltanto. Le differenze con la *cessio bonorum* investono la circostanza per cui l'impegno del terzo proponente, pur calibrato sul valore dei beni (quando ne è pattuito il loro trasferimento) non è da questo condizionato, sì che i creditori hanno diritto di ricevere quanto promesso, a prescindere dalle risorse che il terzo è in grado di acquisire col trapasso delle attività concorsuali.

Se i creditori rinunciassero alla liquidazione concorsuale, puramente e semplicemente, una volta cessata la procedura (col concordato o con la chiusura), i beni tornerebbero al debitore (già sottoposto alla liquidazione giudiziale). Poiché i creditori, sino a che la liquidazione giudiziale è aperta, sono gli arbitri della sorte del patrimonio spossessato, possono anche decidere che il vincolo di indisponibilità si trasferisca in capo al terzo-proponente, ovvero surrogano il terzo nei loro diritti sul patrimonio.

Al terzo viene trasferito lo stesso diritto di cui erano titolari i creditori, cioè il diritto alla liquidazione dei beni eventualmente incrementata dalle azioni di massa. Sostenere che viene trasferito il diritto alla liquidazione, non spiega, ancora, il fenomeno della cessione, fenomeno che non va ignorato in quanto l'art. 240 CCII fa espresso riferimento alla cessione dei beni. Se i creditori trasferissero al terzo (solo) il loro diritto alla liquidazione del patrimonio, il terzo si troverebbe nella condizione di dover intraprendere una o più azioni esecutive per trasformare il compendio attivo in denaro. Che non sia questa la sola obbligazione che grava sui creditori pare sicuro dal tenore dell'art. 240 che, come appena ricordato, menziona la cessione dei beni, e cioè un effetto traslativo.

Poiché la formulazione dell'art. 240 CCII fa espresso riferimento alla «cessione dei beni», il fenomeno deve essere rigorosamente ricondotto allo schema dei negozi traslativi, pur se questo schema non esaurisce tutti i profili del negozio.

È chiaro, allora, che per giustificare l'ulteriore passaggio - e cioè dalla mera abdicazione al vincolo di indisponibilità al trasferimento dei beni - viene agevole evocare la vendita forzata.

Quando si rammenta che il concordato produce effetti nei confronti dei creditori estranei in quanto dalla proposta sono avvantaggiati e non pregiudicati (art. 248 CCII), si trascura che non vi è da parte loro alcuna rinuncia perché, non essendo creditori concorrenti (ma solo creditori concorsuali), non hanno alcun diritto sul patrimonio del debitore se non il diritto correlato alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. Il concordato giova loro in quanto se la liquidazione giudiziale venisse chiusa prima del momento del deposito della domanda di credito, non avrebbero altro che la tutela formale alla responsabilità patrimoniale generica (non quella sostanziale perché, avvenuta la liquidazione tutto il ricavato sarebbe già stato ripartito ai creditori concorrenti). Il concordato, invece, e sempre che non siano previste clausole di esonero a favore del terzo proponente, consente ai creditori estranei di poter essere soddisfatti su un patrimonio additivo in ogni momento. L'obbligatorietà del concordato è, sicuramente, un beneficio per l'estraneo perché, se

obbligatorietà non vi fosse l'estraneo sarebbe irrimediabilmente pregiudicato salvo un improbabile recupero di solvibilità da parte del debitore.

Da questa prospettiva, il concordato presentato dal terzo è una mutazione genetica del concordato nella liquidazione giudiziale proposto dal debitore. Diversi sono gli obiettivi, diversi sono gli strumenti, diverse sono le garanzie per i creditori, diverse sono le regole del procedimento, diversi sono i mezzi per far fronte alla proposta; diverse sono le conseguenze in caso di inadempimento contrattuale.

Mentre tutto ciò che nell'esecuzione individuale è frutto di una decisiva partecipazione dell'ufficio giudiziario, nell'esecuzione concorsuale concordataria l'ufficio giudiziario resta in una posizione defilata e gli effetti che si producono fra terzo e creditori sono effetti derivanti dalla autonomia privata, rispetto alla quale il decreto di omologazione funge da *condicio iuris*.

#### 4. La legittimazione

Quanto al profilo della c.d. legittimazione attiva, coloro che possono presentare la proposta di concordato nella liquidazione giudiziale sono i creditori, un terzo e il debitore (nonché i soggetti ad esso riferibili)<sup>40</sup>. La proposta dei creditori e del terzo assume un rilievo preminente<sup>41</sup>; il legislatore vuole favorire il terzo e pone il debitore in una situazione di oggettivo svantaggio; lo svantaggio temporale e quello sul contenuto della proposta, sono un modo per pareggiare i vantaggi informativi di cui il debitore dispone. Infatti, un soggetto che sia davvero un terzo estraneo, si trova in condizioni di asimmetria informativa rispetto al debitore e proprio questa asimmetria è una delle cause dell'inibizione temporale in favore di terzi e dei creditori<sup>42</sup>.

La scelta di attribuire la legittimazione ai creditori (uno o più) e al terzo si spiega perché le due forme di legittimazione non sono pienamente fungibili<sup>43</sup>; la presenza di creditori fra i proponenti impone talune cautele sul piano del conflitto di interessi<sup>44</sup> sì che è importante tenere separate le due forme di legittimazione, anche se per comodità espositiva si può discutere, solo, di proposta del terzo. La proposta presentata dal terzo non richiede il preventivo assenso del debitore<sup>45</sup>. Il giudice di legittimità<sup>46</sup> ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della nuova figura del concordato fallimentare proposto dal terzo<sup>47</sup>, sul presupposto che l'art. 124 l. fall. (ora art. 240 CCII) è legittimo, sia dal punto di vista formale del rispetto della delega legislativa in quanto allineato al principio della legge delega di incentivazione alle regole volte ad accelerare le procedure, sia dal punto di vista

<sup>40</sup> Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2450.

<sup>41</sup> Pacchi, *sub art. 240*, cit., p.1303; Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 26; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 272; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, vol. IV, Torino, 2011, p.10; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 681.

<sup>42</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.337; Stanghellini, *sub art. 124*, cit., p. 1951; Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2459.

<sup>43</sup> Per Stanghellini, *sub art. 124*, cit., p. 1954, la precisazione assume, proprio, il valore di disposizione che ha l'intento di chiarire che l'essere creditore non impedisce di presentare la proposta di concordato.

<sup>44</sup> Sullo scenario di conflitto nel concordato v., Cass. civ., 08/02/2021 n. 2948; Cass. civ., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Foro it.* 2018, I, 4020.

<sup>45</sup> Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1408; Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 30.

<sup>46</sup> Cass., 29/07/2011, n. 16738, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2983.

<sup>47</sup> Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1374; Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 367; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1387.

sostanziale in quanto non si risolve in uno strumento di espropriazione senza indennizzo del debitore<sup>48</sup>, considerando che un procedimento espropriativo è già in atto<sup>49</sup>.

Il Codice della crisi ha previsto, per la prima volta, la possibilità di una gestione unitaria dell'insolvenza di un gruppo di imprese. Per armonizzare la procedura di liquidazione giudiziale di gruppo si è stabilito di consentire, anche, la presentazione di una proposta con unica domanda o con più domande tra loro coordinate o con domanda autonoma, purché sia stata prima aperta una liquidazione giudiziale di gruppo ai sensi dell'art. 287 CCII. Il proponente può optare per una "proposta" di gruppo ma in tal caso la domanda unica o le domande coordinate devono contenere l'illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, rispetto alla scelta di presentare una domanda autonoma<sup>50</sup>. Il proponente deve, quindi, essere in grado di dimostrare che la proposta cumulativa è preferibile per i creditori e ciò può accadere con la previsione di manovre intragruppo fermo restando, però, che non vi può essere confusione tra le masse attive e passive. In tal caso le operazioni di voto vanno svolte per ciascuna impresa debitrice e la procedura unitaria presuppone l'approvazione dei creditori in tutte le procedure. Gli eventi pregiudizievoli successivi alla omologazione che possono condurre all'annullamento o alla risoluzione del concordato travolgono l'intero concordato unitario solo quando la risoluzione o l'annullamento del concordato della singola impresa compromette l'attuazione del concordato anche per le altre.

Quando la proposta è presentata dal debitore, la deliberazione compete ai soci nelle società di persone e all'organo amministrativo nelle società di capitali e nelle cooperative (art. 265 CCII), salva diversa previsione statutaria.

## 5. La cessione delle azioni

Alcuni dei vantaggi competitivi che sono stati riconosciuti dal legislatore al terzo già sono stati tratteggiati. Il proponente-terzo può competere con il debitore nella presentazione della proposta di concordato, perché, a dispetto degli svantaggi informativi, può limitare la misura della propria responsabilità e può chiedere (*recte*, può inserire nella proposta) la cessione delle azioni di massa; può, così, contare su un insieme di risorse attive che restano inaccessibili al debitore. A ciò si aggiunge l'espressa previsione che impone al debitore-proponente di apportare risorse additive al patrimonio relitto, in misura almeno pari al dieci per cento<sup>51</sup>. Una misura che va calcolata sull'attivo e non sulla percentuale da distribuire<sup>52</sup>, con la conseguenza che la *recovery* potrebbe essere migliore solo per alcuni creditori, tendenzialmente quelli privilegiati.

Se è vero che anche il debitore, dopo la riforma, può continuare ad avvalersi dell'intervento di un terzo come assuntore, l'art. 240 CCII stabilisce che si può pattuire la cessione delle azioni soltanto quando il proponente sia un terzo o siano i creditori; non quando gli obblighi siano assunti da un terzo<sup>53</sup>. Questo significa che la clausola di cessione delle azioni di massa può essere inserita solo nelle proposte che provengono dai terzi e non

<sup>48</sup> Il dubbio di costituzionalità era stato avanzato in dottrina da Jachia, *Il concordato fallimentare*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti, Panzani, Milano, 2008,, p. 592, ma respinto da Ambrosini, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, p. 8; App. Reggio Calabria 5 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, p. 840.

<sup>49</sup> Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p.359; Pacchi, D'Orazio, *Il concordato fallimentare*, cit., p.2383.

<sup>50</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2630.

<sup>51</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p. 1303; in senso critico su questa previsione che penalizzerebbe in modo eccessivo il debitore v., Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2585; Terranova, *I concordati in una economia finanziaria*, in *Dir.fall.*, 2020, p. 25; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p.611.

<sup>52</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p. 1307; in senso opposto, Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p.284.

<sup>53</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p.321; Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.57.

in quelle che prevedono l'intervento di un terzo; al contrario, la cessione delle azioni di pertinenza della massa può avvenire anche a favore di un soggetto diverso dal proponente, purché proponente sia, appunto, un terzo.

L'esclusione che grava sul debitore si spiega perché con «azioni di massa» ci si vuole riferire ad azioni che non scaturiscono necessariamente dalla liquidazione giudiziale ma che nella liquidazione giudiziale trovano comunque “riparo” nel senso che sono azioni che se, pure, preesistevano alla liquidazione giudiziale, appartenevano ai creditori e mai al debitore, con la peculiarità che il risultato attivo delle azioni va a beneficio di tutti i creditori<sup>54</sup>. Il riferimento è all'azione revocatoria ordinaria<sup>55</sup> e a quella di responsabilità nei confronti degli organi sociali (artt. 2394 e 2476 c.c.) che il curatore può esercitare ai sensi dell'art. 255 CCII, anche facendo valere quegli stessi fatti che avrebbero potuto fondare la c.d. azione sociale. Orbene, l'azione sociale di responsabilità è considerata azione di massa in quanto cumulativamente esercitabile dal curatore unitamente all'azione spettante ai creditori sociali, come pure diviene azione di massa l'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore; per quel che concerne la porzione dell'azione sociale (art. 2393 c.c.), deve reputarsi appartenente al patrimonio del debitore e dunque liberamente trasferibile all'assuntore del debitore, senza che rilevi il limite di cui all'art. 240 CCII.

Una nozione di azione di massa non si trova nel diritto positivo; il sistema concorsuale conosce, invece, la categoria delle «azioni che derivano dalla liquidazione giudiziale», nozione invocata in funzione di stabilire la competenza (orizzontale e verticale) del tribunale concorsuale (cfr. art. 32 CCII). Le azioni di cui all'art. 32 CCII sono azioni di massa, ma non esauriscono la categoria.

Sono, dunque, cedibili le azioni revocatorie concorsuali. La particolare conformazione dell'azione, quale azione di inefficacia (relativa, sia in senso oggettivo che soggettivo), trascina con sé una molteplicità di questioni, a partire da quella vertente sulla cedibilità delle azioni revocatorie se non unitamente a tutto il resto dell'attivo<sup>56</sup>; infatti, il presupposto della continuità nell'esercizio delle azioni revocatorie stava nel fatto che i beni relitti fossero insufficienti, da soli, a remunerare i creditori in misura conveniente. Attribuire le azioni all'assuntore, senza trasferirgli tutto l'attivo, avrebbe significato scaricare sui “terzi soggetti all'azione revocatoria”, una parte del costo del concordato senza dar fondo all'attivo della procedura, parzialmente lasciato al debitore.

Sono altresì cedibili - anche se non viene ceduto l'intero patrimonio attivo - tutte le azioni di massa diverse dalle azioni di inefficacia, in quanto solo per queste il risultato dell'azione è limitato al concorso. Così, se la cessione delle azioni include le azioni revocatorie, allora tale trasferimento deve essere compreso all'interno di un più ampio trasferimento che riguardi tutti i beni; diversamente, se la cessione ha per oggetto altre azioni di massa il terzo le può acquisire solo in parte. Parimenti, i beni materiali sono trasferiti al terzo solo nella parte (e nella misura) in cui interessano al proponente. Poiché la cessione delle azioni di massa è un elemento solo eventuale della proposta di concordato, non la si può ritenere inclusa automaticamente nella proposta, ma deve essere esplicitamente dichiarata, in modo che anche su questo punto possa formarsi un consenso informato<sup>57</sup>.

Ancora attuale è il tema della natura dell'attribuzione patrimoniale consistente nella cessione delle azioni di massa. Considerato qual è il contenuto dell'accordo negoziale, la

<sup>54</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2624; Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2515.

<sup>55</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p.287.

<sup>56</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2602; ma, in senso opposto P. Farina, *sub art. 240*, cit., p.1267, ritiene che se il beneficio va ai creditori non vi è spazio per un arricchimento del debitore.

<sup>57</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2628.

cessione delle azioni di massa e segnatamente delle azioni revocatorie, se da un lato serve ad incentivare la presentazione di proposte di concordato, per altro lato non può risolversi in un pregiudizio per chi quell'azione debba subire<sup>58</sup>. Al terzo convenuto nell'azione revocatoria va garantita una posizione non peggiore rispetto a quella che avrebbe rivestito se l'azione fosse stata interamente governata dal curatore all'interno della procedura liquidatoria. Pertanto, la tesi dell'alienazione anticipata del bene (oggetto di revoca) deve essere recisamente scartata, in quanto l'effetto che l'azione produce sarà sempre quello dell'inefficacia dell'atto e solo talora anche quello del trasferimento del bene al terzo cessionario.

Poiché neppure il curatore vittorioso, per effetto della pronuncia di inefficacia di un atto dispositivo, diviene proprietario del bene, spettandogli solo il potere di promuovere l'azione esecutiva contro il terzo, nel caso della cessione dell'azione al terzo gli effetti non possono mutare. Posto che il bene determinato, oggetto di sentenza revocatoria di accoglimento, non rientra nel patrimonio del debitore, ma viene solo reintegrato alla garanzia dei creditori, il procedimento è quello della alienazione forzata. L'impugnativa della vendita non genera un effetto traslativo diretto, che invece, nei confronti del terzo non può che restare indiretto, perché si vende il bene del terzo "revocato" senza un trasferimento intermedio al proponente il concordato.

Pertanto, la traslazione delle azioni di massa al terzo-proponente è solo un tassello del mosaico dei cespiti che rappresentano il corrispettivo dell'operazione concordataria; solo una parte delle azioni di massa è una azione di inefficacia che presuppone una dichiarazione di insolvenza. In questo senso la cessione delle azioni revocatorie sconta un tasso di aleatorietà in più<sup>59</sup>, posto che (i) al rischio oggettivo della causa, si somma (ii) il rischio dell'infruttuosità dell'espropriazione e quello (iii) che il convenuto in revocatoria possa poi far valere il suo diritto restitutorio *ex art. 171 CCII*, che sarà diversamente modulato, peraltro, a seconda che operi o no, la clausola di limitazione della responsabilità<sup>60</sup>.

L'azione di responsabilità nei confronti degli organi della società è un'azione che, dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, spetta in via esclusiva al curatore, legittimato a promuovere sia quella della società che quella dei creditori sociali, in forza di quanto previsto nell'art. 255 CCII; tale azione, per la componente costituita dall'azione dei creditori sociali, va inclusa nel palinsesto delle azioni di massa, perché l'azione che il curatore promuove (o prosegue), in luogo dei creditori sociali, va a beneficio di tutti i creditori ammessi al passivo; è, dunque, cedibile a favore del terzo-proponente.

Per essere cedibili, le azioni «devono essere [già state] autorizzate»; la lite può non essere iniziata ma su di essa deve avere già espresso (al momento di presentazione della proposta) il proprio vaglio il giudice delegato, autorizzandola ai sensi dell'art. 128 CCII<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 340; Staunovo Polacco, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, in *Fall.*, 2020, p.540.

<sup>59</sup> Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.60.

<sup>60</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2621; Staunovo Polacco, *I diritti della parte soccombente nelle azioni di pertinenza della massa cedute all'assuntore*, cit., p.541.

<sup>61</sup> Jorio, *sub art. 124*, in *La legge fallimentare dopo le riforme*, diretto da Nigro, Sandulli, Santoro, vol. II, Torino, 2010, p. 1699; Gior. Tarzia, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fall.*, 2007, p. 864. La clausola aggiuntiva che compare nell'art. 240, mira a individuare con esattezza le azioni autorizzate nel senso che non sarà sufficiente una autorizzazione generica del giudice, ma occorrerà che questa sia specifica e cioè con indicazione della parte convenuta, del *petitum* e della *causa petendi* (così, Sanzo, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2007, p. 432). La formula, in verità, non appare cristallina perché, in generale, il decreto autorizzatorio del giudice delegato deve contenere un richiamo alla azione che il curatore potrà intraprendere, senza però che sia necessaria una maggiore specificazione. La disposizione può, quindi, essere interpretata nel senso che l'autorizzazione non deve essere generica e deve consentire ai creditori di valutare quale sia la pretesa recuperatoria (in termini diversi si esprime Panzani, *Circolazione dei crediti, cessione delle revocatorie e concordato fallimentare*, *Dir.fall.*, 2009, I, p. 47, che ritiene che questa autorizzazione non sia quella di cui all'art. 31 l.fall.).

## 6. La limitazione di responsabilità

Il *favor* della proposta presentata dal terzo è dimostrato anche dalla previsione che consente al proponente di limitare gli impegni assunti ad una porzione soltanto dei creditori concorsuali e precisamente a quelli concorrenti; la limitazione di responsabilità non giova né al debitore, né alle società partecipate e controllate, cui è inibita la presentazione della proposta durante il primo anno della procedura<sup>62</sup>. Se anche queste società si propongono formalmente come soggetti terzi, il legame col debitore impone l'applicazione del più rigoroso regime previsto per il debitore.

Orbene, la scelta a favore del terzo di limitare la responsabilità ai soli creditori che partecipano alla liquidazione giudiziale, si traduce nell'applicazione solo parziale della disciplina di cui all'art. 248 CCII che sancisce l'obbligatorietà del concordato rispetto a tutti i creditori anteriori<sup>63</sup>.

I creditori che non hanno partecipato al concordato non hanno alcun diritto da azionare contro il proponente (per effetto del patto di limitazione della responsabilità); per converso, conservano il diritto contro il debitore, ma non avranno a disposizione un patrimonio aggredibile sino a che non si "riformerà". Tuttavia, quanto accade è in sintonia con lo scenario concorsuale quando la liquidazione dell'attivo si conclude rapidamente. Il trattamento è tollerabile rispetto a quei creditori che sono stati posti in condizione di partecipare alla procedura di liquidazione giudiziale e non lo abbiano fatto. Diversamente, per coloro che sono stati pretermessi, si deve ammettere che possano fare ricorso al rimedio processuale dell'opposizione di terzo *ex art.* 404 c.p.c. al decreto di omologazione e al rimedio negoziale dell'annullamento del concordato<sup>64</sup>.

### 6.1. La giustificazione della limitazione

La limitazione di responsabilità va espressamente prevista come contenuto della proposta di concordato; essa trova spazio solo nel caso in cui la proposta venga avanzata *dopo* che lo stato passivo è stato reso esecutivo, sicché, prima di quel momento, se il terzo propone il concordato, lo deve fare nei confronti dei soggetti che risultano dall'elenco provvisorio, approvato dal giudice delegato, ma non può limitare i propri impegni ai soli crediti risultanti dal prospetto provvisorio<sup>65</sup>.

Come corollario dell'assunzione di una responsabilità che non copre quella corrispondente alla garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c., il concordato omologato non può essere risolto ad iniziativa dei creditori estranei verso i quali il proponente non abbia assunto impegni, così come non può essere risolto quando alla proposta del terzo abbia corrisposto la liberazione immediata del debitore. Entrambe le previsioni muovono dal fatto che la risoluzione del concordato nella liquidazione giudiziale provoca la riapertura della liquidazione giudiziale e non il coinvolgimento nella liquidazione giudiziale del proponente-terzo. Certo, in caso di inadempimento del terzo, ove questi sia un imprenditore commerciale, il creditore insoddisfatto potrà attivare tutti gli strumenti di tutela giudiziale che gli competono, ivi incluso il ricorso per dichiarazione della liquidazione giudiziale<sup>66</sup>.

Della limitazione di responsabilità si può giovare soltanto il proponente-terzo, sì che l'assuntore del debitore, al quale possono essere ceduti tutti i beni, ma non le azioni di massa, deve impegnarsi a soddisfare tutti i creditori concorrenti nonché tutti quelli anteriori alla

<sup>62</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2619; Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.37.

<sup>63</sup> Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.65.

<sup>64</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2622.

<sup>65</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2589.

<sup>66</sup> Trib. Nocera Inferiore, 31/10/2019, in *Fallimento* 2020, p. 664.

liquidazione giudiziale; la responsabilità dell'assuntore del debitore viene, dunque, a coincidere con quella che grava sul debitore principale.

La limitazione della responsabilità (oggetto di espressa pattuizione concordataria) impone di stabilire quale deve essere il possibile perimetro dell'esonero [da responsabilità]. Poiché occorre mediare fra l'esigenza di garantire il diritto di credito dei creditori concorsuali e l'esigenza di stabilizzare il fabbisogno concordatario, la limitazione non può colpire né i creditori oppositori, né i creditori tardivi (per i quali il procedimento è *in itinere*)<sup>67</sup>. La limitazione di responsabilità pone una preclusione processuale che opera a condizione che lo stato passivo sia stato dichiarato esecutivo, senza che rilevi la distinzione fra creditori chirografari e non; detta previsione non confligge con il precetto dettato dal terzo comma della medesima disposizione<sup>68</sup>.

### 7. I tempi della proposta

Il terzo-proponente può presentare la proposta senza alcun vincolo temporale e cioè dal giorno successivo alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sino al momento in cui è avvenuta la ripartizione finale dell'attivo.

Per ciò che attiene al *dies a quo*, il dettato dell'art. 240 CCII è chiaro; lo sbarramento temporale di un anno vale solo per il debitore (e parti correlate); la proposta proveniente dal debitore, prima del periodo di un anno dalla dichiarazione di liquidazione giudiziale, va dichiarata irricevibile dal giudice delegato ai sensi dell'art. 241 CCII. Nel primo anno successivo alla liquidazione giudiziale solo il terzo e i creditori possono presentare la proposta di concordato.

Quanto al *dies ad quem*, il (solo) debitore è soggetto all'ulteriore termine biennale dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo quale termine finale per la presentazione della proposta<sup>69</sup>; tale limitazione viene spiegata col bisogno di evitare intralci nell'attività di liquidazione del curatore<sup>70</sup>,

### 8. L'elenco provvisorio dei crediti

La proposta del terzo, così come quella del debitore, possono essere presentate anche prima che sia stato reso esecutivo lo stato passivo, purché, nel caso del debitore, sia trascorso un anno dalla liquidazione giudiziale (e quindi è meno probabile che ciò possa accadere stante il termine per la formazione dello stato passivo fissato nella sentenza di apertura della liquidazione giudiziale)<sup>71</sup>.

Per agevolare l'accelerazione della procedura si è voluto svincolare la presentazione della proposta dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo in modo che il concordato possa essere avviato sin dall'inizio della liquidazione giudiziale. Tuttavia, la proposta per mostrarsi seria e credibile va formulata sulla base di elementi il più possibile affidabili; per

<sup>67</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2619.

<sup>68</sup> Cass. civ., 08/11/2023 n. 31107; App. Brescia, 03/02/2020, in *Dir. fall.* 2020, p.906; per un caso riferito ad un creditore ipotecario che non aveva presentato la domanda di ammissione al passivo, Trib. Venezia, 30/05/2019, in *Fallimento* 2020, p. 258; sulla legittimità delle clausole limitative, v., M. Farina, *Limitazione di responsabilità del terzo proponente un concordato fallimentare e sorte delle ipoteche iscritte a garanzia di crediti esclusi ex art. 124, ultimo comma, l.fall.*, in *Fall.*, 2020, 260; Monzani, *Proposta di concordato fallimentare ex art. 124, 4° comma, l.fall.: legittimità delle clausole limitative della responsabilità dell'assuntore*, in *Dir. fall.*, 2020, 909; Pagano, *La legittima opposizione di clausole unilaterali nel concordato fallimentare*, in *Giur.it.*, 2023, p.358.

<sup>69</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.337; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2583; P. Farina, *sub art. 240*, cit., p. 1253; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p.615; Cass. civ., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Foro it.* 2018, I, 4020.

<sup>70</sup> Stanghellini, *sub art. 124*, cit., p. 1951; Pacchi, *sub art. 135*, cit., p. 2063; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 273; Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.64.

<sup>71</sup> Per Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p.282, invece, sino a che lo stato passivo non è reso esecutivo la proposta del debitore sarebbe inammissibile; così, anche, Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2587.

questo si è stabilito che l'ammissibilità della proposta è comunque condizionata dalla possibilità di redigere un elenco provvisorio dei creditori da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. La formazione dell'elenco presuppone che sia stata tenuta la contabilità e che questa sia stata tenuta in modo sostanzialmente regolare<sup>72</sup>, o se si viole una regolarità funzionale<sup>73</sup>.

Si è voluto agevolare la proponibilità della proposta e al contempo consentirne l'esame da parte dei creditori; l'intento è quello di selezionare i creditori destinatari della proposta (i) sia al fine di individuare la quantità e qualità delle risorse che debbono essere impiegate nel progetto, (ii) sia al fine di identificare coloro che sono chiamati ad esprimere il consenso.

Per pervenire a questo risultato sono configurabili tre scenari temporali:

(a) la predisposizione dell'elenco provvisorio fondato sulla base dei (soli) dati contabili;

(b) la predisposizione di un elenco provvisorio fondato sui dati contabili ma integrato dalle domande di ammissione al passivo;

(c) la formazione dello stato passivo reso esecutivo dal giudice delegato.

Il livello di affidabilità delle tre diverse situazioni è chiaramente esposto in senso ascendente; minore affidamento e minore stabilità nell'ipotesi sub (a), massimo affidamento e attendibile stabilità nell'ipotesi sub (c).

Per il curatore l'onere di preparare l'elenco provvisorio costituisce un ulteriore adempimento; per far fronte a questa richiesta proveniente dal terzo<sup>74</sup>, il curatore può basarsi su quegli stessi elementi informativi cui si deve conformare quando è tenuto ad inviare, senza indugio, l'avviso ai creditori ai sensi dell'art. 200 CCII, elementi che contribuiscono a formare gli elenchi dei creditori di cui all'art. 198 CCII. L'adempimento della formazione dell'elenco provvisorio si risolve nella redazione di un elenco dei creditori risultanti dalla contabilità e da altre fonti di informazione, depurato - sia quanto a misura del credito che quanto a qualità del credito - da ciò che il curatore reputa non accettabile.

L'elenco provvisorio è un atto a formazione complessa in quanto richiede l'approvazione del giudice delegato. L'approvazione del giudice delegato non si riduce, però, ad un atto a contenuto vincolato (approvazione o diniego), parendo ragionevole che il contributo del giudice delegato si possa esprimere anche con l'esercizio di uno *jus variandi*.<sup>75</sup>

Il valore di questo documento ai fini della successiva formazione dello stato passivo è minimo, sia per ciò che riguarda le determinazioni assunte dal curatore, sia per ciò che concerne il vincolo decisorio per il giudice delegato. L'inclusione di un credito nell'elenco provvisorio non è valorizzabile come confessione o riconoscimento di debito, non solo per i limiti posti in tema di disponibilità del diritto, ma anche perché le scelte del curatore sono compiute solo in funzione di consentire la presentazione della proposta del terzo.

Quanto all'approvazione, il decreto del giudice delegato assume lo stesso valore della decisione con la quale il giudice provvede, provvisoriamente, in sede di adunanza dei creditori nel concordato preventivo, a stabilire chi sono i creditori ammessi al voto<sup>76</sup>. Il

<sup>72</sup> Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p.617; Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2461.

<sup>73</sup> Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.232; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 615; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p. 364.

<sup>74</sup> Filocamo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2464.

<sup>75</sup> Guglielmucci, *sub artt. 124*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, p. 1207; Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 171; del riconoscimento di poteri di controllo in capo al giudice è persuaso anche Nisivoccia, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 974. Più perplessa Bertacchini, *sub art. 124*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, II, Torino, 2006, p. 770, che ritiene che la partecipazione del giudice delegato si risolva nella approvazione (o nel relativo diniego) dell'elenco, ma nella stessa Opera, p. 791, pare propensa a riconoscere al giudice un ruolo meno rigido. Anche per Norelli, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 296, il provvedimento del giudice può essere solo una approvazione o un diniego.

<sup>76</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p.615.

decreto di ammissione al voto (art. 108 CCII) non produce alcun effetto ai fini degli obblighi concordatari e della soddisfazione dei crediti, ma incide sul piano della legittimazione al voto e dunque della formazione delle maggioranze. Parimenti, l'approvazione del giudice delegato dell'elenco provvisorio è ininfluente ai fini dell'accertamento dello stato passivo e ai fini della soddisfazione dei creditori qualora il concordato nella liquidazione giudiziale si esaurisca prima del completamento delle operazioni di accertamento del passivo. Ancorché solo provvisoriamente, le determinazioni del giudice delegato possono incidere decisamente sull'andamento della proposta di concordato nella liquidazione giudiziale; il giudice delegato potrebbe approvare uno stato passivo che contiene crediti in realtà inesistenti o potrebbe anche rifiutare l'approvazione reputando inattendibili i dati raccolti dal curatore. Da qui sorge l'esigenza di valutare se le decisioni che il giudice delegato assume, siano impugnabili.

Lo strumento di impugnazione del decreto del giudice delegato è il reclamo *ex art. 124 CCII*<sup>77</sup>. Sebbene sia noto che i provvedimenti del giudice in materia di crediti pronunciati nella cornice dell'adunanza dei creditori nel concordato preventivo non sono immediatamente impugnabili da parte dei creditori esclusi dal voto, nell'ambiente del concordato nella liquidazione giudiziale la medesima soluzione non è percorribile perché la facoltà di sindacare la decisione del giudice dovrebbe essere riconosciuta al proponente. Pertanto, il decreto del giudice delegato può essere reclamato nella parte in cui nega la formazione dell'elenco o nella parte in cui lo forma in modo erroneo e non anche per le singole pretese da parte dei terzi, ai quali è affidata la scelta se presentare l'opposizione al concordato o se discutere in contraddittorio l'esistenza della ragione di credito all'interno del procedimento di accertamento del passivo o, se a questo non si dovesse giungere, nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione.

La decisione sul reclamo non è, però, ricorribile per cassazione in quanto gli effetti della decisione non sono definitivi<sup>78</sup>; infatti, la decisione provvisoria del giudice delegato è destinata ad essere fisiologicamente assorbita dalla decisione adottata con la formazione dello stato passivo (o con una sentenza resa in un giudizio ordinario).

Se nel corso della procedura di concordato e in particolare nell'*iter* di formazione del consenso, il curatore assume nuove informazioni che possano indurre a revisionare l'elenco provvisorio, ci si dovrebbe conformare alla regola ricavabile dall'art. 244, comma 3, CCII, a tenore della quale «la variazione del numero dei creditori ammessi o dell'ammontare dei singoli crediti, che avvenga per effetto di un provvedimento emesso successivamente alla scadenza del termine fissato dal giudice delegato per le votazioni, non influisce sul calcolo della maggioranza». Da questa regola si evince che l'elenco provvisorio non è soggetto a modifiche intermedie, nel senso che dopo la sua approvazione, sarà rimosso solo col decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Diverso è il discorso per ciò che attiene ai provvedimenti che il giudice adotta in sede di accertamento del passivo; le decisioni del giudice delegato incidono sul computo delle maggioranze qualora il decreto di esecutività sia adottato prima dello scadere del termine fissato per la votazione.

La norma fa riferimento alla votazione, ma la questione è più complessa perché la massa passiva non rileva solo per la raccolta del consenso ma, anzi, rileva soprattutto per la composizione della platea dei creditori che dovranno essere soddisfatti in sede concordataria. A ben vedere, dunque, le sopravvenienze della formazione dello stato passivo finiscono con il condizionare la stessa proponibilità della proposta concordataria in una fase anticipata.

<sup>77</sup> Danovi, D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, cit., p.40.

<sup>78</sup> Filocomo, *La proposta di concordato fallimentare*, cit., p.2465.

La formazione dell'elenco provvisorio pone un ulteriore problema derivante dal diverso ruolo che il giudice delegato viene ad assumere in questa veste, rispetto a quanto gli compete nel procedimento di accertamento del passivo. Se il giudice delegato quando esamina le domande di ammissione al passivo deve decidere in base al principio dispositivo (art. 112 c.p.c.) espressamente richiamato nell'art. 203 CCII, ed è così vincolato alle eccezioni in senso stretto formulate dal curatore e dagli altri creditori concorrenti, potendo solo sollevare le eccezioni *ex officio*, si corre il rischio che se il procedimento di accertamento del passivo è preceduto dalla attività di formazione dell'elenco provvisorio, si possa formare un vincolo da pre-cognizione e in particolare da una pre-cognizione nella quale il ruolo del giudice non parrebbe soffrire limiti decisori. Per evitare questa distonia, pare più coerente riconoscere al giudice delegato esattamente gli stessi poteri che gli spettano, in base al diritto positivo, nel procedimento di accertamento del passivo.

I problemi ora enunciati inducono a riflettere se, almeno nell'ipotesi in cui la proposta venga presentata prima della formazione dello stato passivo, sia ancora attuale il meccanismo di espressione del voto (e per l'effetto di formazione della maggioranza) col mero silenzio-assenso. L'importanza della formazione del consenso sulla proposta, avuto riguardo alla centralità del profilo negoziale, meriterebbe un intervento normativo volto a costituire una assemblea dei creditori, deputata a esprimere il voto. Infatti, se la formazione dello stato passivo assolve, quanto meno, al bisogno di offrire ai creditori un quadro, munito di una certa stabilità, di coloro che compongono la platea degli "ammessi al voto", in assenza di uno stato passivo, l'assemblea risulterebbe il luogo elettivo ove possono essere dedotte tutte le questioni relative al diritto di credito di ciascuno e dunque al modo in cui il credito è trattato anche ai fini del voto. Poiché la vocazione negoziale del concordato si fonda sull'idoneità che il controllo privatistico possa surrogare quello giurisdizionale, alla sola condizione della trasparenza del procedimento<sup>79</sup>, è evidente che l'espressione del voto in assemblea meglio tutelerebbe questi bisogni, ma di assemblea dei creditori non si parla neppure nel codice della crisi e persino nello scenario del concordato preventivo, all'adunanza è stato sostituito uno scambio cartolare di note tra i creditori.

## SEZIONE II: AVVIO DEL PROCEDIMENTO

### 1. Note introduttive

L'art. 241 CCII riproduce l'abrogato art. 125 l.fall. con marginali correzioni derivanti dall'adeguamento ai riferimenti normativi, ma elimina l'ultimo comma della norma precedente con riguardo ai diritti degli obbligazionisti o portatori di strumenti finanziari partecipativi.

### 2. Il procedimento (itinerario)

La proposta di concordato nella liquidazione giudiziale (di poi, *breviter*, "concordato") contiene implicitamente al suo interno un piano<sup>80</sup> e cioè la predisposizione di un programma di adempimenti e di attività che sono strumentali a costituire la provvista per adempiere al concordato.

Ma, accanto alla proposta occorre anche immaginare una domanda giudiziale perché la proposta contrattuale oltre che essere approvata dai creditori deve anche essere omologata dal tribunale e il decreto di omologazione funge da *condicio iuris* dell'efficacia dell'accordo.

<sup>79</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2591.

<sup>80</sup> Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio - Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 86.

In tal senso, il proponente deve rivolgersi non solo ai creditori ma anche al giudice (art. 241CCII). La proposta di concordato è scissa dal ricorso che la contiene ed anche dalla richiesta di omologazione che, ai sensi del successivo art. 245 CCII il proponente è chiamato ad avanzare. Il ricorso costituisce il veicolo con il quale la proposta viene presentata ai creditori; mette in moto il meccanismo procedurale interno alla liquidazione giudiziale; ma la domanda giudiziale viene introdotta solo successivamente quando il proponente chiede l'omologazione dell'accordo concluso con i creditori.

In tale contesto il ricorso che contiene la proposta di concordato sembra porsi al di fuori del processo e dunque si potrebbe ritenere ragionevole che non debba avere il contenuto di cui all'art. 125 c.p.c.<sup>81</sup> e che l'assistenza legale divenga necessaria solo con la richiesta di omologazione<sup>82</sup>. Di questo meccanismo procedimentale che precede il giudizio vero e proprio (cioè, quello di omologazione) occorre ora occuparsi.

### 3. L'acquisizione dei pareri

Nel concordato nella liquidazione giudiziale, diversamente da altri modelli, ma a somiglianza di quanto è stabilito per il concordato semplificato, manca un procedimento di apertura<sup>83</sup>.

Difatti, nel momento in cui viene depositato il ricorso per concordato, il primo adempimento è dato dalla richiesta del giudice delegato rivolta al curatore perché questi esprima un parere motivato con specifico riguardo ai possibili risultati della liquidazione concorsuale e alle garanzie offerte dal proponente<sup>84</sup>; ma neppure va escluso che il curatore si soffermi, anche, sulla fattibilità del piano concordatario<sup>85</sup> e, quindi, nella sostanza, sulla serietà della proposta<sup>86</sup>. Sono ambedue valutazioni di merito economico, quel merito che interessa ai creditori ai fini dell'espressione del voto. Per valutazioni di merito si deve intendere che il curatore dovrà esporre una compiuta rappresentazione dello stato della procedura ed il suo

<sup>81</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p. 2633; *contra*, Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, p. 100; Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio, Fabiani, Bologna, 2010, p. 759.

<sup>82</sup> Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 100; Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 759; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccinini, Severini, vol. IV, Torino, 2011, p.77; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 681; Minutoli, *sub art. 125*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 1502.

<sup>83</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 327; P. Farina, *sub art. 241*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1270.

<sup>84</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2526; Per Cass. civ., 29/10/2013, n. 24359, in *Fall.*, 2014, p. 704. Nel procedimento di concordato fallimentare risultante dai D.Lgs. 9/01/2006 n. 5 e 12/09/2007 n. 169, il parere reso dal curatore sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte, ai sensi dell'art. 125 l. fall., svolge una funzione diversa - più ridotta e limitata - rispetto a quella svolta dalla relazione del professionista ex art. 161 l. fall. nel concordato preventivo, atteso che, mentre quest'ultima costituisce lo strumento fondamentale perché i creditori possano venire a conoscenza delle vicende imprenditoriali, finanziarie ed economiche di un'impresa normalmente ancora in attività, il primo è reso con riferimento ad un'impresa fallita, della quale vengono accertati dagli organi fallimentari sia le attività, che le passività; ne consegue che la maggiore conoscenza del ceto creditorio circa la situazione economico-finanziaria e patrimoniale dell'impresa fallita implica che il parere del curatore non debba incentrarsi in modo specifico sulla congruenza e non contraddittorietà della proposta concordataria, e che eventuali ulteriori carenze, omissioni o erronee indicazioni in esso contenute, ivi comprese le inesattezze in ordine all'indicazione delle percentuali di soddisfacimento dei creditori, non possono inficiare la regolarità del procedimento, ben potendo i creditori, del resto, valutare - in autonomia e alla luce della documentazione fornita dagli organi fallimentari - eventuali imprecisioni e contraddizioni o possibili divergenze interpretative della proposta.

<sup>85</sup> P. Farina, *sub art. 241*, cit., p. 1271

<sup>86</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 222; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, Milano, 2016, p.1435; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 277; Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 763; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p.79.

verosimile sviluppo nonché un'attenta analisi della proposta concordataria, individuando i possibili vantaggi competitivi rispetto alla liquidazione concorsuale<sup>87</sup>, ed anche le eventuali criticità. Proprio perché la relazione assume un valore di orientamento, tendenzialmente per consentire al comitato dei creditori prima e ai creditori, poi, di esprimere una valutazione positiva o negativa, non sembra necessario che il parere del curatore debba, per forza, concludersi con un giudizio positivo o negativo<sup>88</sup>.

Il parere deve essere motivato e depositato tempestivamente, pur non prevedendo la norma un termine preciso.

Ci si chiede, poi<sup>89</sup>, se lo spettro valutativo del parere debba considerare anche gli interessi del debitore o solo quelli dei creditori. Che il curatore possa esprimersi anche per rappresentare gli interessi del debitore è possibile, certamente, ma non necessario benché a più riprese i giudici di legittimità continuino a ribadire che la proposta presentata da un terzo può celerare profili di abusività quando il lucro del proponente-terzo è sproporzionato rispetto alla tutela del debitore.<sup>90</sup> Diversamente da quanto opinato altrove<sup>91</sup>, la legge non prevede affatto che il curatore si cimenti in giudizi sulla fattibilità e sulla convenienza.

Queste considerazioni, prima ancora di ponderare il peso dell'intervento del comitato dei creditori, sono esplicative del complessivo arretramento delle competenze del giudice delegato<sup>92</sup>.

Una volta acquisito il parere del curatore<sup>93</sup>, parere che non è, dunque, mai vincolante<sup>94</sup> e non è perciò reclamabile<sup>95</sup>, occorre assumere quello del comitato dei creditori e qui, invece, il valore del parere muta profondamente. Infatti, stando al tenore della disposizione (v. art. 241 CCII), il progredire della domanda di concordato è scandito dall'espressione di un parere favorevole - debitamente motivato<sup>96</sup> - del comitato dei creditori, il che vuol dire che

<sup>87</sup> Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, p. 61; Trib. Firenze, 18/10/2006, in *Foro tosc.-Toscana giur.*, 2007, p.48.

<sup>88</sup> Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, p.1380, lo definisce, infatti, un mero parere tecnico; Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.62. *Contra*, Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 103.

<sup>89</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, vol. III, Torino, 2010, p.1712; Minutoli, *sub art. 125*, cit., p.1505.

<sup>90</sup> Cass. civ., 29/07/2011, n. 16738, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2983; Cass. civ., 29/10/2013, n. 24359, in *Fall.*, 2014, p. 779; Cass. civ., 22/03/2010, n. 6904, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2742; per Cass. civ., 11/11/2020, n. 25318, in *Fall.*, 2021, p. 273, può ricorrere l'abuso del diritto quando il fine della procedura ecceda il sacrificio imposto al patrimonio del fallito per la parte non necessaria al soddisfacimento dei creditori, come in ipotesi in cui si registri un divario particolarmente consistente tra attivo ceduto e passivo rilevato, secondo un criterio di valutazione dell'attivo concordatario necessariamente ancorato al tempo della proposta e non a quello del sindacato del tribunale in sede di omologa Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 622; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 629. In senso critico v., A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2537; Fabiani, *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2742.

<sup>91</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2638.

<sup>92</sup> Minutoli, *sub art. 125* cit., p.1507. Lo esclude, invece, Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.69.

<sup>93</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, cit., p. 1714, osserva che la ricezione del parere del curatore non impone automaticamente al giudice delegato di trasmetterlo al comitato dei creditori, dovendo il giudice verificare se il parere sia stato formulato in modo da consentire ai creditori di esprimersi.

<sup>94</sup> Pacchi, *sub art. 241*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco- Spagnuolo, Torino, 2024, p.1309.

<sup>95</sup> Trib. Prato, 30/04/2021, in *Dirittodellacrisi.it*

<sup>96</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2637; Nigro-Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 327; D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 331; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p.80; Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.75; Trib. Patti, 24/11/2008, in *Fall.*, 2009, p.446. Ma per Tribunale di Prato, 30/04/2021, cit., è sufficiente che sia succintamente motivato con riguardo al rinvio al parere del curatore.

questo *parere* è *vincolante* (ma solo nel caso in cui sia negativo)<sup>97</sup>, sì da potersi meglio qualificare come una sorta di autorizzazione<sup>98</sup>, ovvero, valorizzando l'aspetto processuale, come una condizione di procedibilità<sup>99</sup>. Il tipo di parere che il comitato dei creditori deve formulare è tutto orientato sul versante della convenienza economica e della sostanziale discrezionalità; al fondo lo si può qualificare un potere di veto<sup>100</sup> che rischia di consegnare a tre creditori, soltanto, il potere dei molti creditori. Per cercare di attenuare questo potere interdittivo si può assumere che esso vada esercitato solo quando la proposta appaia manifestamente inammissibile; si tratterebbe, così, di uno scrutinio di ammissibilità consegnato prima al comitato dei creditori e poi al giudice delegato. Questa lettura appare più persuasiva<sup>101</sup>, anche se occorre dar atto che la lettera della legge non esclude che il comitato possa esprimere un parere, negativo, sulla convenienza della proposta; forse, per coordinare l'esigenza di un controllo preliminare con quello di convenienza, si potrebbe reputare che il parere negativo sulla convenienza si sottragga ad un sindacato di legittimità nel solo caso in cui la proposta contenga una soluzione peggiorativa rispetto a quella, già acquisita, nella liquidazione giudiziale, fermo restando, però, che il comitato può ritenere preferibile la soluzione concordataria alla liquidazione giudiziale pur quando la *recovery* promessa ai creditori sia inferiore.

Al contrario, non è certamente vincolante un parere favorevole del comitato dei creditori che non impone affatto al giudice delegato di dare avvio al procedimento, potendo, sempre, il giudice arrestare la procedura ai sensi dell'art. 241 CCII<sup>102</sup>.

Qualora a seguito del veto opposto dal comitato il giudice provveda ad arrestare il procedimento - non ritenendosi consentito al giudice, salvo l'esercizio di un potere di persuasione (o la richiesta al proponente di modificare o integrare la proposta, anche in applicazione analogica di quanto accade ai sensi dell'art. 47 CCII e ciò per evitare l'apertura di un percorso destinato a finire su un binario morto)<sup>103</sup>, superare il parere negativo -, occorre domandarsi se vi sia qualche atto soggetto ad impugnativa; in particolare, se sia impugnabile il parere negativo del comitato o il decreto del giudice delegato che lo recepisca<sup>104</sup>.

Il vizio del parere è censurabile da parte di qualunque interessato con la proposizione del reclamo *ex art.* 141 CCII (pur considerando la limitazione del vizio impugnabile, la violazione di legge)<sup>105</sup>, posto che un parere vincolante si traduce di fatto in una autorizzazione,

<sup>97</sup> Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, p. 234; Pacchi, *sub art. 241*, cit., p.1310; Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p. 621; Casa, *Parere del comitato dei creditori e sindacato del tribunale in sede di omologazione del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2019, p.913; Minutoli, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, *id.*, 2008, 213.

<sup>98</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, cit., p. 1714.

<sup>99</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2636; Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.76, il quale, però, tende a svalutare la decisività del parere; così pure, Casa, *Parere del comitato dei creditori e sindacato del tribunale in sede di omologazione del concordato fallimentare*, cit., 2019, p.915.

<sup>100</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2528; Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 169; Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, p. 303; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 692; Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 106; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 278; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 621; Trib. Milano, 13/10/2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>101</sup> Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1383; Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p.92; Trib. Roma, 20/10/2010, in *Fall.*, 2011, 722.

<sup>102</sup> La posizione del componente del comitato è delicata e tuttavia Trib. Napoli, 17/02/2021, in [Dirittodellacrisi.it](http://Dirittodellacrisi.it) ha escluso che al componente del comitato sia inibita la facoltà di presentare la proposta di concordato, fermo restando che deve astenersi dall'esprimere il parere.

<sup>103</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 328; Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 152.

<sup>104</sup> Esclude la doppia reclamabilità Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 769.

<sup>105</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2534; *contra*, Trib. Monza, 10/12/2015, in *Fallimento*, 2016, p. 1257.

si che non si vede alcun motivo per escludere la reclamabilità<sup>106</sup>, quanto meno tutte le volte in cui vi sia un travisamento dei fatti generato da un difetto di diligenza del comitato, difetto di diligenza che ben può essere apprezzato come manifestazione di violazione di legge, visto il modo in cui l'incarico viene svolto (art. 140 CCII).

Meno agevole è la soluzione del reclamo ex art. 124 CCII<sup>107</sup> contro il decreto del giudice delegato perché la sua asserita illegittimità sembra derivare direttamente dalla condotta del comitato dei creditori e non da un vizio proprio, sì che se, invece, fosse censurabile il decreto del giudice per vizio proprio, certo allora il mezzo di impugnazione dovrebbe essere il reclamo ai sensi, appunto, dell'art. 124 CCII<sup>108</sup>.

La questione è più delicata di quanto possa apparire in prima battuta, dal momento che sarebbe questa la sede per far risaltare eventuali conflitti di interessi che interessino i componenti del comitato dei creditori.<sup>109</sup>

In una importante decisione della Suprema Corte<sup>110</sup> si è precisato che il voto espresso dal creditore che si trovi in asserito conflitto di interessi non rende viziato il procedimento cui il parere afferisce, se del vizio non si sia fatta occasione di reclamo ai sensi dell'art. 36 l.fall. (ora art. 141 CCII); in tale occasione la Corte ha ammesso che è ben possibile che venga a crearsi un conflitto di interessi fra il componente il comitato e gli interessi degli altri creditori, anche se occorre dar atto che si tratta di argomento molto controverso<sup>111</sup>.

In questo modo si è ammesso, implicitamente, che sia possibile esperire il reclamo ai sensi dell'art. 141 CCII anche nei confronti di un parere (e non solo di autorizzazioni o dinieghi come lascerebbe intendere la norma)<sup>112</sup>. Ma se non si aprissero le porte ad un sindacato, ampio, sul parere, non sarebbe fuori luogo prospettare un dubbio di

<sup>106</sup> In senso contrario, Risolo, *La funzione consultiva del comitato dei creditori nel concordato fallimentare tra vecchia e nuova disciplina*, in *Fall.*, 2011, p. 974.

<sup>107</sup> Così, invece, per Trib. La Spezia, 5/07/2007, in *Fall.*, 2008, p. 208; Pellizzoni, *Pluralità di proposte di concordato fallimentare e poteri di supplenza del giudice delegato*, *id.*, 2011, p.732; Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, *cit.*, p.79; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, *cit.*, p. 2637.

<sup>108</sup> Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, *cit.*, p. 278.

<sup>109</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, *cit.*, p. 2530.

<sup>110</sup> Cass.civ., 10/02/2011, n. 3274, in *Fall.*, 2011, p. 403.

<sup>111</sup> Ad esempio Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, *cit.*, p. 704, rileva che il conflitto di interessi è insito nel fallimento e dunque non dovrebbe condurre ad alcun risultato il fatto che se ne accerti l'esistenza.

<sup>112</sup> *cf.*, A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano, Forgillo, Torino, 2008, p.1047; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, *cit.*, p. 278; Di Iulio, Farina, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, vol. III, Torino, 2011, p. 528; Guglielmucci, *sub artt. (124)*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, p. 1229; Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 155; in chiave dubitativa, La Malfa, *sub art. 124*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, Milano, 2010, p.64; e ciò sul presupposto che un parere vincolante valga come autorizzazione o diniego, v., Abate, *I nuovi rapporti fra gli organi*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di Fabiani, Patti, Milano, 2006, p. 92; in senso dubitativo, ancora, Trinchi, *sub art. 36*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, *cit.*, vol. I, p.772; pur prendendo in esame l'argomento non assume una decisione Pagni, *Il reclamo avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, vol. III, Padova, 2011, p. 7. Ritengono che sia, invece, impugnabile ex art. 26 l.fall. il decreto del giudice delegato che segue al parere del comitato, Di Cecco, *sub art. 125*, *cit.*, p. 1717; Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, in *cit.*, p.769; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, *cit.*, 1438; Minutoli, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, *cit.*, 213, Norelli, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. es. forz.*, 2006, p.307; Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, *cit.*, p.79; Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, *cit.*, p.1382; Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Padova, 2008, p., 714; Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, *cit.*, 205; Vitiello, *sub art. 125*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, *cit.*, p.1994. Per l'irreclamabilità, Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, *cit.*, p. 692.

costituzionalità dell'art. 241 CCII sotto il profilo che una causa di improcedibilità della domanda di concordato dipenderebbe dalle valutazioni del comitato dei creditori<sup>113</sup>.

È noto, peraltro, che non sempre un comitato dei creditori può essere costituito e quando lo è, può accadere che non sia in grado di funzionare correttamente. In tali casi, l'art. 140 CCII stabilisce che i poteri affidati al comitato dei creditori vanno esercitati dal giudice delegato. Che così accada anche a proposito del parere richiesto al comitato in occasione della presentazione di una domanda di concordato fallimentare, lo si desume da quanto è stabilito nell'art. 241 (pur dettato a proposito delle proposte plurime), ove è contenuto un rinvio, proprio, all'art. 140 CCII.

Pertanto, se il comitato non si pronuncia (o non si può pronunciare) è il giudice delegato che si deve esprimere<sup>114</sup>. Il giudice, però, come è noto, non rilascia pareri<sup>115</sup> ma emette provvedimenti; ciò significa che quello che il giudice delegato è chiamato a pronunciare assume, più che altro, il valore di un "nulla-osta", preliminare al decreto che va preso ai sensi dell'art. 241 l.fall.

Se già si è dubitato che il comitato possa esprimere un giudizio di convenienza economica della proposta, è chiaro come questo giudizio debba esulare dal tipo di valutazione demandata al giudice delegato<sup>116</sup>, salvo casi particolari, come quando l'attivo disponibile risulti già superiore a quello assicurato dal proponente<sup>117</sup>. Ed allora, benché il nulla-osta del giudice supplisca al mancante parere del comitato, un eventuale vizio del provvedimento del giudice dovrebbe poter essere reclamato ai sensi dell'art. 124 CCII<sup>118</sup>.

Talora si è sostenuto che questa scansione di adempimenti non sia sempre necessaria perché il giudice delegato di fronte a macroscopici vizi ben potrebbe impedire un'inutile progressione del procedimento<sup>119</sup>, fermo restando la reclamabilità del decreto di "non luogo a provvedere"<sup>120</sup>. Non v'è dubbio che sia una soluzione pragmatica volta ad evitare inutili attività e tuttavia il momento del controllo sembra essere spostato dalla legge a valle dell'acquisizione dei pareri<sup>121</sup>.

<sup>113</sup> V. Minutoli, *sub art. 125*, in *La legge fallimentare*, cit., p.1514. Per ovviare a tale rischio, per Trib. La Spezia, 5/07/2007, in *Fall.*, 2008, p. 208, il giudice delegato può effettuare un controllo sulla regolarità sostanziale del parere, ma sul punto v. le contrarie riflessioni di Minutoli, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, cit., p.216. Sulla omissione del parere del comitato cfr., Vitiello, *La mancanza del parere del comitato dei creditori nel concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2009, p.448

<sup>114</sup> Trib. Pescara, 01/04/2008, in *Fall.*, 2008, p.1428; Minutoli, *sub art. 125*, cit., p. 1504; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p. 82. Di Cecco, *sub art. 125*, p.1717, osserva che si restituisce al giudice delegato un potere che contraddice il processo di valorizzazione dell'autonomia privata, e che ciò nondimeno tale risultato consente di neutralizzare i possibili conflitti di interesse di cui possono essere protagonisti i componenti del comitato. In senso opposto, Trib. Torre Annunziata, 5/06/2008, in *Fall.*, 2008, p.1428, ha ritenuto che il parere del comitato dei creditori costituisca una condizione di procedibilità del concordato ed ha escluso il potere surrogatorio del giudice delegato.

<sup>115</sup> Bassi, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, cit., p. 587. Nardecchia, *La ripartizione fisiologica e patologica dei poteri degli organi della procedura nell'esame preventivo della proposta di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, p. 1429, condividendo la premessa, reputa, però, che in tal caso il procedimento possa proseguire con il solo parere del curatore.

<sup>116</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit. p. 2638 postula che anche il giudice delegato si debba esprimere direttamente sulla convenienza. Ma per Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 223 il giudice potrebbe pronunciarsi sulla fattibilità.

<sup>117</sup> *Contra*, Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 767; Vitiello, *La mancanza del parere del comitato dei creditori nel concordato fallimentare*, cit., p.451.

<sup>118</sup> Pellizzoni, *Pluralità di proposte di concordato fallimentare e poteri di supplenza del giudice delegato*, cit., p. 732. Per l'opposta soluzione e dunque per il reclamo ex art. 36 l.fall., Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 109; Trib. Roma, 20/10/2010, in *Fall.*, 2011, p.722.

<sup>119</sup> Minutoli, *sub art. 125*, cit., p. 1502; per Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1428, il controllo sulla ritualità della proposta andrebbe, dunque, anticipato all'esame dei pareri.

<sup>120</sup> Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 761; Di Cecco, *sub art. 125*, cit. p.1709.

<sup>121</sup> Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.60.

In assenza dei pareri il procedimento non può progredire<sup>122</sup>, ma ove mai ciò accada, si è ritenuto che la nullità sia sanata dalla successiva approvazione dei creditori<sup>123</sup>.

#### 4. Il ruolo del giudice delegato e del tribunale

Una volta ottenuto il via libera, dal curatore e dal comitato dei creditori, al giudice delegato è rimesso il compito di sindacare la *ritualità* della proposta e dunque al giudice è sottratto ogni potere di valutazione sulla convenienza del concordato, potere consegnato ai creditori.

Per ritualità va inteso un controllo di pura legittimità<sup>124</sup> e cioè un controllo volto a far emergere eventuali vizi del procedimento; in particolare le condizioni di ammissibilità della domanda (ad esempio l'intempestivo deposito della domanda da parte del debitore, o l'omessa predisposizione dell'elenco provvisorio dei crediti<sup>125</sup>) e il difetto delle regole del procedere (ad esempio il mancato rilascio del parere del curatore)<sup>126</sup>; ma il giudice delegato potrebbe, anche, censurare gli adempimenti che competono agli altri organi della procedura, le quante volte reputi che i pareri forniti non siano sufficientemente intellegibili da portare i creditori ad esprimere un voto informato<sup>127</sup>. Per ritualità si potrebbe intendere anche un controllo sulla fattibilità del piano<sup>128</sup> ma nei limiti di quanto previsto nell'art. 7 CCII, e cioè in caso di manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati<sup>129</sup>. È, altresì, importante che nel controllo di ritualità si possa ricomprendere anche una verifica della completezza delle informazioni<sup>130</sup> e ciò al fine di assicurare un voto consapevole da parte dei creditori. Ove il giudice delegato, non ritenendo di concedere al proponente di integrare la domanda<sup>131</sup>, reputi di disporre l'arresto del procedimento, il provvedimento è reclamabile al collegio ai sensi dell'art. 124 CCII<sup>132</sup>, ma non ricorribile per cassazione stante l'assenza del requisito della definitività del provvedimento<sup>133</sup>. Tanto è vero che al proponente non è inibito presentare una nuova proposta che, però, dovrà distinguersi dalla precedente e rimuovere i

<sup>122</sup> Trib. Milano, 13/10/2008, in *Fall.*, 2009, p. 342

<sup>123</sup> Cass. civ., 26/11/2018, n. 30535, in *Fall.*, 2019, p. 907; Cass. civ., 29/07/2011, n. 16738, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2983; nella sostanza i giudici affidano le sorti del concordato assai più alla volontà dei creditori che al rispetto di tutte le regole del procedere (cfr. Cass. 19/04/2010, n. 9292, in *Fall.*, 2010, p. 795, che ha stabilito che qualora la proposta di concordato preveda il pagamento integrale per l'intero ceto creditorio, l'acquisizione del parere del comitato dei creditori è irrilevante; Cass. 26/11/2010, n. 24026, in *Rep. Foro it.* 2010, voce *Fallimento*, n. 555 che ha precisato che la relazione conclusiva che il comitato dei creditori deve depositare svolge essenzialmente una funzione informativa, volta cioè a fornire al tribunale elementi di fatto che gli permettano il giudizio di omologazione, senza incidenza sul diritto di difesa o il principio del contraddittorio, non potendo tra l'altro, il comitato dei creditori, prendere posizione, stante l'identità di termine, sulle eventuali opposizioni, con l'effetto che il mancato deposito della predetta relazione costituisce una mera irregolarità, non ostativa alla omologazione del concordato). Per Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 222, può essere sanato il difetto di motivazione ma non l'assenza del parere che, invece, renderebbe invalido l'intero procedimento

<sup>124</sup> Per Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, cit., p. 622, si tratta di un giudizio equiparabile a quello di ammissibilità; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Milano, 2010, p.401. In senso opposto Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 771, opina che il giudice dovrebbe occuparsi anche di legittimità sostanziale, ad esempio preoccupandosi della tutela del fallito, ma sul punto v., *supra* § 8.

<sup>125</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 621.

<sup>126</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, cit., p.1718.

<sup>127</sup> Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 158; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1428; Mimitoli, *sub art. 125*, cit., p. 1503; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p.693; Trib. Mantova, 20/02/2007, in *Fall.*, 2007, p. 828.

<sup>128</sup> D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 333.

<sup>129</sup> Trib. Avellino, 27/10/2021, in *Dirittodellacrisi.it*.

<sup>130</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p.1312.

<sup>131</sup> P. Farina, *sub art. 241*, cit., p. 1272.

<sup>132</sup> D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 330; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 278.

<sup>133</sup> Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 155; Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 116; Reali, *Il concordato fallimentare*, in *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di Trisorio Liuzzi, Milano, 2011, p. 320; Cass. civ., 20/05/2011, n. 11178, in *Rep. Foro it.* 2011, voce *Fallimento*, n. 297; Cass. civ., 29/07/2014, n. 17198, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 181; Cass. civ., 11/11/2020, n. 25316, in *Fall.*, 2021, p. 273.

vizi che ne hanno determinato l'arresto<sup>134</sup>. È stato suggerito di anticipare il controllo di ritualità del giudice delegato rispetto alla espressione dei pareri degli organi della procedura<sup>135</sup> al fine di evitare adempimenti che potrebbero rivelarsi inutili laddove sussistessero evidenti vizi della domanda; si può ben comprendere questa esigenza ma alla sola condizione che il controllo preventivo del giudice ricorra solo quando i vizi appaiano non emendabili e siano, davvero, di pura legalità formale.

Se nella proposta è prevista la suddivisione in classi occorre acquisire anche il (preventivo) giudizio del tribunale in composizione collegiale.

Nel momento in cui, nello stesso corpo dell'art. 241 CCII si stabilisce che il giudice delegato valuta la *ritualità* della proposta, mentre il tribunale verifica il corretto utilizzo dello strumento delle classi, all'evidenza si vuole segnalare l'importanza strategica delle classi.

Se il legislatore ha voluto affidare al tribunale un compito di tale portata, ciò è giustificabile, nell'ottica della contrattualizzazione del concordato, solo se si vuole che il voto sia espresso in modo imparziale. Al contrario, proprio nella prospettiva del concordato-contratto, si tratta di trovare una giustificazione dell'intervento giudiziario. La spiegazione sembra questa: il proponente è, in un certo senso, con tutti i condizionamenti e i vincoli di cui si è parlato, depositario delle regole del gioco, ma queste regole pur di formazione unilaterale debbono essere sottoposte ad un controllo esterno e solo quando questo controllo è positivo, si applicano ai destinatari.

Il controllo esterno è rimesso al tribunale, che deve pronunciarsi sulla correttezza delle classi, verificando l'omogeneità dei crediti inseriti in ciascuna classe<sup>136</sup>, ma senza avere il potere di riformulare la suddivisione (e tanto meno di giudicare l'equilibrio distributivo delle risorse); ciò a conferma del fatto che il controllo esterno non incide sull'autonomia delle parti. La valutazione attiene da un lato alla verifica che i creditori omogenei siano assemblati nella medesima classe e non distribuiti fra più classi e dall'altro lato al fatto che il trattamento riservato a ciascuna classe rispetto alle altre sia ragionevole<sup>137</sup> e non determinato dalla finalità di neutralizzare il voto dei probabili dissenzienti.

Ci si può chiedere se questa sia la sede perché il tribunale valuti possibili abusi nella formazione delle classi<sup>138</sup>; la preoccupazione è seria e tuttavia se davvero si vuole innestare la teoria dell'abuso del diritto (ormai, però, al netto dei principi espressi nell'art. 4 CCII) dentro la materia dei concordati<sup>139</sup>, occorre essere molto prudenti e preferire una soluzione che veda affrontato il tema dell'abuso nell'ambito del giudizio a contraddittorio pieno in sede di omologazione. Così pure deve essere svolto con estrema cautela il controllo sulla ragionevolezza e sulla giustificazione della suddivisione dei creditori in classi onde evitare che la verifica preliminare affidata al tribunale si traduca in una intromissione nella sfera di autonomia del proponente.

Sino a che la proposta non supera il vaglio del tribunale, ciò che rileva sembra essere il piano e cioè un atto di autonomia imprenditoriale, prima ancora che un atto di autonomia contrattuale.

<sup>134</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2641.

<sup>135</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p.1312.

<sup>136</sup> Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 278.

<sup>137</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2543; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1437; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p.397. Ad esempio ai creditori cc.dd. "strategici", a seconda delle situazioni, il proponente potrebbe offrire un trattamento migliore per garantirsi la continuità del rapporto, ma potrebbe - per converso - offrire un trattamento peggiore in quanto compensato dalla prosecuzione del rapporto. Per Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2636, al tribunale dovrebbe essere riconosciuto anche il potere di sindacare la ragionevolezza dei trattamenti differenziati.

<sup>138</sup> In questo senso Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 776.

<sup>139</sup> Cass. civ., 23/06/2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, 941.

Una volta che le regole suggerite dal proponente divengono regole condivise per effetto del vaglio di congruità del giudice, il gioco si dipana secondo i dettami del contratto, per cui è solo dall'incrocio delle volontà che sortiscono gli effetti voluti dal concordato.

Un provvedimento negativo del tribunale provoca l'arresto del procedimento e ciò rende possibile che sia reclamabile ai sensi dell'art. 124 CCII<sup>140</sup>

Quando la proposta è giudicata rituale viene avviata al voto dei creditori, ma prima di affrontare tale argomento è necessario esaminare dapprima l'eventualità che occorra provvedere sulla liquidazione concorsuale e, di poi, l'ipotesi della cd. competizione fra più proposte di concordato.

## 5. La sospensione della liquidazione

Nell'attuale assetto normativo del concordato non è previsto, espressamente, che il giudice delegato disponga l'arresto della liquidazione concorsuale<sup>141</sup>.

Tuttavia, occorre ricordare che nella disciplina della liquidazione (art. 217 CCII) è prevista l'attribuzione al giudice del potere di sospendere le vendite, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi, su istanza - anche - di altri interessati che ben possono identificarsi nel proponente il concordato<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Reali, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 319; Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 773; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p.84; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p.398; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p.694; Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1379.

<sup>141</sup> Il vecchio art. 125 l. fall. stabiliva che il giudice delegato poteva sospendere la liquidazione dopo il deposito della proposta di concordato (*ex multis*, Cass., 20/01/2011, n. 1344, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Fallimento*, n. 207), ma l'intervento del giudice era considerato frutto di un esercizio discrezionale e non vincolato del relativo potere; l'analisi della letteratura formatasi nel vigore della normativa abrogata è utile perché consente di allineare la nuova disposizione di cui all'art.108 l. fall. alla prevalente interpretazione fondata sul previgente art. 241; v., Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1989, p.549; Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, p. 601; Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. IX, Padova, 1986, p. 631; Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004, p.312, ad avviso del quale la sospensione andava negata solo in casi eccezionali quanto meno nel caso di concordato con cessione dei beni all'assuntore, rischiando di incidere pesantemente sulle aspettative di quest'ultimo; Jorio, *Le crisi d'impresa - Il fallimento*, Milano, 2000, p.730, secondo il quale la sospensione avrebbe dovuto essere disposta quando la prosecuzione delle attività tipiche del fallimento intralocerebbe il concordato; Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 538; Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1974, p.1799; Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, p.502; Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2001, p.651, sosteneva che il giudice delegato avrebbe dovuto sospendere la liquidazione solo qualora la proposta concordataria fosse stata seriamente formulata, così da ritenere la sussistenza di concrete probabilità di approvazione ed omologazione; Cass., 3/04/2002, n. 4760 in *Foro it.*, 2002, I, c. 2748; Cass., 01/04/1992, n. 3916, *id.*, 1992, I, c. 2709.

<sup>142</sup> Sulla possibilità di applicare la sospensione discrezionale di cui all'art. 108 l. fall., v. A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2540; Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 158; La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p.100; Minutoli, *sub art. 125*, cit., p. 1509; Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 798; Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 279; Guglielmucci, *sub artt. (124) 240-141*, cit., p. 1234; Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., p.218; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1425; Bosticco, *Il «nuovo corso» del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2007, p.832; Allegritti, *sub art. 125*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006, p.612; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p. 394; Trib. Mantova, 20/02/2007, cit., p. 828; per la praticabilità della sospensione senza un chiaro riferimento ad una disposizione specifica, v. Vitiello, *sub art. 125*, cit., p.2000. In parte diversa la posizione di Jachia, *Il concordato fallimentare*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti, Panzani, Milano, 2008, p. 594, ad avviso del quale, esclusa (giustamente) la facoltà di sospensione in capo al curatore o al comitato dei creditori, il giudice delegato rinvierebbe il potere di sospensione dall'applicazione analogica di [non ben precisate] norme del fallimento. Sull'opportunità di stabilire, caso per caso, la sospensione della liquidazione, conviene anche Bertacchini, *sub art. 125*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2006, p.787, che però sembra voler attribuire la valutazione sulla scelta della sospensione, al curatore e al comitato dei creditori nel momento in cui viene redatto il parere, ipotesi questa che non sembra trovare, però, alcune referenze normative nel testo della legge. Una posizione singolare è quella rappresentata da Villani, *Il concordato fallimentare*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, p. 508, il quale ritiene che occorrerebbe radicare una iniziativa cautelare secondo le norme del codice di rito

In assenza di una disciplina specifica<sup>143</sup>, il rinvio a tale disposizione comporta, peraltro, che debba essere rispettato il copione previsto dall'art. 217 CCII talché la sospensione può sì essere disposta dal giudice delegato, ma nell'ambito di un *iter* piuttosto complesso<sup>144</sup> che presuppone l'istanza di parte, l'assunzione del parere del comitato dei creditori, nonché una adeguata motivazione delle ragioni che possono portare, appunto, alla sospensione<sup>145</sup>; il provvedimento dovrebbe essere emesso, se chiesto sin dall'inizio, nel contesto del decreto che valuta, ai sensi dell'art. 241 CCII, la ritualità della proposta, ma anche dopo e finanche dopo l'aggiudicazione in sede espropriativa ma prima del decreto di trasferimento<sup>146</sup>.

Il provvedimento, positivo o negativo, è reclamabile al tribunale *ex art.* 124 CCII<sup>147</sup>, e secondo la giurisprudenza formatasi nel regime previgente, anche ricorribile per cassazione<sup>148</sup>.

## 6. La competizione fra più proposte

Quando, nel 2006, il legislatore decise di prevedere l'apertura della legittimazione ai terzi probabilmente nessuno poteva ipotizzare che in breve tempo sarebbe scomparsa la figura del concordato del fallito per fare posto all'ingresso di operatori professionali in un mercato *distressed* parallelo a quello dei *non performing loans*.<sup>149</sup> Nel breve volgere di un triennio per ben tre volte il legislatore si è dovuto occupare dell'argomento di come risolvere un'eventuale competizione fra più proposte concordatarie; ciò è accaduto dapprima col d.lgs. 5/2006<sup>150</sup>, per transitare dal d.lgs. 167/2007<sup>151</sup>, e per finire alla l. 69/2009.

L'incalzare della sovrapposizione normativa è dipeso, proprio, dalla profonda mutazione dell'istituto del concordato fallimentare nel momento in cui il legislatore ha stabilito di aprire la legittimazione alla presentazione della proposta a un terzo e ai creditori che si aggiungono, così, al fallito<sup>152</sup>. È chiaro che nel momento in cui più sono i soggetti che possono presentare una proposta, può accadere che le più proposte si possano temporalmente giustapporre; in tal caso occorre stabilire un criterio per gestire l'eventuale competizione.

Di ciò consapevole, dapprima il legislatore aveva stabilito (e si tratta del regime di legge vigente dal 16 luglio 2006 sino al 31 dicembre 2007) che le più proposte dovessero essere portate in votazione contemporaneamente; di poi (nel regime intermedio sino al 4 luglio 2009) si è passati alla soppressione del criterio regolatore (nel senso che più nulla era previsto), per poi giungere all'ultima soluzione che da un lato faceva riemergere la problematica, ma dall'altro offriva una opzione pratica di dubbia efficacia che in occasione della riforma del codice della crisi non è stata rimossa.

Nella disposizione che è vissuta per la breve stagione corrente fra il primo e il secondo decreto legislativo, si stabiliva che le proposte fossero portate in votazione contemporaneamente; ma una tale previsione assumeva un valore più programmatico che concreto, visto che nessuna regola precisa era poi fissata per disciplinare la fattispecie<sup>153</sup>.

<sup>143</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 622. Ma Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 223 ritiene che il provvedimento di sospensione sia addirittura atto dovuto.

<sup>144</sup> Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.63.

<sup>145</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 331; Reali, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 318.

<sup>146</sup> Cass., 19/04/2010, n. 9292, in *Fall.*, 2010, p. 795

<sup>147</sup> Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p.115.

<sup>148</sup> Cass., 19/04/2010, n. 9292, cit., p.795; Cass., 3/04/2002, n. 4760, in *Foro it.*, 2002, I, c.2748.

<sup>149</sup> Per una diversa valutazione v., però, Ranieli, *Dalla pluralità al concorso di proposte di concordato fallimentare: vizi procedurali e rimedi*, in *Fall.*, 2020, p. 1457

<sup>150</sup> *Ex multis*, A.M. Perrino, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., c. 203.

<sup>151</sup> Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 225.

<sup>152</sup> Pellizzoni, *Pluralità di proposte di concordato fallimentare e poteri di supplenza del giudice delegato*, cit., p. 724.

<sup>153</sup> Per simili valutazioni, Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 362; Vitello, *sub art. 125*, cit., p. 2001; Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p. 109.

Nel regime intermedio, pur in assenza di una regola specifica di comportamento, si riteneva che una qualche soluzione al problema dovesse comunque essere trovata<sup>154</sup>. La centralità dell'argomento si specchia nell'interesse manifestato dal legislatore con l'aggiunta di più innesti normativi e trae linfa da quello che è stato definito il nuovo mercato delle crisi d'impresa<sup>155</sup>.

La novellata trama della disciplina - ribadita parzialmente nel CCII - consta di tre passaggi: *i*) le proposte possono sovrapporsi solo sino a che il giudice delegato non ordina la comunicazione della proposta ai creditori (art. 241 CCII), talché per le proposte presentate successivamente il giudice delegato potrebbe emettere un provvedimento di sospensione, condizionato all'esito del procedimento sulle proposte tempestive<sup>156</sup>; *ii*) nel caso in cui sopraggiungano più proposte prima di quel momento, è il comitato dei creditori che deve valutare quale appare la migliore da sottoporre all'approvazione dei creditori; con un duplice corollario, per cui se il comitato non si esprime il giudizio passa al giudice delegato, fermo restando che il curatore può sollecitare il giudice a porre in votazione anche un'altra proposta (art. 241, comma 2, ult. periodo); *iii*) in caso di più proposte, deve reputarsi approvata quella che conquista maggiori consensi e a parità di consensi quella presentata per prima (art. 244 CCII).

La scelta temporale offriva più ombre che luci dal punto di vista sistematico, almeno per quanti ritengano che la proposta di concordato assuma il valore di proposta negoziale; infatti, non rileva tanto il momento in cui il giudice delegato ordina la comunicazione della proposta<sup>157</sup>, ma quello in cui la proposta viene accettata e dunque sino a quando non è scaduto il termine fissato dal giudice delegato per l'espressione del voto (con il sistema del silenzio-assenso), dovrebbe essere consentito arrestare l'*iter* del procedimento e disporre che tutte le proposte pervenute sino alla scadenza del termine fissato per la votazione, siano portate contemporaneamente in votazione<sup>158</sup>. La scelta di procrastinare il *dies ad quem* per la comparabilità fra le proposte sarebbe di sicuro coerente con la struttura negoziale del concordato, ma sarebbe anche economicamente efficiente perché distende in un arco temporale maggiore la possibilità della competizione<sup>159</sup>. Tuttavia, il dato di diritto positivo è inequivocabile e proprio la scelta di fissare un termine, impone di escludere che il giudice delegato possa revocare il proprio decreto<sup>160</sup> (di apertura delle votazioni) sol perché è stata depositata un'altra proposta di concordato; il potere di revoca sembra doversi negare perché altrimenti si attribuirebbe al giudice quel potere di valutare la convenienza delle proposte che la legge ha chiaramente escluso<sup>161</sup>. Il limite temporale per la proposizione di proposte concorrenti segna, implicitamente, anche il limite per la modificabilità della proposta<sup>162</sup>, nel

<sup>154</sup> Minutoli, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, cit., p. 216; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1050; Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 362.

<sup>155</sup> Di Marzio, Macario, *Introduzione*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio, Macario, Milano, 2010, p. VII; Lo Cascio, *Il curatore nel concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2007, p. 1100; Ambrosini, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, cit., p. 4.

<sup>156</sup> La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p.88.

<sup>157</sup> Trib. Palermo, 20/12/2006, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1342.

<sup>158</sup> In termini simili, Nisivoccia, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 983; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 461; Guglielmucci, *sub art. (124)*, cit., p. 1235. Contra, Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 794.

<sup>159</sup> Per perseguire analogo risultato Frascaroli Santi, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1384, suggerisce che il giudice delegato revochi il provvedimento con il quale dispone il termine per l'esercizio del voto. In senso opposto Farina, *Il concorso tra più domande di concordato fallimentare*, in *Dir.fall.*, 2010, I, p. 207, ritiene corretta questa soluzione di semplificazione e nega che il termine possa essere prorogato, in quanto perentorio; Caiafa, *Le nuove disposizioni in materia di proposta di concordato fallimentare*, *ibid.*, p. 224.

<sup>160</sup> P. Farina, *sub art. 241*, cit., p. 1273.

<sup>161</sup> Trib. Pordenone, 8/11/2010, in *Fall.*, 2011, p. 721; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2536.

<sup>162</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2633.

senso che una volta inviata al voto la proposta non può essere cambiata perché ciò imporrebbe, quanto meno, la rinnovazione della votazione.

Si discute se le proposte tardive meritino, comunque, l'attenzione del curatore e l'opportunità che di esse vengano informati i creditori, al fine di consentire loro di esprimere un voto più consapevole sulle alternative<sup>163</sup>.

Poco condivisibile risultava, poi, la soluzione con la quale si affidava al comitato dei creditori il compito di selezionare le più proposte. Il Codice della crisi ha opportunamente modificato il regime normativo stabilendo che tutte le proposte meritano di essere sottoposte al voto dei creditori, con la sola eccezione nel caso in cui il curatore e il comitato dei creditori, congiuntamente, ne individuino una o più maggiormente convenienti; in questo caso occorre una congiunta volontà degli organi della procedura e la valutazione di convenienza dovrebbe, almeno in linea di massima, significare che una o più sono decisamente più convenienti.

Se però più proposte possono avanzare, questo non significa che si apra una vera e propria gara al rialzo<sup>164</sup>, ma semplicemente che possono essere poste in competizione fra loro.

La deliberazione congiunta tra curatore e comitato dei creditori che blocchi l'iter per una proposta è atto che può essere impugnato; senonché, trattandosi di atto a formazione congiunta, per il proponente escluso sarà necessario interporre tanto il reclamo ai sensi dell'art. 133 che quello ai sensi dell'art. 141 CCII.

## 7. La comunicazione ai creditori

Una volta avviato il procedimento di concordato dopo il giudizio positivo sulla ritualità degli adempimenti preliminari, il giudice delegato fissa un termine, compreso fra i venti e i trenta giorni, entro il quale i creditori debbono far pervenire nella cancelleria del tribunale<sup>165</sup> le eventuali dichiarazioni di dissenso, posto che la votazione è organizzata col metodo del silenzio-assenso. I creditori dovrebbero ricevere (dal curatore)<sup>166</sup> una comunicazione<sup>167</sup> loro diretta ma è anche previsto che nel caso in cui sia assai elevato il numero dei creditori, il giudice delegato possa disporre forme alternative di notizia e in particolare attraverso gli organi di stampa (v. sub art. 242 CCII)<sup>168</sup>. Pur nella semplicità della disposizione alcune precisazioni vanno enunciate.

In primo luogo, i creditori - tutti, compresi quelli che non hanno diritto al voto salvo che non rinuncino al privilegio<sup>169</sup> - debbono essere compiutamente informati e debbono, quindi,

<sup>163</sup> A favore dell'informativa, v., Pellizzoni, *Pluralità di proposte di concordato fallimentare e poteri di supplenza del giudice delegato*, cit., p.730; *contra*, Trib. Pordenone, 8/11/2010, cit., p. 721.

<sup>164</sup> Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 235. Così, invece, Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p.795. In verità, una gara potrebbe essere ipotizzabile, con offerte al rialzo, ma solo prima che il giudice ne disponga la comunicazione ai creditori e, comunque, una gara - magari organizzata con la tecnica delle cc.dd. vendite competitive - non è in concreto ipotizzabile perché non sono previsti meccanismi di informazione dell'avvenuta presentazione di proposte di concordato e, al contrario, si pone la questione della segretezza.

<sup>165</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p.1314. Tale previsione sembra smentire il principio generale secondo cui tutte le comunicazioni debbono avvenire a mezzo posta elettronica certificata, v., Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 179. Non a caso, per Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2645, il voto dovrebbe essere validamente espresso anche con comunicazione trasmessa all'indirizzo pec della procedura.

<sup>166</sup> Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 778; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1439.

<sup>167</sup> La comunicazione va inoltrata con qualunque mezzo idoneo a fornire la prova della ricezione, v., Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, cit., p.100.

<sup>168</sup> Giustamente Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 780, rileva che questa forma di comunicazione dovrebbe essere utilizzata con molta parsimonia, considerando l'effetto del voto col silenzio-assenso.

<sup>169</sup> Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1440.

ricevere un estratto (quanto meno) della proposta<sup>170</sup>, corredato dai pareri e dal decreto del giudice delegato che fissa il termine per il voto<sup>171</sup>, nonché tutte le informazioni pratiche utili a comprendere come il diritto di voto vada esercitato.

In secondo luogo, il termine per esprimere il voto va considerato perentorio<sup>172</sup> (e non soggetto a sospensione feriale non essendo un termine processuale) e decorre, per scelte del legislatore, dalla comunicazione<sup>173</sup> e non dalla ricezione, col risultato che potrebbe anche accadere che un creditore sia informato della proposta di concordato a termini scaduti senza aver potuto manifestare il voto e la soluzione è tanto più ardita ove si noti che vale il principio del silenzio-assenso; questo rischio, però, è attenuato dal fatto che la comunicazione avviene a mezzo di posta elettronica certificata. Ove il creditore non sia posto nelle condizioni di votare, neppure tardivamente (e cioè quando si appuri un fatto incolpevole), e in ogni caso di mancato invio della comunicazione, soccorre la regola della c.d. prova di resistenza, talché il vizio del procedimento si risolve in vizio della deliberazione di approvazione ove si dimostri che un voto, favorevole o contrario, avrebbe mutato il risultato della maggioranza<sup>174</sup>.

Il voto va espresso in forma libera ma comunque per iscritto e depositato o fatto pervenire nella cancelleria del tribunale

I creditori debbono essere compiutamente informati della proposta di concordato e debbono essere posti nelle condizioni di verificare anche le alternative praticabili in modo da esprimere un giudizio serio e meditato<sup>175</sup>.

Non sempre, però, si partecipa alla votazione solo per manifestare il dissenso. Come si vedrà oltre, infatti, poiché i creditori privilegiati, di regola, sono esclusi dal voto, qualora vogliano partecipare (perché rinunciano alla prelazione) o debbano partecipare (perché la proposta ne prevede un soddisfacimento non integrale), possono esprimere il loro consenso votando<sup>176</sup>. I creditori privilegiati esclusi dal voto sono, però, soltanto quelli che godono di un privilegio sui beni del debitore (e non quelli che vantano garanzie su beni di terzi)<sup>177</sup>. Alla votazione partecipano i creditori ammessi e quelli ammessi con riserva; nel caso, invece, di proposta presentata prima della formazione dello stato passivo, i creditori ammessi al voto sono quelli che risultano nell'elenco provvisorio<sup>178</sup>. Non sembra invece plausibile la partecipazione al voto di coloro che vantano una garanzia sul patrimonio del debitore ma il loro credito è rivolto verso un terzo<sup>179</sup>.

Si ammette che la manifestazione di voto possa essere revocata entro il limite ultimo fissato per la votazione<sup>180</sup>.

Con la riforma del Codice è stata soppressa la previsione (allocata nell'art. 125 ult. comma l.fall.) dell'invio della comunicazione agli organi deputati a convocare l'assemblea degli

<sup>170</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2642. L'esigenza di comunicare integralmente la proposta va assecondata con una certa elasticità e dunque ciò che va trasmesso ai creditori è il contenuto essenziale, quello che consente di formarsi un primo convincimento sul voto da esprimere, v., Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 243.

<sup>171</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, cit., p.1722.

<sup>172</sup> La Malfa, *L'ammissione alla procedura*, cit., p.97; Minutoli, *sub art. 125*, cit., p.1511; Di Iulio, Farina, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 540; Trib. La Spezia, 15/10/2009, in *Fall.*, 2010, p. 348.

<sup>173</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, cit., p.1723.

<sup>174</sup> Di Cecco, *sub art. 125*, cit., p.1723; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p.697; Minutoli, *sub art. 125*, cit., p.1511.

<sup>175</sup> Nardecchia, *La ripartizione fisiologica e patologica dei poteri degli organi della procedura nell'esame della proposta concordato fallimentare*, cit., p.1715

<sup>176</sup> Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 461; Reali, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 321.

<sup>177</sup> Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 782.

<sup>178</sup> Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 280; Minutoli, *sub art. 125*, cit., p.1510.

<sup>179</sup> In senso opposto, Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 133.

<sup>180</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2543; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2647.

obbligazionisti (e dei titolari di strumenti finanziari partecipativi) il che induce il dubbio<sup>181</sup> se tale espunzione abbia un significato. L'art. 2415 c.c. stabilisce che compete alla assemblea la deliberazione sulla proposta di concordato, sì che l'espunzione non parrebbe di per sé idonea a postulare che il voto debba essere espresso da ciascun singolo obbligazionista. Semmonché, nell'art. 240 comma 3 CCII si è previsto che debba essere formata la classe degli obbligazionisti (o dei titolari di strumenti finanziari partecipativi) il che induce a ritenere che tutti i portatori di titoli esprimano un voto singolo che va a confluire in quello di classe. In questo modo è parzialmente osservata la regola di cui all'art. 2415 c.c., nel senso che viene espresso un voto di classe unitario. Tuttavia, mente in passato il voto della assemblea comportava che il risultato complessivo ai fini della maggioranza numerica fosse quello dell'intero debito obbligazionario, ora il voto di classe serve ai fini della maggioranza delle classi, ma ai fini della maggioranza assoluta

## 8. La comunicazione “agevolata”

Come si è visto nel commento all'art. 241 CCII i creditori vengono informati dell'avvenuta presentazione di una proposta di concordato con una comunicazione del curatore, trasmessa a mezzo di posta elettronica certificata.

La comunicazione a mezzo posta elettronica certificata è abbastanza agevole anche quando deve essere diretta ad una pluralità di creditori visto che diverse “*software house*” propongono applicativi idonei a gestire comunicazioni a numerosi destinatari. In questo senso, la previsione contenuta nell'art. 242 CCII appare residuale<sup>182</sup> in quanto si deve reputare applicabile, davvero, solo quando il numero dei destinatari sia tale da rendere complicata la verifica di effettiva trasmissione e, soprattutto, ricezione della comunicazione. Poiché la comunicazione diffusa rende meno agevole la conoscenza da parte del destinatario, è opportuno che questa scelta venga assunta nelle sole situazioni in cui, davvero, sia difficoltosa la comunicazione individuale<sup>183</sup>.

## SEZIONE III: VOTAZIONE E APPROVAZIONE

### 1. Note introduttive

La fase del procedimento dedicata alla votazione esprime appieno la vocazione negoziale del concordato, pur se come si è enunciato sub art. 240 CCII, il concordato nella liquidazione giudiziale non può essere ridotto ad un episodio meramente contrattuale sottoposto al dominio delle parti.

Quando si riconosce preminente rilievo alla vocazione negoziale del concordato è evidente il ruolo decisivo giocato dalla votazione. Con la votazione, infatti, viene a conformarsi la volontà dei creditori, volontà che viene esternata a maggioranza (cfr., sub art. 244 CCII).

La già ricordata attenuazione dello spettro del controllo del tribunale rende ancor più decisivo il valore dell'approvazione del concordato posto che una volta che la maggioranza si è formata, diviene poi complicato per il creditore dissenziente opporsi al concordato

Nei §§ che seguono verranno, quindi, svolte talune riflessioni sul modo di intendere il voto e sulle modalità di voto.

<sup>181</sup> Pacchi, *sub art. 241*, cit., p.1315.

<sup>182</sup> A.M. PERRINO, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2538 ss.

<sup>183</sup> Pacchi, *sub art. 242*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco- Spagnuolo, Torino, 2024, p.1317.

## 2. L'inquadramento del tema

Il tema della votazione implica una serie di valutazioni che vanno dal metodo della votazione, metodo che si esprime nel silenzio-assenso voluto dal legislatore (art. 241 CCII)<sup>184</sup>; al tema dell'attribuzione del diritto di voto ad alcune categorie di creditori privilegiati (art. 243, 2°, 3° e 4° comma CCII); ma un tema di indagine sarà anche quello delle esclusioni dal diritto di voto (art. 243, 5°, 6° e 7° comma CCII), e così pure occorre parlare del metodo di computo della maggioranza (art. 244 CCII).

## 3. Il voto come alternativa al controllo giudiziale

È bene spiegare subito la ragione per la quale l'argomento del "voto" merita un'attenzione maggiore di quanta debba essere dedicata alla "votazione". La ragione sta, tutta, nella profonda diversità ontologica impressa dalle riforme del 2005-2007 alle soluzioni concordatarie.

È ben noto quanto poco fosse decisivo l'esito del voto nel concordato costruito nella legge del 1942. Infatti, se è vero che la mancata approvazione del concordato e cioè il mancato raggiungimento della maggioranza impediva l'omologazione, al contrario il conseguimento della maggioranza non assicurava affatto l'omologazione perché il controllo che poteva essere esercitato dal tribunale travalicava le potenziali doglianze dei creditori, in quanto in via officiosa il giudice poteva rifiutare l'omologazione valutando la proposta come non conveniente, anche quando, paradossalmente, si fosse raggiunta l'unanimità del consenso<sup>185</sup>.

È chiaro, allora, che era sì importante stabilire il diritto al voto, così come il raggiungimento della maggioranza attraverso un computo fondato sulla corretta formazione della platea dei votanti, ma sulla volontà dei creditori incombeva in modo soverchiante la volontà del tribunale.

È giusto rammentare che la pervasività del controllo giudiziale non era legata soltanto ad una concezione pubblicistica dei concordati, ma anche e soprattutto al bisogno di un controllo eteronomo offerto a garanzia dei creditori estranei. Poiché il concordato omologato è obbligatorio nei confronti di tutti i creditori concorsuali (art. 248 CCII), la giustificazione degli effetti del concordato verso i terzi era fondata sulla presenza di un sindacato affidato ad un organo neutrale, il tribunale, organo che rappresentava anche l'unica effettiva risorsa per riequilibrare la forza della maggioranza con i diritti della minoranza<sup>186</sup>. La "pace sociale" era affidata al giudice.

Ora che la pace sociale non può più essere gestita con efficacia dal tribunale al lume del fatto che il controllo di convenienza è escluso quando mancano opposizioni ed è relegato ad ipotesi quasi marginali quando opposizioni vengono presentate (e si badi che mentre nel concordato preventivo si conferma che è demandato al giudice un controllo di fattibilità, nel concordato fallimentare neppure ciò può essere indagato dal tribunale)<sup>187</sup>, è evidente che si

<sup>184</sup> Il sistema del silenzio-assenso non è replicato né nel concordato preventivo dove il voto si esprime col consenso, né nel concordato della l.c.a. dove il voto non è previsto ma è surrogato dalla facoltà di proporre opposizione, né nel concordato dell'amministrazione straordinaria base (che rinvia alle regole della l.c.a.), né nel concordato semplificato; è, parzialmente, osservato ma in via residuale nel concordato dell'amministrazione straordinaria speciale. V. sul punto, D'Alessandro, *Il « nuovo » concordato fallimentare*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio, Macario, Milano, 2010, p. 398.

<sup>185</sup> Rispetto alla vecchia disciplina v., Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 381.

<sup>186</sup> Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 18.

<sup>187</sup> Ma va segnalata la recente Cass. civ., 25/10/2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, p. 167, che ha per la prima volta affermato che il tribunale non può e non deve valutare la fattibilità tema che compete ai creditori. Su tale pronuncia v. gli opposti commenti di Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo* e di Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, entrambi *ibid.*, 2011, p. 172 ss. Più di recente, v. le contrapposte Cass. civ., 16/09/2011, n. 18987 e Cass. civ., 15/09/2011, n. 18864, entrambe in *Foro it.*, 2012, I, c. 170.

generano le condizioni per il risorgere dei conflitti di classe, declinati nei conflitti fra classi di creditori.

Dal momento che i creditori, suddivisi o no che siano in più classi, si esprimono prima col voto e solo dopo, con l'opposizione, è evidente qual è, oggi, l'importanza del voto di ciascun creditore.

#### 4. Il voto come base di un accordo

La decisività del voto (oggi assai più che in passato) impone uno sforzo importante per penetrare nella manifestazione di voto, voto che va sottoposto ad una profonda scansione.

Se si crede che il concordato nella liquidazione giudiziale abbia un'impronta marcatamente contrattuale è, non solo opportuno ma necessario confrontarsi con gli istituti del diritto civile per vedere quali di essi possono essere trapiantati con successo in modo da offrire garanzie volte a conservare un equilibrio fra creditori consenzienti e creditori dissenzienti ed estranei.

Provando a dare come postulato un forte valore negoziale alla proposta concordataria, ne consegue che il voto appare come una porzione dell'accettazione della proposta (o se negativo del rifiuto della proposta) ed allora possono essere valutate alcune nozioni classiche del diritto civile: il voto deve essere espresso in modo informato (e non condizionato da possibili errori percettivi), deve essere genuino, va manifestato nel rispetto della buona fede, non devono essere violate le norme imperative.

Se tutte queste condizioni vengono rispettate ciascun voto confluisce in una somma di voti che si trasforma in maggioranza se ricorrono talune regole ulteriori che non possono non presupporre l'esistenza di una comunità omogenea e organizzata perché solo in un contesto siffatto la regola di maggioranza privata dell'eteronomia espressa dal controllo giudiziale, può funzionare.

Dapprima si deve avere riguardo al singolo voto per poi spostare l'attenzione sulla regola di maggioranza.

#### 5. Le regole per un voto informato

Il creditore esprime un voto valido (non importa se manifestato col mero silenzio) se è consapevole del significato del voto e di ciò che la sua volontà concorre a formare [la maggioranza]; il voto, dunque, è consapevole quando è debitamente informato<sup>188</sup>. Nel concordato nella liquidazione giudiziale una corretta informazione si traduce nel rispetto di queste regole tecniche: *a)* il curatore deve comunicare a ciascun creditore la proposta corredata dei pareri del curatore e del comitato dei creditori (o del giudice delegato quando il comitato non funziona)<sup>189</sup>; *b)* i creditori devono essere avvisati del modo in cui possono assumere ulteriori informazioni ai fini di modulare il loro voto; *c)* al creditore deve essere concesso un termine - perentorio non soggetto a sospensione feriale<sup>190</sup> - congruo (che il legislatore ha fissato fra venti<sup>191</sup> e trenta giorni) per l'espressione del voto<sup>192</sup>.

<sup>188</sup> Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, p. 101.

<sup>189</sup> Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 280.

<sup>190</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p.2660.

<sup>191</sup> Termine minimo che se non rispettato porta alla nullità della votazione, Zanichelli, *Concordati giudiziali*, Milano, 2010, p. 407.

<sup>192</sup> A differenza del concordato preventivo dove si celebra un'udienza nella quale i creditori in assemblea manifestano il voto, nel concordato fallimentare opera il principio del *silenzio-assenso*. I creditori non devono dichiarare il consenso, perché è presunto, ma debbono, invece, manifestare il dissenso. La dichiarazione di voto favorevole è irrilevante, mentre è decisiva la dichiarazione di voto contrario; questo metodo di votazione determina conseguentemente che l'astensione dal voto, equivalga di fatto all'adesione. Questa scelta è

Nel parlare di corretta informazione è opportuno essere un poco più precisi: poiché il concordato è una soluzione alternativa alla liquidazione concorsuale, qualora la proposta concordataria sia avanzata dopo che il curatore ha già presentato il programma di liquidazione e questo è stato approvato (art. 213 CCII), il parere reso dal curatore ai sensi dell'art. 241 CCII dovrebbe necessariamente tener conto del programma di liquidazione.

In secondo luogo, una corretta e ampia informazione può significare anche adeguata rappresentazione di eventuali altre proposte di concordato.

In terzo luogo, qualora la proposta sia stata articolata con suddivisione dei creditori in classi e il tribunale abbia operato la valutazione preliminare di corretta composizione, è opportuno che al singolo creditore sia comunicato in quale classe risulta collocato e come sono suddivise le classi. Diversamente da quanto accade nel concordato preventivo, qui non esiste una regola che stabilisca se e quando la formazione delle classi è obbligatoria; pertanto, in questo modello di concordato la suddivisione resta facoltativa ma le ipotesi indicate nell'art. 85 CCII debbono fungere da criterio di orientamento per riconoscere il corretto inserimento dei creditori nelle classi.

Il voto deve essere genuino e cioè non inquinato da situazioni non dichiarate dal proponente o dal singolo creditore. Si consideri, dapprima, il punto di vista del proponente.

Per comprendere cosa si intende per voto non genuino in quanto manipolato dal proponente occorre fare qualche passo indietro per delineare i confini dei creditori ammessi al voto. Infatti, a differenza del concordato preventivo, in quello nella liquidazione giudiziale i creditori ammessi al voto non dipendono dalla volontà del proponente ma sono quelli che risultano o *i*) dall'elenco provvisorio formato dal curatore e approvato dal giudice delegato (art. 240 CCII)<sup>193</sup>, o *ii*) dallo stato passivo reso esecutivo (art. 204 CCII)<sup>194</sup>: non sono ammessi al voto, pur essendo destinatari della proposta, tanto i creditori tardivi, quanto i creditori oppositori<sup>195</sup>. Il quadro disciplinare muta laddove l'ammissione al passivo intervenga prima della scadenza del termine per la votazione nel caso dell'opposizione allo stato passivo che si conclude con un decreto di ammissione<sup>196</sup>, mentre se sopraggiunge il decreto di ammissione sulla domanda tardiva, occorrerà verificare se il proponente-terzo abbia limitato la propria responsabilità ai creditori risultanti dallo stato passivo tempestivo, come gli è consentito.

Ecco che la questione della genuinità del voto può essere macchiata non già dalla presenza del creditore nella platea di coloro che debbono esprimere il voto (presenza che deriva da un atto del giudice), ma dalla collocazione del creditore in una o altra classe o, in caso di assenza di classi dalla sussistenza di un interesse eterogeneo. È chiaro che il voto è inquinato se un creditore lo esprime nell'ambito di una classe non omogenea. Questa è la ragione per la quale, come già accennato, occorre che i creditori siano adeguatamente informati in merito alle classi; quest'informazione dovrebbe essere recuperabile dalla proposta (perché solo se la suddivisione è corretta il procedimento può progredire visto il telaio dei controlli

---

dichiaratamente volta a favorire l'omologazione del concordato sul presupposto che una volta dichiarato il fallimento, una soluzione concordata è ragionevolmente migliore dell'evoluzione liquidatoria della procedura.

<sup>193</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 624; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 329. Tuttavia, se prima che scada il termine per le votazioni, lo stato passivo viene reso esecutivo si dovrebbe avere riguardo al decreto del giudice delegato, v., Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2648.

<sup>194</sup> Certo, la formazione dell'elenco provvisorio non fornisce tutte quelle garanzie che assicura il procedimento di accertamento dello stato passivo ma la patologia non sembra annidarsi nel modo in cui l'elenco è formato, anche perché un sindacato sull'elenco non è del tutto escluso; sul punto cfr., Di Cecco, *sub art. 127*, in *La legge fallimentare dopo le riforme*, diretto da Nigro, Sandulli, Santoro, vol. II, Torino, 2010, p. 1742.

<sup>195</sup> P. Farina, *sub art. 243*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1277.

<sup>196</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2648.

preliminari di cui all'art. 241 CCII) ed in ogni caso il curatore dovrebbe fornire un'adeguata rappresentazione della disposta frammentazione.

## 6. Principi civilistici nella manifestazione di voto

La genuinità del voto la si può riguardare anche dall'angolo visuale del creditore il quale viola il parametro del comportamento corretto (art. 1175 c.c., art. 4 CCII<sup>197</sup>) se è a conoscenza di essere stato collocato in una classe rispetto alla quale difetta l'omogeneità, ovvero se non dichiara che la sua posizione è significativamente diversa da quella di tutti gli altri creditori [quando è mancata la suddivisione in classi]. In entrambi questi casi, il voto non è invalido in senso assoluto, ma lo è in quanto ubicato nella classe non idonea ad accoglierlo. Si è ben consapevoli che tale indicazione può apparire velleitaria e forse quasi bizzarra perché si obietta che è impensabile che un creditore, magari contro il suo interesse, operi una *disclosure* della sua posizione. Eppure, occorre rendersi conto che un sistema che vuole dirigersi verso l'esaltazione dei principi del diritto privato dei contratti non può non fare i conti con le regole del diritto delle obbligazioni.

Quando ci si muove all'interno di un'area il cui perimetro è tracciato dai principi del contratto, è necessario per il funzionamento del sistema e per il bilanciamento dei plurimi interessi che sono coinvolti che ciascuno dei protagonisti osservi regole di comportamento tipiche di quel sistema. È chiaro, allora, che è il diritto della responsabilità civile che deve costituire il giusto deterrente per indirizzare le condotte individuali in un contesto di correttezza.

È inutile negare che il diritto concorsuale passato si reggesse su due capisaldi della cd. concorsualità sistematizzata: *a)* la tutela reale costituita dall'azione revocatoria fallimentare; *b)* il controllo eteronomo del giudice sulle procedure concordate. Sebbene con gradualità diverse, questi capisaldi sono grandemente arretrati ed allora, posto che occorre evitare che un mercato etero regolamentato si trasformi in una giungla è inevitabile che la cornice del sistema vada individuata nella responsabilità civile. Solo così si riesce a giustificare la transizione verso l'autonomia negoziale e a comprendere che il richiamo alla buona fede è atto di responsabilità e non mera idealità<sup>198</sup>: ora, poi, questa evocazione della buona fede è esaltata nei principi generali del Codice.

Il richiamo all'applicazione delle regole di diritto privato impone di valutare se il voto espresso sia revocabile o modificabile. Se si asseccasse una lettura chiaramente improntata all'importazione dei principi dei contratti, il voto non potrebbe mai essere revocato una volta manifestato perché dovrebbe operare il disposto dell'art. 1326 c.c. secondo il quale la notizia del ricevimento della proposta segnerebbe il limite alla revoca<sup>199</sup>. Tuttavia poiché la manifestazione di voto si esprime nell'ambito di un procedimento, sino a che questo non sia concluso - e cioè sino alla scadenza del termine fissato dal giudice per il voto - , il ripensamento del creditore potrebbe essere ammesso.

## 7. Fattispecie speciali di votanti

Rinviando a quanto si illustrerà a proposito di come si giustifica l'applicazione del principio di maggioranza (cfr., sub art. 244 CCII), occorre valutare come la maggioranza si forma. Il quesito al quale si vuol dare risposta non attiene tanto alla disamina del computo

<sup>197</sup> Il profilo della correttezza è trattato da Trib. Napoli, 22/10/2008, in *Fall.*, 2009, p. 458, alla luce della derivazione negoziale del concordato ma con riguardo alla proposta e non al voto.

<sup>198</sup> Questa è la ragione per la quale appare di fondamentale importanza una decisione (Trib. Milano, 18/01/2011, in *Fall.*, 2011, p. 496) con la quale, per la prima volta, i giudici si sono confrontati sul tema della responsabilità civile derivante dall'impraticabilità del rimedio dell'azione revocatoria.

<sup>199</sup> Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio, Fabiani, Bologna, 2010, p. 790.

della maggioranza<sup>200</sup> e neppure alle dinamiche, per vero piuttosto complesse, di accertamento della base dei votanti<sup>201</sup>. Più interessante appare l'esame delle questioni che attengono al riconoscimento del diritto di voto in occasione di situazioni particolari, oggi consentite dalla nuova flessibilità della proposta<sup>202</sup>, sia per ciò che attiene alla formazione di classi di creditori, sia per ciò che attiene alla trattabilità dei creditori privilegiati.

### 7.1. Il creditore chirografario interamente soddisfatto

Anche in passato era possibile che accadesse che nella proposta di concordato fosse previsto il pagamento integrale di tutti i creditori e dunque anche di quelli chirografari. Tale eventualità si rafforza oggi nella misura in cui il proponente può stabilire che ai creditori chirografari vengano attribuite diverse percentuali di soddisfacimento del credito e fra questa anche un pagamento integrale.

Si tratta, allora di verificare se i creditori chirografari che votano per l'intero loro credito, vadano ammessi al voto pur quando siano soddisfatti integralmente; nessuna suggestione deve dipendere dal trattamento previsto per i creditori privilegiati.

Intanto va precisato che la legge (artt. 243 CCII) non vieta al creditore di votare se soddisfatto integralmente e stabilisce la base degli ammessi al voto avendo riguardo al ceto chirografario in generale.

V'è da chiedersi se esista un interesse di questi creditori ad esprimere il voto e la risposta non può che essere affermativa<sup>203</sup>. Il creditore può avere interesse a rifiutare la proposta perché ritiene che la liquidazione concorsuale possa dare un risultato superiore e quindi tranquillizzante al confronto con un proponente-assuntore di cui magari si dubita che sia un soggetto pienamente solvibile. Non va, infatti, dimenticato che un conto è la proposta allettante per il creditore, altro conto è che la proposta sia giudicata anche oggetto di sicuro adempimento.

Par, dunque, che tutti coloro che appartengono al ceto chirografario debbano essere ammessi al voto per l'intero importo del loro credito<sup>204</sup>. Quando ci si riferisce al ceto creditorio, sia chiaro che si deve avere riferimento al credito e non al creditore. Tale distinzione appare significativa tutte le volte in cui un creditore sia titolare di crediti derivanti da titoli diversi, tali da dover essere collocati in classi diverse. Occorre guardare, infatti, all'omogeneità dei crediti più che alla omogeneità dei creditori.

### 7.2. La *ratio* dell'esclusione dal voto dei creditori privilegiati

Al metodo del silenzio-assenso assunto come regola, fa eccezione il caso in cui un creditore privilegiato *voglia* votare; ciò è possibile purché il creditore privilegiato dichiari di rinunciare almeno ad un terzo del diritto di prelazione sul credito vantato (in tal caso il creditore vota sia per esprimere il dissenso che il consenso). La rinuncia è sospensivamente

<sup>200</sup> Qui l'aspetto dominante sembra esser quello dell'eliminazione della maggioranza "per teste".

<sup>201</sup> Quando la proposta di concordato è discussa dopo che è già stato reso esecutivo lo stato passivo, la selezione dei creditori ammessi al voto rispecchia il decreto di esecutività, mentre quando la proposta è anticipata, la formazione dell'elenco provvisorio dei creditori pone problemi piuttosto articolati.

<sup>202</sup> Sul valore della flessibilità, Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 685; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 457; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, Milano, 2016, p. 1408.

<sup>203</sup> In termini simili Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2649; in senso opposto Pacchi, *sub art. 243*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco- Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1319..

<sup>204</sup> Stanghellini, *sub art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 2006, p. 1981; in senso opposto La Malfa, *sub art. 127*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, Milano, 2010, p. 96; Di Cecco, *sub art. 127*, cit., p. 1753; Minutoli, *sub art. 127*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p.1523; in senso contrario, Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 329, ritengono che i creditori non debbano votare se soddisfatti integralmente; P. Farina, *sub art. 243*, cit., p. 1278.

condizionata all'approvazione ed all'omologazione del concordato<sup>205</sup>. Il creditore vota nella misura pari alla porzione di credito per il quale ha rinunciato alla prelazione. La rinuncia viene palesata nel momento in cui il creditore esprime il proprio voto.

Il creditore privilegiato è ammesso al voto (ma in questo caso torna ad applicarsi la regola del silenzio-assenso)<sup>206</sup> quando nella proposta non ne è previsto il pagamento integrale. Ancorché la norma (art. 243 CCII) si esprima in modo equivoco come se la porzione del credito privilegiato insoddisfatto debba essere trattato (e pagato) come un credito chirografario, il significato della disposizione è quello di fissare la misura del credito per cui si è ammessi al voto. Il creditore privilegiato vota per la parte di credito non garantito dal privilegio.

Il fatto che il creditore privilegiato non sia ammesso al voto significa che il voto si considera come neutrale ai fini del calcolo della maggioranza; v'è da ritenere, infatti, che la volontà espressa dal creditore privilegiato di aderire al concordato non sia più indice presuntivo della volontà di rinunciare alla prelazione<sup>207</sup>. Non avere diritto al voto (art. 243 CCII) non vuol dire che l'espressione del voto significhi volontà di partecipare alla maggioranza e dunque rinunciare alla prelazione, ma più semplicemente che la manifestazione di voto non produce alcun effetto.

Ora, per affrontare le situazioni controverse è necessario acquisire la *ratio* dell'esclusione dal voto.

La regola che esclude dal voto i creditori privilegiati soddisfatti per l'intero potrebbe dimostrare che non v'è diritto di voto se si è soddisfatti per l'intero; ma già si è dimostrato che i creditori chirografari appostati in una classe di cui fosse proposto il pagamento integrale sono ammessi al voto. L'art. 243 CCII non sembra, dunque, porre questa regola.

Al fondo, l'interrogativo è molto semplice: occorre trovare la ragione dell'esclusione del diritto di voto. La risposta più accreditata è che non hanno diritto al voto quei creditori che sono indifferenti alla soluzione concordataria o concorsual-liquidatoria perché per loro il trattamento è identico nell'uno e nell'altro caso<sup>208</sup>. In verità non è proprio così e lo dimostra il fatto che nel vecchio regime del concordato preventivo non avevano diritto al voto i creditori muniti di ipoteca (per fare un esempio) su un bene non capiente: per loro l'opzione non era affatto indifferente perché nel concordato avevano diritto a percepire l'intero mentre nel fallimento sarebbero stati soddisfatti in relazione al grado dell'iscrizione ipotecaria.

Quindi la ragione dell'esclusione del voto non è l'indifferenza rispetto al trattamento<sup>209</sup>, quanto, invece, l'interesse alla regolazione concorsuale secondo la disciplina della liquidazione giudiziale o secondo quella del concordato. Va ricordato che sono entrambe discipline di concorso, ma l'una è retta da regole imposte (nella liquidazione giudiziale), l'altra da regole negoziate (nel concordato).

Ed allora, quando le regole negoziate derogano alle regole imposte ecco che sussiste l'interesse al voto. L'esempio paradigmatico è quello del creditore con ipoteca su un bene rispetto al quale la proposta di concordato preveda un trattamento sì integrale ma differito nel tempo, con prefissazione di termini di soddisfacimento; non diversamente si ragiona così anche quando il soddisfacimento previsto è sì integrale ma non con mezzi diversi dal denaro.

<sup>205</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2657.

<sup>206</sup> Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 281.

<sup>207</sup> Zanichelli, *Concordati giudiziali*, cit., p. 411; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 457; contra, Vitiello, *sub art. 125*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, p. 1998.

<sup>208</sup> Così, Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Padova, 2008, p. 720; Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 182.

<sup>209</sup> Così Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 625; Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio, Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 184.

Si può certo dubitare che una siffatta proposta sia ammissibile<sup>210</sup>; tuttavia se il dato letterale della disposizione (art. 240 CCII) non esclude questa possibilità e se si valorizza la circostanza che il contenuto della proposta è connotato dalla flessibilità, andrebbe preferita la tesi che consente questa deroga al trattamento integrale. Se è così, ci si trova di fronte ad una regola negoziata che deroga alla regola imposta, posto che nella liquidazione giudiziale il curatore dovrebbe senza indugio, e comunque non appena possibile, procedere alla liquidazione del cespite sul quale insiste la garanzia.

Diverso è il discorso là dove sia il proponente a stabilire *ex ante*, a prescindere dalla liquidabilità immediata del bene, che questo sarà alienato ad un certo tempo data; in questo caso e pur ipotizzando la corresponsione degli interessi, sembra naturale che il creditore possa esprimere il voto<sup>211</sup> (considerando che il voto sembra escluso in caso di pagamento integrale ma non in caso di soddisfacimento integrale)<sup>212</sup>, anche se non è semplice stabilire in che misura ciò avvenga. Infatti il possibile pregiudizio non è tanto monetario quanto finanziario<sup>213</sup>, posto che la liquidazione giudiziale potrebbe assicurargli un tempo di acquisizione della liquidità che non sarà quello del concordato; il creditore sa che non percepirà la somma per un lungo periodo anche se poi quando la percepirà riceverà anche gli interessi (ove il valore del bene coprisse il capitale, ma non gli interessi, sarebbe necessaria una perizia di stima che stimi il “disavanzo”<sup>214</sup>). Si può immaginare un criterio di capitalizzazione tale da esprimere un differenziale traducibile in denaro e per questa quota il creditore va ammesso al voto. Pertanto, pur con le dovute cautele, va ammesso che il debitore possa proporre una dilazione del tempo di pagamento dei creditori privilegiati assicurando loro la corresponsione degli interessi ed in più questi creditori dovrebbero essere ammessi al voto<sup>215</sup> per il danno che loro deriva dalla mancata disponibilità delle somme per il periodo per il quale è stabilito il differimento del pagamento<sup>216</sup>. Non va escluso, però, che al fondo anche questo caso si traduca in una non integrale soddisfazione e che pertanto anche su questo, si riveli necessaria la perizia di stima<sup>217</sup>. In conclusione, la soluzione più equilibrata, anche traendo spunto da quanto si prevede nel concordato preventivo all’art. 109 CCII, sembra essere quella di ammettere al voto il creditore privilegiato quando il pagamento è stabilito oltre centottanta giorni dall’omologazione ed il voto va espresso per intero.

<sup>210</sup> Per l’esclusione di un soddisfacimento del credito privilegiato con forme diverse dal denaro, v. Zanichelli, *Concordati giudiziali*, cit., p. 381; Nisivoccia, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur.comm.*, 2009, I, p. 109; in senso affermativo, Guerrera, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, p. 1084; Stanghellini, *sub art. 124*, cit., p. 1980; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1421. Per l’esclusione di un pagamento differito, v. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p.382; Norelli, *Il concordato fallimentare «riformato» e «corretto»*, in *Judicium*, 2008, p.36; in senso favorevole, invece, Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2017, p.271. Eterodossa appare la posizione di Di Cecco, *sub art. 127*, p.1746, là dove ritiene che il creditore privilegiato possa essere soddisfatto per intero con forme alternative al pagamento e che tuttavia non sia ammesso al voto.

<sup>211</sup> Trib. Catania, 27/07/2007, in *Giur.comm.*, 2008, II, p. 677; Trib. Modena, 27/02/2009, in *Fall.*, 2009, p. 1003; Trib. Pescara, 16/10/2008, in *Giur.mer.*, 2009, I, p. 241; *contra*, Trib. Roma, 20/04/2010, in *Dir.fall.*, 2011, II, p. 297.

<sup>212</sup> Di Iulio, Farina, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, vol. III, Torino, 2011, p. 544; Guerrera, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 718.

<sup>213</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2655.

<sup>214</sup> Se un bene è stimato 100 e il credito ipotecario è di 100, ma il bene viene venduto dopo un anno, mi parrebbe necessaria la perizia di stima per affermare che il credito in linea capitale e per interessi non potrebbe essere soddisfatto integralmente e per la quota degli interessi dovrebbe essere assicurato il diritto di voto.

<sup>215</sup> Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., p. 275; Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, cit., p. 186.

<sup>216</sup> Soluzione simile è stata adottata da Trib. Mantova, 16/09/2010, in *www.ilcaso.it*, per Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1445, questi creditori vanno, invece, ammessi al voto per l’intero loro credito. Per la negazione del diritto di voto quando la dilazione viene compensata dalla corresponsione di interessi, v. Trib. Sulmona, 2/11/2010, in *Fall.*, 2011, p. 615.

<sup>217</sup> M.Ferro, *sub art. 160*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, cit., p.1728.

Sempre con riferimento ai creditori privilegiati occorre interrogarsi sul fatto se sia possibile procedere ad un loro soddisfacimento con mezzi diversi dal denaro<sup>218</sup>. Il dato testuale, pur fra molte imprecisioni, non sembra escluderlo; si pensi in particolare ai creditori muniti di privilegio generale ai quali potrebbero essere attribuiti titoli partecipativi di valore equipollente al loro credito. Anche se con una certa dose di prudenza, v'è da ritenere possibile una soddisfazione con mezzi diversi dal denaro, ma anche qui, ove si volesse marcare come interesse al voto sussista ogniqualvolta il trattamento di un regime concorsuale (concordatario) si ponga come alternativo ad un altro (concorsuale, ove è ammesso solo il pagamento in denaro), non v'è motivo di rifiutare il diritto di voto e, in questa ipotesi, il creditore dovrebbe essere ammesso al voto per l'intero importo del credito.

### 7.3. Il voto per i creditori muniti di privilegio generale

Quando la proposta prevede un soddisfacimento parziale del creditore privilegiato, l'art. 243 CCII stabilisce che il creditore è ammesso al voto per la porzione di credito non soddisfatto.

Questa regola ha senso quando si parla dei creditori ipotecari, dei creditori pignorati e dei creditori muniti di privilegio speciale, in quanto v'è un rapporto di stretta inerenza fra garanzia e bene. Diverso è il discorso rispetto ai creditori muniti di privilegio generale per i quali il rapporto di inerenza è sfuggente visto che la prelazione si esercita sull'intero patrimonio: il creditore munito di un privilegio generale non ha una garanzia sui *beni* del debitore ma come tutti i creditori chirografari fruisce della responsabilità *patrimoniale* generica del debitore (art. 2740 c.c.), con il vantaggio di essere pagato per primo; in tal senso è assoggettato allo stesso rischio che grava sui creditori chirografari i quali votano per l'intero e non per la parte non soddisfatta. Infatti, nel momento in cui dal concordato si tornasse alla liquidazione giudiziale la loro garanzia si disperderebbe come per i creditori chirografari (li si potrebbe qualificare come creditori chirografari che vanno pagati per primi, ma non titolari di una prelazione specifica che li ponga al riparo dall'insuccesso del concordato.).

Eppure, nell'art. 243 CCII non si fa alcuna differenza e quindi anche i creditori con privilegio generale hanno diritto di voto solo per la parte del credito di cui non si prevede il soddisfacimento<sup>219</sup>. Il rischio da inadempimento del concordato che questi creditori assumono è, però, assai simile a quello che grava sui creditori chirografari e dunque dovrebbero essere ammessi al voto per l'intero; ciò comporta una interpretazione restrittiva dell'art. 243 CCII che andrebbe riferito ad alcune soltanto delle categorie di creditori con prelazione<sup>220</sup>.

### 7.4. Il voto del creditore non soddisfatto

Nei §§ precedenti si è offerta una lettura dell'art. 243 CCII decisamente ampliativa del diritto di voto, nel senso che si è affermato che al voto va ammessa una frangia di creditori

<sup>218</sup> Per l'esclusione di un soddisfacimento del credito privilegiato con forme diverse dal denaro, v. Genova, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p.1228; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p.166; Nisivoccia, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, cit., p.109; in senso affermativo, Guerrera, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, cit., p.1084; Stanghellini, *sub art. 124*, cit., p.1980; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, cit., p.1421.

<sup>219</sup> Salvo che non si voglia accreditare la lettura, per vero decisamente minoritaria, secondo la quale il trattamento parziale dei creditori muniti di privilegio generale non può essere in concreto realizzato, v. A.M.Perrino, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano, Forgillo, Torino, 2008, p. 1040.

<sup>220</sup> Pur senza giungere alle medesime conclusioni Nigro, Vattermoli, *Il diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 288, condividono l'irrazionalità matematica del criterio di calcolo fissato per i creditori privilegiati. Anche per Guerrera, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, cit., p. 1085, vi sono delle situazioni nelle quali il creditore privilegiato deve essere ammesso al voto per l'intero importo del credito.

in misura superiore a quanto la norma di diritto positivo lascerebbe intendere. Sulla stessa linea ci si muove nel caso in cui nella proposta a taluni creditori non sia proposto né alcun tipo di pagamento né altra utilità; il nodo controverso è se una siffatta proposta sia legittima<sup>221</sup>, ma se lo fosse<sup>222</sup> (ipotesi comunque praticabile quando il concordato sia previsto nel “rilascio dei beni” a creditori<sup>223</sup>), allora non vi sarebbe ragione di negare il voto (anzi proprio questi creditori sono i più interessati a rifiutare la proposta); quindi questi creditori sono ammessi al voto formando una classe autonoma.

### 7.5. Il voto dei creditori prededucibili e postergati

L'art. 243 CCII non detta alcuna regola per due categorie di creditori tutt'altro che marginali: (i) i creditori prededucibili; (ii) i creditori postergati.

Quanto ai primi, si assume che il loro trattamento ai fini della votazione debba essere equivalente a quello prospettato ai creditori privilegiati interamente soddisfatti con la conseguenza che non dovrebbero mai essere ammessi al voto<sup>224</sup>. Semmonché, il discorso potrebbe mutare profondamente là dove si ritenesse che per i crediti prededucibili che pertengono all'impresa (e non ai costi di procedura) sia possibile un trattamento non integrale al pari dei creditori muniti di privilegio generale; ove si condivida questa impostazione<sup>225</sup> anche i creditori prededucibili andrebbero ammessi parzialmente al voto.

Per ciò che riguarda, invece, i creditori postergati la risposta potrebbe essere simile a quanto si è ritenuto per i creditori chirografari totalmente insoddisfatti, sì che potrebbero anche loro non essere esclusi dal voto<sup>226</sup>, salvo che – come per vero è probabile – sussista un conflitto di interessi correlato alla loro necessaria qualità di soci.

## 8. Le esclusioni dal voto

Non tutti i creditori ammessi al passivo sono legittimati ad esprimere il voto. Ne sono esclusi parenti, società correlate e cessionari di crediti (art. 243 CCII).

Più nel dettaglio, sono esclusi dal voto: *i)* il coniuge (nonché il convivente) del debitore e i parenti e affini sino al quarto grado<sup>227</sup>; *ii)* le società controllanti, controllate e sottoposte a comune controllo; *iii)* i cessionari dei crediti, tali divenuti da meno di un anno prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, salvo che la cessione sia avvenuta a favore di banche e intermediari finanziari<sup>228</sup>; ma anche le corrispondenti situazioni che generano

<sup>221</sup> In prevalenza lo si nega, v., Zanichelli, *Concordati giudiziali*, cit., p. 375.

<sup>222</sup> Guerrera, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, prospettive, anche alla luce del “decreto correttivo”*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 822.

<sup>223</sup> Norelli, *Il concordato fallimentare “riformato” e “corretto”*, cit., p. 26.

<sup>224</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 225; Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, cit., p. 188.

<sup>225</sup> Fabiani, *L'emancipazione della prededuzione dalle categorie processuali e i riflessi sui concordati di liquidazione*, in *Riv.dir.comm.*, 2020, I, p. 443; *contra*, e cioè per l'infalciabilità, v., App. Catania, 20/12/2016, in *Fall.*, 2017, p. 809.

<sup>226</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 330, precisano che il loro interesse è dettato dal fatto che nel caso di liquidazione giudiziale il loro credito non viene trattato e quindi, salvo l'operare della esdebitazione, possono agire nei confronti del debitore a procedura chiusa; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2651. In senso opposto Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 225 che li esclude dalla votazione per difetto di interesse; P. Farina, *sub art. 243*, cit., p. 1278; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2551.

<sup>227</sup> Tale esclusione dal voto presuppone che il concordato fallimentare sia proposto da un imprenditore individuale o dal socio ai sensi dell'art. 154 l.fall.

<sup>228</sup> Questa deroga al divieto di voto viene vista con preoccupazione da Sanzo, *Dalla formulazione all'approvazione della proposta*, cit., p. 787. Per App. Milano, 28/10/2021, in *Fall.*, 2022, 673, la non inclusione nel divieto di voto delle banche e degli intermediari finanziari, di cui alla seconda parte del comma 7 dell'art. 127 l.fall., costituisce un'eccezione alla deroga contenuta nella prima parte del comma 7 l.fall., e non al principio generale espresso dal medesimo art. 127 l.fall., con la conseguenza che essa non ha valenza di norma eccezionale, categoria nella quale rientrano solo le norme che derogano a principi cardine dell'ordinamento; è dunque

surrogazione legale. Nel caso di mutamenti soggettivi nel credito successivi al decreto di esecutività dello stato passivo - le quante volte non operi il divieto sopra descritto - il voto resta in capo al creditore originariamente ammesso sino a che il cessionario non si legittimi ai sensi dell'art. 230 CCII, facendo annotare sullo stato passivo la propria posizione di creditore subentrante<sup>229</sup>, senza che ciò si rifletta negativamente sul nuovo creditore nei cui confronti l'effetto del concordato resta pienamente efficace anche alla luce delle regole processuali in tema di successione a titolo particolare nella lite pendente<sup>230</sup>.

È evidente che un voto espresso in violazione di norme imperative sarebbe un voto nullo e da non conteggiare; nel caso di esclusione dal voto, il credito non concorre, neppure, alla formazione del denominatore della maggioranza<sup>231</sup>, oltre che non essere computato fra i voti favorevoli.

A proposito della violazione delle regole di esclusione dal voto si discuteva se e in quale misura le restrizioni disposte in virtù dell'art. 243 CCII potessero estendersi ad altre ipotesi simili.

Il principio cui è riferita la regola di esclusione dal voto muove dall'esigenza di evitare che il voto nel suo complesso sia inquinato da voti preconfezionati e le parti correlate sembrano essere creditori indotti ad esprimere un consenso senza che questo sia rapportato alla medesima utilità che vale per i creditori "normali"<sup>232</sup>.

Ciò posto, poiché queste esclusioni dal voto sono spesso ritenute ipotesi eccezionali, occorre chiedersi se ciò sia vero e in ogni evenienza se i casi vadano considerati di stretta interpretazione e come tali siano non suscettibili di applicazione ad altre fattispecie ovvero se non siano lecite analogie ed estensioni.

A ben vedere queste ipotesi sono rappresentative del più generale principio del divieto di agire in *conflitto di interessi*<sup>233</sup> - o più esattamente dal divieto di agire per interessi extraconcordatari - e dunque, da questo punto di vista, non si poteva affatto escludere che si desse rilievo a tale tematica<sup>234</sup>.

---

ammissibile un'interpretazione estensiva della medesima e quindi l'ammissione al voto delle società di cartolarizzazione per l'assimilabilità di esse agli intermediari finanziari; in senso contrario, Dimundo, *Le cessioni di credito successive alla dichiarazione di fallimento attribuiscono o no alle società di cartolarizzazione il diritto di voto nel concordato fallimentare?*, in *Fall.*, 2022, p. 685.

<sup>229</sup> Minutoli, *sub art. 127*, cit., p.1525; Trib. Roma, 9/10/2008, in *Fall.*, 2009, p.591. In senso opposto Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2652 postula che la partecipazione al voto non sarebbe condizionata dalla iscrizione nello stato passivo.

<sup>230</sup> Tiscini, *Mutamenti soggettivi nella titolarità del credito ed esercizio del diritto di voto in sede di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2009, p. 594.

<sup>231</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 2023, p. 330; Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 226; Bassi, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, vol. III, Padova, 2011, p. 590; Ivone, *La disciplina del voto nel concordato. L'approvazione del concordato fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, vol. IV, Torino, 2011, p.130.

<sup>232</sup> Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, p. 236.

<sup>233</sup> Ivone, *La disciplina del voto nel concordato. L'approvazione del concordato fallimentare*, cit., p. 121. Il parente è escluso dalla votazione perché si presume che il suo voto non corrisponda al suo essere creditore ma al suo essere parente e dunque il voto sarebbe espressione di un interesse che può (non necessariamente deve) confliggere con quello degli altri creditori. Per un'ampia condivisione di quanto sostenuto nel testo v., D'Attorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur.comm.*, 2010, p. 396.

<sup>234</sup> Per Trib. Mantova, 26/04/2007, in *Fall.*, 2007, 974 (ma in direzione contraria, v., Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, p. 139), nel caso in cui il credito escluso dal voto per ragioni soggettive sia assunto da un curatore fallimentare a seguito del fallimento della società votante, il divieto di voto andrebbe rimosso. Soluzione che desta perplessità. In tale contesto non può reputarsi estraneo al controllo o alla partecipazione quella società che sia, ad esempio, caduta in fallimento, posto che è evidente che il curatore nell'interesse della massa dovrebbe tenere conto del collegamento societario, il che muove ad una scelta di voto che resta, comunque, condizionata da fattori esterni a quelli dati dalla mera soddisfaccibilità del credito. In altre parole, il credito, ai fini della sua classificazione nel concordato, "nasce" e viene identificato con qualità che non mutano in relazione a successive vicende, sia del credito stesso (ad esempio, cessione), sia del creditore.

Orbene, con il codice della crisi si è voluto prendere atto di queste criticità e così l'art. 243 CCII prevede due ulteriori ipotesi di limitazione del diritto di voto: (i) non sono ammessi al voto i creditori in conflitto di interessi<sup>235</sup>; (ii) il creditore che si presenta come proponente il concordato può votare soltanto se si auto-colloca in una classe distinta. Entrambe queste regole sono una replica di quanto è previsto nel concordato preventivo<sup>236</sup>.

Sono regole decisamente condivisibili anche se va considerato che non sono immuni da profili di criticità. Ed infatti, lo stabilire se un creditore si trovi in conflitto di interessi è questione delicata<sup>237</sup> e che non può non essere valutata solo 'caso per caso'. Ed ancora, nel caso di proposte concorrenti presentate da creditori, ragionevolmente anche costoro dovrebbero essere collocati in classi distinte e non del tutto esclusi dal voto perché altrimenti paradossalmente sarebbero trattati in modo peggiore rispetto al creditore-proponente per il quale è aperto il giudizio di omologazione.<sup>238</sup>

## 9. Voto e formazione della maggioranza

Una volta chiarito come il voto singolo vada considerato e attentamente ponderato, occorre stabilire cosa si fa della somma dei voti. L'interrogativo così espresso potrebbe apparire irridente, ma è chiaro che il senso non è quello di stabilire che una certa somma di voti forma una maggioranza, visto che ciò è chiaramente declamato dall'art. 244 CCII ma è se sia possibile applicare il principio di maggioranza in questa materia, quesito che ognuno vede è tutt'altro che risibile.

È sin troppo ovvio che il tema non può essere affrontato in questa sede, posto che i problemi che presenta sono di tale complessità che un'analisi che non si diffonda su come tale principio possa trovare spazio nel diritto privato, sarebbe sempre e comunque un'analisi incompleta e dunque anche decettiva.

Tuttavia, ai fini del tema del voto si può procedere per sintesi, se si consente che i postulati che seguono sono il frutto di studi più ampi ma che qui non possono essere dimostrati. Va rilevato che dal principio di maggioranza non si può prescindere (diversamente da quanto capita nel concordato preventivo con piano di continuità) in quanto il contratto concluso fra proponente e creditori produce effetto anche nei confronti dei dissenzienti e degli estranei in virtù dell'obbligatorietà degli effetti sancita dalla norma di cui all'art. 248 CCII.

Il fatto che i diritti dei creditori "non aderenti"<sup>239</sup> siano compressi, potrebbe non trovare più giustificazione al lume del rilievo per cui il tribunale non è in grado di rappresentarsi tutte le situazioni coinvolte e, soprattutto, non può sempre valutare la convenienza della proposta. Ed allora gli interessi dei creditori "non aderenti" risultano assicurati se la tutela è affidata agli stessi creditori, nell'ambito però di una procedura in cui siano espulse tutte le criticità individuali e valorizzate le volontà omogenee con la verifica del giudice su questa omogeneità. Solo in questo ambito, può resistere una norma come quella dell'art. 248 CCII, pensata in chiave pubblicistica ma da riconvertire in chiave privatistica.

<sup>235</sup> Cass. civ., 08/02/2021, n. 2948, in *Fall.*, 2022, p. 85; Cass., SS.UU., 20/06/2018, n. 17186, in *Foro it.*, 2018, I, c. 4020.

<sup>236</sup> Soluzione diversa da quella immaginata da Cass., SS.UU., 20/06/2018, n. 17186, cit., c. 4020, secondo la quale il voto andava sterilizzato interamente.

<sup>237</sup> Pacchi, *sub art. 243*, cit., p.1321.

<sup>238</sup> Sulla irragionevolezza della disposizione che consente al creditore-proponente di votare v., D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 334; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2652; Pacchi, *sub art. 243*, cit., p.1322.

<sup>239</sup> Per tali intendiamo coloro che non hanno manifestato la loro approvazione alla proposta e dunque tanto i dissenzienti che chi non ha partecipato al procedimento.

Ma se queste sono le premesse ideologiche, si disvela la necessità, prima di tutto, di dimostrare che questi effetti che si producono verso i terzi sono compatibili con l'espressione di una volontà dei creditori, espressa non alla unanimità<sup>240</sup>, ma a maggioranza.

I passaggi logici, qui non argomentati ma dati come postulati, per giustificare l'applicazione ai concordati del principio di maggioranza<sup>241</sup> dopo le Riforme sono i seguenti.

a) Il principio di maggioranza nel diritto privato ha basi solide, basi che consentono di proporre un'applicazione nella regolazione concorsuale (pur dandosi atto di una persistente lettura anti-maggioritaria nella dottrina civilistica<sup>242</sup>); infatti, la negazione di un principio di autorità nel diritto privato, solo in apparenza si rivela emblematica del rispetto del principio di eguaglianza<sup>243</sup>, perché la negazione del principio di maggioranza se da un lato fa mostra del rispetto dell'autonomia privata, dall'altro lato fa affiorare un possibile esercizio distorto di questa autonomia che da paradigma di libertà, potendosi tradurre in veto, si trasforma in una limitazione della libertà altrui<sup>244</sup>. Ciò vale nella misura in cui si riesca, prima, a dimostrare quali sono le condizioni che giustificano l'adozione delle regole di maggioranza nei gruppi privatistici, vista la relatività del diritto dei contratti<sup>245</sup>.

b) Questo principio di maggioranza può trovare adeguata giustificazione in presenza di una "comunità", pur quando questa partecipazione è casuale (o meglio "forzosa")<sup>246</sup> come accade nell'ipotesi del concordato nella liquidazione giudiziale; chi entra consapevolmente a far parte di una comunità, accetta in via preventiva le regole e dunque condivide la regola della maggioranza<sup>247</sup>. Il fatto di concedere credito ad un determinato imprenditore è la manifestazione di una volontà preventiva di accettare che, nel caso di dissesto, alle regole del diritto privato delle obbligazioni si sostituiscano le regole del diritto del concorso<sup>248</sup>.

c) La regola di maggioranza, nel diritto privato, può funzionare come strumento di equilibrio fra autorità e autonomia privata e si può invocare nei concordati ove si sia in presenza di un interesse comune.

Questo vincolo si impone in virtù dell'accertata presenza di un interesse comune che giustifica che questo interesse venga gestito – per la sua stessa attuazione – secondo il volere

<sup>240</sup> È sin troppo evidente che il problema della unanimità del consenso si lega a doppio filo col tema dell'ostruzionismo dei cc.dd. *free riders*, v., Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2009, p. 223.

<sup>241</sup> Azzaro, *Concordato preventivo, principio maggioritario e classi dei creditori*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio, Macario, Milano, 2010, p. 556.

<sup>242</sup> Galgano, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 31; Barassi, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, in Aa.Vv., *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 97.

<sup>243</sup> Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 18.

<sup>244</sup> Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 38.

<sup>245</sup> Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 18.

<sup>246</sup> Guerrero, *La procedura di composizione concordata della crisi nel progetto di legge delega: problemi e prospettive*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 137.

<sup>247</sup> Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 159, cerca di giustificare il principio di maggioranza nella solidarietà degli interessi di cui sono portatori i creditori; in verità questa solidarietà è solo apparente perché le posizioni dei creditori sono fortemente differenziate (basti pensare agli interessi del creditore esposto al rischio di una azione revocatoria – v. in termini consonanti, D'Alessandro, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 419, che espone tale esempio ai fini di far emergere le situazioni di conflitto di interesse –, agli interessi del creditore privilegiato o di quello in prededuzione; ma si pensi anche al conflitto fra i creditori interessati soltanto al pagamento di una somma di denaro e i creditori interessati a proseguire le relazioni commerciali, in un clima di regolarità, con l'impresa che dovesse proseguire all'esito del concordato).

<sup>248</sup> In verità, questo principio che viene usualmente opposto e cioè quello per il quale non vi è regola di maggioranza se manca la volontaria adesione alla comunità, non è affatto assoluto e tanto meno codificato: oltre a quella che stiamo esaminando, vi sono altre ipotesi di comunione involontaria (o incidentale), categoria che esprime quei casi in cui l'ingresso in comunione non dipende dalla volontà del singolo, ma da un fatto materiale (pensiamo all'insolvenza dell'imprenditore) o dalla volontà di un terzo (pensiamo alla decisione del terzo di presentare una proposta di concordato).

della maggioranza di coloro che quell'interesse condividono<sup>249</sup>. Nella consapevolezza che quest'affermazione non può tradursi in un assioma e che sono tre i passaggi da compiere [i) accertamento che il principio maggioritario si relaziona con la comunanza di interessi, ii) accertamento di cosa si intende per comunanza di interessi e iii) identificazione nel gruppo dei creditori di una comunanza di interessi], anticipo sin d'ora che il diritto positivo attuale consente di pervenire a conclusioni forse non praticabili prima della riforma. Per ciò che attiene all'aspetto sub i), pare che i risultati raggiunti dalla dottrina siano ampiamente persuasivi per dimostrare che, quanto meno, principio maggioritario non vi può essere se coloro che partecipano al gruppo non sono animati da un interesse comune<sup>250</sup>.

Il profilo sub ii) va esaminato con riguardo ad una composita serie di fattispecie, perché il comune interesse si atteggia variamente, ma il nucleo centrale della nozione resta affidato alla circostanza che il modo in cui il singolo partecipante si accosta alla deliberazione (qualunque forma essa assuma), esprima una volontà diretta al perseguimento di un interesse comune a coloro che si trovano, all'interno del gruppo, nella medesima posizione. Di questo profilo si palesano corollari, l'omogeneità delle posizioni e una chiara distinzione di atteggiamento in capo al medesimo soggetto che può porsi, rispetto alla medesima deliberazione, sia come compartecipe della collettività che come terzo<sup>251</sup>.

Infine, quanto al punto sub iii), se vi sono posizioni in dottrina in cui si ammette che i creditori siano un gruppo o una comunità in forza di una comunanza di interessi<sup>252</sup>, è però vero che spesso si nega persino che vi sia una comunione di interessi<sup>253</sup> e che fra loro – diversamente dalle società – esista alcun legame negoziale; si tratta di una posizione ben radicata<sup>254</sup>.

d) È vero che i creditori sono portatori di interessi diversi e, spesso, in conflitto fra di loro, ma la comunanza degli interessi va valorizzata attraverso il frazionamento dei creditori e la compartimentazione dei loro interessi nelle classi.

Queste premesse conducono direttamente alla qualificazione delle relazioni esistenti fra i creditori dell'imprenditore insolvente.

Va chiarito, innanzi tutto, che la comunità non presuppone per necessità una vera e propria soggettività giuridica e che un soggetto giuridico, latamente inteso, certo può rinvenirsi nella cd. "massa dei creditori", entità forse sfuggente ma che certo esiste in natura visto che se ne fa consueto richiamo, ad esempio a proposito di accertamento dello stato passivo e data certa<sup>255</sup>. Questo accertamento funge da premessa per dimostrare che esiste poi

<sup>249</sup> Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, e sulla scia, Azzaro, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, p. 2429.

<sup>250</sup> Serra, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, p. 65; Mignoli, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 157; Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 122.

<sup>251</sup> Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 249.

<sup>252</sup> de Ferra, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967, p. 61; Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, p. 166; Bonelli, *Del fallimento*, vol. III, Milano, 2938, p. 4.

<sup>253</sup> Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 908; dubbi sul punto sono espressi da Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fall.*, 2008, p. 998, ad avviso del quale se è ben vero che vi sono molti profili della disciplina di diritto positivo che sembrano spingere verso l'idea della "comunità", non andrebbe trascurato che l'eterotutela giurisdizionale non è stata del tutto espunta, sì che la volontà dei creditori non sarebbe mai decisiva.

<sup>254</sup> Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 314; Frascaroli Santi, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali*, Padova, 2000, p. 28; Rocco di Torrepadula, voce *Concordato preventivo*, in *Dig. Comm.*, vol. III, Torino, 1988, p. 258; ma che i creditori, nel concorso, rappresentino una comunità, è invece affermato da Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, p. 44; Lo Cascio, *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2008, p. 371; De Semo, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 41.

<sup>255</sup> D'Attorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 401.

il problema della selezione di un interesse comune cui dovrebbe corrispondere il coagularsi della maggioranza [dei creditori].

Questo interesse comune, a prima vista, parrebbe smentito dall'evidenza del conflitto fra creditori<sup>256</sup>; questa superficiale impressione va rimeditata per non escludere la sussistenza di una strumentalità nell'interesse comune.

I creditori sono titolari di posizioni che si trovano fisiologicamente in situazione di conflitto fra loro perché la maggiore o minore soddisfazione di ciascuno dipende dalla presenza (o assenza) di altri creditori. Ma l'aspetto dominante è un altro: l'interesse comune, qui, è rappresentato dal fatto che tutti i creditori sono attinti dalle regole della concorsualità e che in questo contesto, ciascun creditore è consapevole che il proprio diritto è condizionato dai diritti altrui nel rapporto interno, ma anche che per tutti vi è l'interesse alla migliore regolazione del dissesto; e migliore regolazione del dissesto vuol dire parità di condizioni se ricorre parità di presupposti nella genetica del credito<sup>257</sup>.

Non vi è dubbio che la disciplina del concorso è una disciplina di conflitto, ma il conflitto si svolge tutto all'interno e non incide sulla manifestazione del volere della maggioranza. Ciascun creditore si trova in conflitto con gli altri quando si tratta di accertare i singoli quozienti della distribuzione, ma conflitto non c'è e al contrario si riscontra identità di interessi, quando i creditori valutano la proposta che si pone come una sorta di premessa per i successivi, eventuali, conflitti. Pertanto, quel connotato tipizzante determinato dal fatto che il soddisfacimento del bisogno del singolo si traduce anche in un soddisfacimento (almeno potenziale) del bisogno altrui, pare tutt'altro che assente nel concordato<sup>258</sup>. A tali riflessioni si potrebbe obiettare che i creditori sono in conflitto fra loro non solo sulla quantità delle rispettive attribuzioni, ma anche sulle stesse scelte di fondo: ad esempio l'alternativa fra liquidazione concorsuale e concordato. Non si può negare che questo conflitto si presenti, ma la compartimentazione dei creditori in classi è proprio il mezzo per svalutare le motivazioni egoistiche e obiettivizzarle.

I creditori si muovono, spesso, per assecondare bisogni individuali ma ciò non significa che un conflitto endemico, che non può essere negato, fra diverse categorie di creditori, non possa trovare un punto di ricomposizione unitaria per effetto di attività volte ad *omogeneizzare* questi interessi contrapposti. Infatti, se non è in discussione che i conflitti fra i creditori si regolano in base alla legge (si pensi alla graduazione dei crediti ed al fatto che non sono i creditori che scelgono come effettuare i riparti), ciò di cui si discute è l'acquisizione delle risorse da distribuire e su questo non v'è dubbio che l'interesse di tutti i creditori sia largamente convergente, posto che la massimizzazione del ricavato è un vantaggio per tutti<sup>259</sup>. Il problema è quello di garantire che le decisioni che mirano ad ottimizzare il ricavato siano il frutto di valutazioni motivazionali ben esplicitate, rispetto alle quali vengano "neutralizzati" gli interessi individuali.

Benché il dogma della *par condicio creditorum* sia fortemente recessivo rispetto a tante forme di preferenzialità, questa regola non è scomparsa dal sistema e certo sopravvive rispetto alla regola *prior in tempore potior in iure*. Pertanto, applicando proprio la regola della *par condicio*, si avverte che un interesse comune fra i creditori sussiste perché per tutti, in quanto creditori, si tratterà di valutare comparativamente la convenienza del concordato

<sup>256</sup> Negano l'esistenza di un comune interesse, Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 331.

<sup>257</sup> Una consonante lettura è quella di D'Attorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, cit., p. 405.

<sup>258</sup> Con una sintesi efficace, Stanghellini, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, cit., p. 52, qualifica i creditori come 'gruppo senza regole', a voler significare che esiste sì una precisa comunanza di interessi, alla quale non corrispondono però regole precise; è una valutazione in larga parte fondata, ma il diritto attuale può forse consentire di spingersi un poco oltre, quanto alle "regole di gruppo".

<sup>259</sup> Stanghellini, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2006, p. 382.

sulla liquidazione concorsuale (o viceversa)<sup>260</sup>. È certo possibile e finanche probabile che i creditori non esprimano, rispetto alla proposta concordataria la stessa volontà (si dice che nettamente prevalente è l'approccio egoistico di ciascun creditore al concordato), ma se la posizione di ciascuno viene omogeneizzata a quella di chi si trova, davvero, nelle stesse condizioni<sup>261</sup>, allora si creano le condizioni perché l'ipotesi del conflitto scemi grandemente o si annulli<sup>262</sup>.

La circostanza che vi sia eterogeneità nella remunerazione del credito non è affatto indice dell'inesistenza di una comunità, perché il trattamento differenziato è organizzato ma con il metodo della formazione delle classi, il che significa che in ciascuna delle classi si dovrà ritrovare il presupposto dell'identità di trattamento. Pertanto, oggi è sicuramente possibile neutralizzare il creditore che agisce *uti tertii*, mediante il suo "classamento", ciò che comporta una omogeneizzazione [in negativo] della sua posizione. Se si compie un passo ulteriore e si va nella direzione della (tendenziale) obbligatorietà delle classi (in presenza di congrue non omogeneità di interessi) – opzione per certe fattispecie espressamente accolta nel concordato preventivo (art. 85 CCII), mentre nel concordato nella liquidazione giudiziale la classe obbligatoria vale per gli obbligazionisti (v., art. 240 comma 3, CCII)<sup>263</sup> – allora, ben si comprende come le classi, al fondo, si rivelino lo strumento di adeguamento della comunità all'eterogeneità degli interessi<sup>264</sup>.

In tal senso il principio maggioritario vale rispetto alla manifestazione di voto genuina, perché così si rispetta il rapporto "principio di maggioranza/strumentalità dell'interesse comune"; se il voto fosse reso non dal creditore quale appartenente alla comunità, ma dal creditore *uti tertii*, allora quel voto non sarebbe validamente espresso ai fini della formazione della maggioranza.

Nel momento in cui ciascun creditore si trova coinvolto nel dissesto di un debitore ("comune" a più creditori) viene in contatto con gli altri creditori e da questo contatto sorgono rapporti complessi. Si consideri che i creditori possono interloquire sulle pretese creditorie altrui (tanto nella liquidazione giudiziale<sup>265</sup>, che nei concordati<sup>266</sup>), così come possono essere

<sup>260</sup> P.G. Jaeger, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 875; Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 172.

<sup>261</sup> Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Milano, 2010 p. 378.

<sup>262</sup> Va comunque, essere smitizzata la questione della diversità delle posizioni dei creditori, perché anche nell'ambito di una compagine societaria, le manifestazioni di voto in sede assembleare riflettono la diversità del ruolo che ciascun socio assume nella società, basti pensare ai differenti interessi di cui sono portatori soci di maggioranza e di minoranza. Non si assiste mai, in concreto, una partecipazione al voto in un ente associativo, che non sia influenzata dalle valutazioni egoistiche di ciascun associato.

<sup>263</sup> Tale previsione sembra superare quella allocata nell'art. 125 l.fall. là dove si stabiliva che in caso di creditori-obbligazionisti dovesse essere convocata l'assemblea; pertanto, il fatto che quella previsione sia stata soppressa e che si stabilisca la formazione della classe degli obbligazionisti, come osservano Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 328, è ragionevole concludere che il voto viene espresso direttamente nel concordato e non per il tramite della assemblea.

<sup>264</sup> Il tema, come è noto, è stato indagato con specifico riferimento al concordato preventivo, ma i principi non sono differenti. In senso conforme, Sacchi, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fall.*, Suppl. 1/2009, p. 30; Catalozzi, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori «deboli»*, *id.*, 2007, p. 339; D'Atorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, cit., p. 419. Per la negazione dell'obbligatorietà, fra i tanti, v. Stanghellini, *sub art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. II, Bologna, 2006, p. 1965; Galletti, *Classi obbligatorie? No grazie*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 343; Lo Cascio, *Classi di creditori e principio di maggioranza*, in *Fall.*, 2010, p. 385; Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, *id.*, 2009, p. 424. Sulla questione è intervenuta Corte cost., 12/03/2010, n. 198, *id.*, 2010, p. 775, che è stata letta da ciascuno dei "partiti" sopra illustrati, come conferma della propria tesi. Poi Cass. civ., 10/02/2011, n. 3274, *id.*, 2011, p. 403, ha optato per la tesi della facoltatività.

<sup>265</sup> Ovvio è il riferimento alla figura dell'impugnazione dei crediti ammessi, là dove ciascun creditore può chiedere l'esclusione dallo stato passivo di un altro.

<sup>266</sup> Il rapporto fra creditori si crea, qui, in assemblea nel concordato preventivo, quando ciascun creditore può contestare il diritto al voto degli altri.

chiamati ad esprimere i loro rappresentanti<sup>267</sup>. Si forma, dunque, un legame che non deve essere svalutato.

Il creditore perde la *sovranità* assoluta sul suo diritto di credito di fronte all'insolvenza o alla crisi dell'imprenditore e in quel momento il suo diritto di credito si trasforma in una porzione di una figura geometrica variabile, in cui ciò che deve prevalere è l'interesse alla miglior disciplina di quella crisi/insolvenza<sup>268</sup>. Ed allora, sembra ampiamente condivisibile l'osservazione per la quale è l'indiscutibile comunanza dell'interesse che giustifica di per sé che le decisioni vengano adottate dalla maggioranza di coloro che di quell'interesse sono partecipi<sup>269</sup>. Questa regola di convivenza (posto che vige, anche nel diritto privato, un principio di autorità<sup>270</sup>) e di funzionamento degli istituti non va temuta purché si predispongano adeguati strumenti di riequilibrio a favore della minoranza e al contempo si adottino strumenti volti a dare certezze agli operatori<sup>271</sup>.

In ogni modo, oltre la condivisione di tutte queste speculazioni teoriche, l'elemento di cui si avverte la decisività, pare individuabile nella circostanza che gli effetti del concordato si producono ancor prima dell'omologazione definitiva. Il nuovo ruolo giocato dall'autorità giudiziaria assume un particolare significato per sgretolare le certezze delle teorie pubblicistiche del concordato che vedono nell'accordo fra proponente e creditori, nulla più che un segmento di un procedimento complesso che trova nell'omologazione la sua vera espressione<sup>272</sup>.

## 10. Regole della votazione

Una volta che si condivida che il principio di maggioranza è eleggibile nei concordati, si tratta di verificare che tenuta abbia nel caso specifico del concordato nella liquidazione giudiziale; ciò impone di valutare come la modalità espressiva del voto sia idonea a rappresentare un volere della maggioranza.

È chiaro che l'assenza di un'adunanza nella quale celebrare la votazione pone qualche dubbio sul fatto che una maggioranza venga a formarsi sia quando manca lo scambio delle idee, sia quando il non voto equivale a manifestazione di consenso.

Ambedue questi ostacoli possono essere scavalcati. Infatti, anche nel diritto privato, nell'ambito di decisioni che investono una comunità organizzata, esistono forme di manifestazione della volontà, una volontà che concorre a formare una maggioranza, che si palesano senza il confronto fra coloro che partecipano alla comunità. Basti pensare a come

<sup>267</sup> Cfr., la disposizione di cui all'art. 37 *bis* l. fall.

<sup>268</sup> Presti, *Rigore è quando arbitro fischia*, in *Fall.*, Suppl. 1/2009, p. 28.

<sup>269</sup> Stanghellini, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa*, cit., p. 381.

<sup>270</sup> Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 18; sul punto, v., le riflessioni di Azzaro, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fall.*, 2007, p. 745, ad avviso del quale l'interesse comune (ponte per la formazione di una comunità di consociati) potrebbe essere individuato nel risanamento. Per quanto l'idea per cui il risanamento avrebbe pervaso la riforma sia assai diffusa, ben sappiamo che i concordati prescindono dal risanamento e possono condurre ad una totale disgregazione dell'impresa; così anche Censoni, *Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 854. Ciò comporta, a mio modo di vedere, che il comune interesse vada selezionato altrove e precisamente nell'idea guida della regolazione alternativa a quella "officiosa".

<sup>271</sup> Un aspetto problematico correlato alla teoria della tendenziale obbligatorietà della formazione delle classi è costituito dall'obiezione secondo la quale la frammentazione del ceto creditorio rischia di tramutarsi in una frantumazione dei creditori; il rilievo acutamente enunciato (v., Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, cit., p. 424), può essere disimmesato ammettendo che sono frazionabili quando in base alla proposta i creditori subiscono un'alterazione giuridica del loro *status*, e non solo una modificazione del loro interesse di mero fatto; su una posizione simile, v. D'Atorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, cit., p. 410.

<sup>272</sup> In ogni caso, come ricorda Lo Cascio, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, in *Fall.*, 2011, p. 394, non vi sono alternative: o ci si affida alla maggioranza costituita per classi omogenee o si deve tornare al controllo eteronomo del giudice.

si forma il volere della maggioranza nella società di persone; né va trascurato che anche nelle società di capitali, vi possono essere previsioni statutarie che superano il dogma dell'assemblea. In passato una prova della necessaria adozione del metodo collegiale era costituita – per le società per azioni – dal divieto assoluto del voto per corrispondenza<sup>273</sup>, ma oggi che la previsione del voto per corrispondenza è stabilita per diritto positivo (che società per azioni e cooperative possono prevedere nello statuto<sup>274</sup>), si apre un varco per poter ribadire che la regola di maggioranza può trovare spazio anche se manca un luogo ove si incrocino le volontà di coloro che concorrono alla formazione della volontà dell'ente (o della comunità, nel nostro caso)<sup>275</sup>; anche se, non vi è dubbio, come esposto *infra*, che anche per altre ragioni, la soluzione del silenzio-assenso come manifestazione di voto, potrebbe essere ripensata<sup>276</sup>.

Ciò nondimeno, gli indici di diritto positivo e soprattutto la deformalizzazione della sede assembleare, possono giustificare la visione del voto dei creditori nel concordato come deliberazione collegiale. Per deformalizzazione ci si riferisce al fatto che il metodo collegiale può prescindere da un'assemblea nella quale ciascuno potrebbe condizionare la volontà altrui, purché a ciascuno dei partecipanti al gruppo sia consentito di interloquire sul voto altrui, eventualmente anche dopo che questo è stato prestato. Il senso di questa precisazione è il seguente: ciascun creditore (assenziente o dissenziente) deve poter influire non solo sulla deliberazione – e ciò è previsto con la stessa attribuzione del diritto di voto – ma anche sulla valutazione della deliberazione contestando il metodo formativo. Deve risultare, cioè, insopprimibile il diritto di ciascun creditore di contestare l'altrui diritto di voto e l'esito complessivo della votazione. Questo nel concordato si può fare tramite le opposizioni al concordato e qui davvero si gioca il ruolo, tutt'altro che marginale, dell'autorità giudiziaria. Quindi, metodo collegiale c'è a condizione che il singolo possa incidere, benché *ex post*, sulla manifestazione di voto altrui; certo, sarebbe stato preferibile con la correzione della soppressione della adunanza dei creditori nel concordato preventivo, prevedere – quanto meno – un meccanismo di contraddittorio tra i creditori<sup>277</sup>. Una ragione di questa assenza di contraddittorio sul voto può giustificarsi, però, se si considera che la platea dei creditori – diversamente dal concordato preventivo – si è già stabilizzata con la formazione dello stato passivo.

Forse più difficile da giustificare è il secondo ostacolo e cioè quello costituito dalle perplessità generate dal sistema di voto del silenzio-assenso<sup>278</sup>. In verità, nell'ordinamento giuridico nel suo complesso, il metodo del silenzio-assenso è praticato ogni qualvolta si vuole procedere ad una semplificazione del modo in cui una volontà può essere esternata.

<sup>273</sup> Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 74.

<sup>274</sup> Sicuramente le problematiche provocate dalla previsione del voto in teleconferenza e per corrispondenza (artt. 2370 e 2538 c.c.) sono assai più complesse di quanto potrebbe sembrare. Se mai, rispetto al regime del voto per corrispondenza nelle società (cfr., le critiche e le perplessità di Serra, *Il procedimento assembleare*, in Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa, Portale, vol. II, Torino, 2006, p. 72), i diritti del creditore trovano maggiore tutela perché il voto che viene espresso per approvare il concordato si forma su una proposta ferma, mentre il voto per corrispondenza nella società si forma su una proposta di delibera che può essere oggetto di revisione all'esito della discussione assembleare.

<sup>275</sup> Per la necessità della deliberazione in assemblea, pur senza che occorra anche una discussione, a proposito della comunione, v. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna-Roma, 1982, p. 194; Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 98.

<sup>276</sup> Il ripensamento potrebbe sostanziarsi nel ritorno all'*ancien regime*, visto che prima della legge fallimentare l'adunanza dei creditori nel concordato fallimentare era prevista e la successiva abolizione aveva generato le critiche di Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1974, p. 1858; Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 1953, p. 968.

<sup>277</sup> Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 623.

<sup>278</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2553.

Pensiamo al silenzio-assenso a proposito dell'attività della pubblica amministrazione; questa figura, sebbene in misura assai più marginale, non è estranea al diritto delle società, basti pensare al meccanismo di assenso alle operazioni straordinarie, quali trasformazioni, fusioni e scissioni; compare, anche se in altra veste, nel diritto dei contratti<sup>279</sup>.

Non si può, allora, considerare eversivo<sup>280</sup> che la votazione avvenga col metodo del silenzio-assenso in quanto l'esigenza è proprio quella di facilitare la raccolta del consenso in quanto si assume che rispetto alla liquidazione concorsuale una proposta concordataria, che ha già superato il vaglio di cui all'art. 241 CCII (il controllo di ritualità del giudice delegato e i pareri del curatore e del comitato dei creditori), si possa presumere preferibile.

Anche se con queste modalità, una maggioranza si può formare. In passato questa maggioranza, da sola, non reggeva però la giustificazione degli effetti dell'omologazione del concordato nei confronti dei terzi (art. 248 CCII) che veniva fatta discendere dalla sentenza di omologazione del tribunale.

La tipologia dei controlli che il tribunale può, ora, effettuare è assai diversa dal passato e non investe il giudizio di convenienza salvo il caso in cui la domanda di concordato sia contrastata da un creditore che, appartenendo ad una classe dissenziente, svolga opposizione. Ciò posto, quel che conta è il volere della maggioranza dei creditori e, se si ritiene che debbano trovare adeguata protezione anche gli interessi dei creditori di minoranza, è evidente che si debba spostare il controllo del giudice sul voto<sup>281</sup>. Un efficace controllo sul voto giustifica che la deliberazione della maggioranza vincoli la minoranza.

## 11. Il procedimento di accertamento della maggioranza

La maggioranza si forma quando si raggiunge il *quorum* del 50% più un (centesimo di) euro dei crediti ammessi al voto. Infatti, con la Riforma si è scelto di dare peso solo alla maggioranza per somma, eliminando la maggioranza per teste, a comprova, ancora una volta, della volontà del legislatore di incentivare le soluzioni concordate e di ridurre l'ostruzionismo; perdono, così, di peso i "piccoli creditori"<sup>282</sup> che non vantano più l'arma di pressione del voto per poter spuntare un trattamento migliore. La maggioranza si forma sulla platea dei creditori ammessi al voto e l'ammissione al voto non è influenzata da accertamenti relativi ai crediti che siano terminati prima dell'omologazione, ma dopo che siano scaduti i termini per esprimere il voto<sup>283</sup>.

La maggioranza assoluta dei crediti deve essere conseguita in ogni caso, anche quando il proponente ha suddiviso i creditori in classi. In questo caso, però, occorre la doppia maggioranza perché a quella assoluta si aggiunge la maggioranza delle classi, al cui interno sia stata raggiunta la maggioranza degli aderenti<sup>284</sup>. Il che significa che nell'interesse del proponente è utile che le classi formate siano dispari, perché altrimenti occorre una maggioranza più forte<sup>285</sup>.

<sup>279</sup> Cass. civ., 4/12/2007, n. 25290, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 89; Cass. civ., 20/02/2004, n. 3403, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 398.

<sup>280</sup> Al contempo non v'è dubbio che sarebbe decisamente preferibile, ora che è enfatizzata la volontà dei creditori, che la votazione avvenisse in una sede assembleare, v. Valensise, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008, p. 102.

<sup>281</sup> Sulla nuova figura v., Sacchi, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, p. 1062.

<sup>282</sup> Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p. 414.

<sup>283</sup> Fauceglia, Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 281; Reali, *Il concordato fallimentare*, in *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di Trisorio Liuzzi, Milano, 2011, p. 322; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p. 414.

<sup>284</sup> Non è possibile, invece, che si formi la maggioranza se, in caso di suddivisione in classi, vi sia la maggioranza numerica, ma concentrata nelle classi di minoranza.

<sup>285</sup> Nel caso in cui le classi siano quattro, la maggioranza è del 75% perché occorre l'adesione di tre classi.

Una volta scaduto il termine per la votazione, il curatore deve conteggiare i voti pervenuti e tutti quelli acquisiti col metodo del silenzio-assenso.

All'esito del conteggio il curatore informa il giudice delegato a mezzo di una relazione illustrativa (art. 245 CCII) che deve servire al giudice per stabilire se arrestare il procedimento quando la maggioranza non si è formata, ovvero se aprire il giudizio di omologazione ove la maggioranza si sia formata.

Nel caso in cui il giudice disponga l'arresto del procedimento, il provvedimento può essere reclamato ai sensi dell'art. 124 CCII.<sup>286</sup>

Non sono rari i casi nei quali chi propone il concordato offre ai creditori il pagamento integrale; quando ricorre questa ipotesi occorre chiedersi se il procedimento di formazione della volontà sia comunque necessario, oppure se l'offerta del pagamento integrale non possa giustificare che il procedimento transiti direttamente verso l'omologazione saltando il passaggio della approvazione dei creditori. Vi sono, al proposito, alcune decisioni che vanno in questa direzione<sup>287</sup> e tuttavia, come enunciato a proposito del voto del creditore chirografario interamente soddisfatto, il creditore dovrebbe essere posto nelle condizioni di valutare non solo la convenienza della proposta ma anche la sua concreta eseguibilità.

## 12. La regola di approvazione in caso di proposte concorrenti

Una volta che le plurime proposte sono state trasmesse ai creditori per la manifestazione di voto, occorre verificare se una o più abbia(n)o raggiunto la maggioranza. Se nessuna o solo una consegue la maggioranza, per ciascuna delle proposte respinte si arresta l'*iter* del procedimento<sup>288</sup>. Qualora, invece, più proposte risultino approvate (in quanto è raggiunta la maggioranza assoluta dei crediti aventi diritto al voto), quella il cui *iter* deve proseguire è identificata dal prevalere della volontà dei creditori<sup>289</sup>. Questa si accerta valutando la proposta che ha ottenuto maggiori consensi, ma meglio si dovrebbe dire quella che ha intercettato meno dissensi (visto il meccanismo di voto)<sup>290</sup>, e a parità di voto, quella che è stata presentata per prima. Tutto ciò è complicato dal fatto che con il metodo del silenzio-assenso è assai probabile che ciascun creditore voti a favore di più proposte<sup>291</sup>.

Tuttavia, la platea dei votanti potrebbe essere diversa e il concordato potrebbe essere organizzato con la suddivisione dei creditori in classi. Per ciò che attiene a questo secondo profilo, la risposta è semplice: ciò che deve prevalere è, sempre, la maggioranza assoluta dei crediti<sup>292</sup>, a prescindere dalla maggioranza delle classi (che comunque va raggiunta). Per

<sup>286</sup> Di Cecco, *sub art. 128*, in *La legge fallimentare dopo le riforme*, diretto da Nigro, Sandulli, Santoro, vol. II, Torino, 2010, p. 1760; Pacchi, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, Milano, 2016, p.1447.

<sup>287</sup> Trib. La Spezia, 23 novembre 2007, in *unjuris.it*; Pacchi, *sub art. 244*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco-Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1324.

<sup>288</sup> Pacchi, *sub art. 244*, cit., p. 1326.

<sup>289</sup> Per D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 335, invece bisogna dapprima vedere quale proposta è stata giudicata preferibile dai creditori per poi verificare se quella scelta ha superato la barriera della soglia di maggioranza.

<sup>290</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 227; P. Farina, *sub art. 244*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1274; Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio, Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 190; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p.2663.

<sup>291</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 331; P. Farina, *sub art. 244*, cit., p. 1283; Trib. Genova, 12/10/2020, in *Dirittodellacrisi.it*; in senso contrario, Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio, Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 73 assumono che nel caso di più proposte il voto debba essere espresso (e non formato col silenzio-assenso), ma è una tesi del tutto confliggente con il dato positivo.

<sup>292</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 227.

quanto pertiene al primo rilievo, i consensi vanno calcolati non tanto dal punto di vista del numero assoluto, quanto invece considerando le percentuali dei creditori aderenti<sup>293</sup>.

Una volta stabilito quali proposte possano essere comparate, il giudizio di omologazione riguarda solo una proposta (quella che ha trovato maggiore consenso); in questo giudizio di omologazione le altre proposte giocano un ruolo diverso perché potranno essere valutate come «alternative concretamente praticabili», laddove vi siano i presupposti per accedere al giudizio di convenienza di cui all'art. 245, comma 5, CCII, e cioè in presenza di creditori oppositori appartenenti a classi dissenzienti. In tal caso il tribunale può operare una valutazione comparativa ma sol perché gli è stata sollecitata. L'impressione che si trae dalla regola di diritto positivo è che si sia fatta una scelta di compromesso: si è accettata l'idea che ci possa essere una competizione, ma poi esigenze di semplificazione degli adempimenti hanno ristretto, e di molto, l'arco temporale fruibile per competere: mercato sì, ma solo se non si creano ostacoli organizzativi.

La regola fissata per l'accertamento della proposta che deve seguire il percorso verso l'omologazione non può essere influenzata dal fatto che la proposta respinta sia quella del debitore e ciò perché deve prevalere il volere dei creditori: se a parità di condizioni, i creditori scelgono la proposta del terzo, quella del debitore si deve arrestare<sup>294</sup>.

## SEZIONE IV: OMOLOGAZIONE E IMPUGNAZIONI

### 1. La tutela processuale del voto nel giudizio di omologazione

Le questioni che pertengono al voto si ripropongono nel giudizio di omologazione; infatti, i temi di cui si è discusso (voto “genuino”, voto in conflitto di interessi, omogeneizzazione del voto per classi) vengono dibattuti in quella adeguata camera di compensazione che è rappresentata dal giudizio di omologazione del concordato; infatti, posto che non esiste un luogo assembleare ove discutere di questi problemi, l'unica sede percorribile, *ex ante*, resta quella del giudizio di omologazione.

I creditori insoddisfatti del modo in cui sembra essersi formata la maggioranza possono proporre opposizione e chiedere che il concordato non sia omologato a causa del raggiungimento di una maggioranza apparente in quanto formata in modo viziato.

Il controllo sul voto potrebbe essere rilevato dal giudice in via officiosa in quanto attiene alla formazione del consenso ed è controllo di legalità<sup>295</sup>; non si tratta solo di operare una verifica formale sul raggiungimento della maggioranza<sup>296</sup>, ma anche di sindacare che i voti espressi possano reputarsi voti effettivamente da conteggiare perché intrinsecamente voti validi.

Fermo restando che chi si oppone all'omologazione formula una “eccezione” e non una domanda giudiziale (posto che la domanda è solo quella di omologazione introdotta dal proponente)<sup>297</sup>, ai fini di ottenere il diniego di omologazione l'opponente può chiedere l'annullamento del voto, la diversa quantificazione del quoziente di voto, lo spostamento del

<sup>293</sup> Così anche P. Farina, *sub art. 244*, cit., p. 1275.

<sup>294</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., 2664, p.

<sup>295</sup> D'Atorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 419.

<sup>296</sup> Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Milano, 2010, p. 432.

<sup>297</sup> Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, p. 1095; Id., *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, vol. II, Torino, 2014, p. 1046; M. Rossi, *Appunti su definitività ed efficacia del decreto di omologazione del concordato fallimentare*, in *Dir.fall.*, 2018, II, p. 875.

*quorum* da una classe all'altra<sup>298</sup>. Non par, dunque, che si debba per forza accedere all'alternativa suggerita secondo la quale il rimedio dell'annullamento del voto concorrerebbe con quello dell'appostazione nella classe dovuta<sup>299</sup>. Infatti, se si ritiene che il voto espresso in situazione di conflitto di interessi sia un voto viziato e se si ritiene che il vizio possa dipendere dalla manifestazione di un voto in un contesto in cui difetta l'omogeneità dell'interesse, l'effetto sarà quello dell'annullamento del voto e della sua riallocazione nella classe di competenza. L'inclusione del creditore in una classe è lo strumento preventivo per reagire a possibili conflitti, mentre quando il conflitto si è materializzato allora la repressione del vizio deve avvenire con l'annullamento del voto.

Sono tutti rimedi agibili quelli che al fondo attengono alla reazione ad un uso scorretto della gestione del diritto al voto<sup>300</sup> e rendono evidente quale sia l'importanza del ruolo del giudice, come sempre è accaduto nelle impugnative delle delibere societarie<sup>301</sup>.

## 2. Il giudizio di omologazione

Dopo che la proposta è stata approvata dai creditori occorre procedere all'esame del giudizio di omologazione e dapprima va esaminato quale sia l'oggetto del processo nell'omologazione del concordato nella liquidazione giudiziale.

La domanda di concordato nella liquidazione giudiziale si innesta in una procedura di liquidazione giudiziale già aperta, rispetto alla quale non ci si trova di fronte a un debitore che si contrappone ai creditori; qui si tratta soltanto di gestire, al meglio, le possibili soluzioni per la regolazione della crisi, alternative alla liquidazione. In questo contesto l'idea che al giudice sia affidato il controllo sul modo in cui parti private hanno proposto ed accettato un programma per la gestione dell'interesse collettivo alla regolazione del dissesto, sembra davvero coerente con la connotazione del tribunale quale organo di tutela nella gestione di interessi.

Tutela nella gestione di interessi è la tipica espressione dell'intervento del giudice nelle vicende autorizzatorie-omologatorie laddove non vi siano contestazioni. Più precisamente, pur partendo dalle categorie generali che si riconducono dialetticamente alla volontaria giurisdizione (la mera gestione di interessi e l'intervento su una situazione giuridica soggettiva ben definita, ma non oggetto di lite), nel caso del concordato nella liquidazione giudiziale non sorge il bisogno di andare necessariamente alla ricerca della situazione giuridica

<sup>298</sup> Che sia la sede del giudizio di omologazione quella più acconcia alla valutazione delle situazioni di conflitto di interessi è sostenuto da Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2017, p. 336; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 707.

<sup>299</sup> D'Atorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, cit., p. 420.

<sup>300</sup> Pacchi, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, Milano, 2016, p. 1452; Guerrera, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del decreto correttivo*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 835; in senso opposto Cristiano, *sub art. 129*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, p. 1787, la quale ritiene che siano deducibili i vizi che attengono alla buona fede, ma non anche quelli che riguardano i conflitti di interesse.

<sup>301</sup> Esiste, però, anche una diversa possibile reazione al voto invalido quando il vizio si palesa dopo l'omologazione. Poiché ci si muove sul terreno del contratto, oltre ai rimedi interni al procedimento di omologazione, non vanno scartate le tutele risarcitorie che possono articolarsi *ex post*. Infatti, i vizi della votazione potrebbero palesarsi dopo che il concordato è stato omologato. Ebbene, a parte le fattispecie peculiari inerenti all'azione di annullamento del concordato, è lecito immaginare che i creditori che ritengono di avere subito un pregiudizio da comportamenti non corretti di altri creditori tali da avere influito sul computo delle maggioranze, possano chiedere loro il risarcimento del danno sempre che riescano a dimostrare che la soluzione concordataria li ha pregiudicati e che per loro la liquidazione fallimentare sarebbe stata migliore. Sia chiaro, però, che un'azione risarcitoria presuppone un vizio della votazione e non può fondarsi sull'esito sgradito del risultato del voto, posto che ciò determinerebbe l'affossamento della regola di maggioranza. Occorre, dunque, assumere la consapevolezza che non solo sono mutate le regole, ma si sono trasformati anche i principi e questi principi per essere utili a declinare un sistema che non voglia tollerare prevaricazioni di false maggioranze devono essere valorizzati nella cornice del diritto civile, quale ambiente di emersione del diritto, e nella cornice del diritto processuale civile, quale culla della tutela di questi diritti.

soggettiva oggetto del processo, posto che prevalente – anche se non assorbente – è il profilo della rimozione di un ostacolo alla autonomia privata; ostacolo individuato nella propalazione degli effetti dell'accordo che viene rimosso mediante un controllo successivo che ne condiziona l'efficacia. Certo non è revocabile in dubbio che l'omologazione generi riflessi sui diritti soggettivi dei creditori, basti pensare al profilo della determinazione della misura del soddisfacimento, ma si tratta solo di effetti riflessi.

La circostanza che l'oggetto del processo sia la gestione di un interesse di un gruppo non deve far pensare che così si avvicina l'attività del giudice a quella dell'autorità amministrativa, col risultato di estraniare il giudice dalla giurisdizione e incentivare le letture anti-giurisdizionali del nuovo diritto della crisi. Al contrario, proprio la scelta del legislatore di volere la presenza del giudice per “validare” un accordo fra le parti, esprime il bisogno di una forma di tutela giurisdizionale e l'innesto delle garanzie tipiche del processo.

Nel concordato nella liquidazione giudiziale ci si trova al cospetto del più classico dei procedimenti di volontaria giurisdizione<sup>302</sup>, secondo quella nozione più restrittiva che vi vede sicuramente compresi tutti quei provvedimenti del giudice che esprimono la cooperazione giudiziaria alla formazione della volontà dei soggetti privati. La previsione di un modello processuale nel quale si combinano precostituzione di tempi e forme del giudizio con flessibilità di ulteriori adempimenti per le parti e per il giudice, è espressione di un compromesso onorevole perché consente di offrire alle parti garanzie quando ve ne sia il bisogno, ma anche rapidità di svolgimento quando non vi siano intoppi. Il modello di processo previsto assorbe sia i bisogni di tutela delle parti attesa la delicatezza degli interessi in gioco, sia i bisogni dei contraenti.

Mentre nel processo per la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale e per omologazione del concordato preventivo si può affermare che per effetto dell'accoglimento della domanda, si viene a modificare non solo una situazione obiettiva (che si potrebbe identificare nel patrimonio dell'impresa decotta), ma anche un insieme di posizioni giuridiche soggettive, nel concordato nella liquidazione giudiziale, invece, le posizioni del debitore e di ciascuno dei creditori, hanno già subito una incisione per il solo fatto della sentenza che ha dato avvio alla liquidazione giudiziale. Il concordato nella liquidazione giudiziale può certamente condizionare l'aspettativa di soddisfazione del credito (sia dal lato attivo che passivo), ma questo non si traduce in un mutamento delle posizioni giuridiche soggettive che restano quelle che si sono consolidate con la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale. Qui, davvero, l'oggetto del processo è soltanto la verifica della conclusione di un accordo fra proponente e creditori. La domanda di omologazione non suona come domanda volta a dirimere un conflitto fra debitore e creditori, in ordine al modo con cui deve essere trattata la crisi (se secondo le regole della liquidazione giudiziale o secondo le regole del concordato); la domanda è soltanto il mezzo per valutare se le parti hanno stipulato un accordo e se questo accordo corrisponde al modello legale previsto dal legislatore. Il processo non serve per stabilire come debba avvenire la regolazione dei crediti (e cioè se con le regole del diritto civile o con quelle del diritto commerciale e processuale), ma quanto debba essere corrisposto ai creditori.

Nel concordato nella liquidazione giudiziale, l'atto che governa i rapporti fra le parti è l'accordo negoziale, rispetto al quale il provvedimento del giudice funge da mera *condicio*

<sup>302</sup> Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 187; Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1039; in senso diverso, per Di Cola, *L'impugnazione del decreto di omologazione del concordato fallimentare emesso in assenza di opposizioni*, in *Dir.fall.*, 2019, II, p. 1239, il procedimento va ascritto a quelli di natura contenziosa-sommatoria; per Carratta, voce *Procedure concorsuali (riforma delle): Profili processuali*, in *Enc.giur.*, vol. XIV, Roma, 2006, p. 7, si tratterebbe di un giudizio contenzioso a tutto tondo.

*iuris*.<sup>303</sup> Quando si prendono ad esempio le tipologie di provvedimenti autorizzatori-omologatori per classificarli unitariamente, si nota che il giudice è chiamato ad esercitare un controllo (talora anche di merito) sul *quomodo* dell'attività dei privati, ed è proprio questo il compito che il tribunale concorsuale deve assolvere. Ciò accade stabilendo se sono state osservate le regole di prestazione del consenso e se sono stati rispettati tutti i passaggi formali del procedimento. In questo senso, l'ampiezza del sindacato del giudice sull'accordo non influisce sull'oggetto del processo. Il giudizio di omologazione ha come oggetto proprio la gestione dell'interesse collettivo alla regolazione della crisi dell'impresa con una soluzione concordata. A questa conclusione può essere mossa una obiezione e cioè la previsione della ricorribilità per cassazione delle decisioni sull'omologazione; tuttavia, questa obiezione può essere superata; infatti, la scelta di prevedere il ricorso per cassazione parrebbe muovere dall'esigenza di rendere stabili gli effetti del concordato nella liquidazione giudiziale sì da impedire la generalizzata revocabilità del decreto, secondo il modello di cui all'art. 742 c.p.c. che sarebbe, altrimenti, invocabile al giudizio camerale omologatorio. I profili di criticità attengono, da un lato, alla ricondotta appartenenza del decreto di omologa del concordato nella liquidazione giudiziale alle tutele autorizzatorie-omologatorie, e dall'altro lato alla affermata ricorribilità per cassazione, in un contesto nel quale è pure dubitabile quale parte possa essere giocata dall'istituto della revoca. L'esigenza di assicurare la stabilità dei rapporti si disvela come la ragionevole spiegazione della scelta del legislatore di ammettere il ricorso per cassazione del decreto di omologazione (così come di quello di rigetto). Il provvedimento sulla omologazione diviene definitivo (per espressa previsione di legge), senza, tuttavia, acquisire valore di cosa giudicata sostanziale per la ragione che non sono in discussione diritti o *status*.

La previsione della ricorribilità per cassazione va riguardata, anche, da un diverso angolo di visuale. Il decreto di omologazione del concordato nella liquidazione giudiziale provoca la cessazione della procedura di liquidazione giudiziale e cioè l'effetto di far cessare una serie di riflessi sul debitore, sui creditori e sui terzi. La cessazione della liquidazione giudiziale, in questa più limitata ottica, è equipollente alla chiusura della liquidazione giudiziale, ed allora, come è ricorribile per cassazione (cfr., art. 234 CCII) il decreto di chiusura della liquidazione giudiziale, così è giustificato che sia ricorribile il decreto della corte di appello che giudica sulla omologazione.

### 3. Le opposizioni

Il percorso verso l'omologazione può essere incrinato dalla proposizione di opposizioni. L'opposizione equivale, nella sostanza, ad un'eccezione, e cioè un mezzo processuale volto a sollecitare al giudice il rigetto della richiesta di omologazione; l'eccezione è lo strumento col quale richiedere il rigetto della domanda di omologazione del concordato.

Nel giudizio di omologazione l'opponente non si duole di un provvedimento del giudice (che ancora non c'è), ma chiede che la pronuncia del tribunale abbia un contenuto diverso da quello cui aspira il proponente. L'ambito di estensione dell'opposizione - dal punto di vista processuale - corrisponde, "in negativo", all'estensione dell'oggetto del processo così come, naturalmente, introdotto dal proponente, posto che va escluso che nel giudizio di omologazione possano essere introdotte altre domande, quale potrebbe essere, ad esempio, quella di accertamento di un credito.

L'opposizione/eccezione può avere ad oggetto:

<sup>303</sup> Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 161; M. Rossi, *Appunti su definitività ed efficacia del decreto di omologazione del concordato fallimentare*, cit., p. 861; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2561.

- (i) vizi del procedimento;
- (ii) censure che attengono al difetto di genuina prestazione del consenso (ai fini del computo della maggioranza e ai fini della ponderazione della formazione delle classi);
- (iii) censure sulla convenienza nel caso del c.d. *cram down*<sup>304</sup>;

Si dubita, invece, sul fatto che possa essere oggetto di discussione la fattibilità del piano che sorregge la proposta<sup>305</sup>.

Se questo è il contenuto potenziale delle opposizioni/eccezioni, occorre chiedersi se con queste si venga ad estendere l'oggetto dell'accertamento demandato al tribunale, oppure se l'oggetto resti sempre lo stesso e le eccezioni rappresentino solo uno strumento per giungere ad una decisione più consapevole.

Con l'opposizione/eccezione, colui che si qualifica come interessato al rigetto della omologazione fa valere le cause oggettive ostative alla omologa, ma proprio perché l'opposizione spetta a chiunque vi abbia interesse, occorre escludere che nel processo di omologazione debba discutersi, necessariamente, delle ragioni di credito. Il diritto di credito del creditore non diviene oggetto del processo, perché l'opponente non può chiedere, nella sede dell'omologazione, l'accertamento del suo diritto di credito che è già stato accertato nella cornice della formazione dello stato passivo.

Configurando l'opposizione di cui all'art. 245 CCII al modo di una eccezione, occorre considerare che i fatti estintivi, impeditivi e modificativi che vengono allegati in un processo non ampliano l'oggetto della cognizione del giudice<sup>306</sup>, ma ampliano la latitudine delle conoscenze del tribunale.

Nel caso dell'omologazione del concordato, qualunque sia il tipo di opposizione/eccezione introdotta, chi invoca il rigetto della richiesta di omologazione non fa valere un proprio diritto incompatibile, ma allega dei fatti dai quali il giudice dovrebbe trarre il convincimento che la gestione dell'interesse alla regolazione dell'insolvenza non si può realizzare con quella proposta di concordato nella liquidazione giudiziale.

Fra le eccezioni neppure quella che attiene all'individuazione dei creditori concorrenti e dunque aventi diritto al voto è astrattamente idonea a poter costituire oggetto di un autonomo processo [il processo di accertamento di quel credito] perché le contestazioni sul credito hanno come sede elettiva le impugnazioni dei crediti ammessi (artt. 206 e 207 CCII)..

In tale contesto non residua alcuno spazio per un vero ampliamento dell'oggetto del processo, che non muta né per l'ampiezza, né per la profondità dell'accertamento richiesto per effetto della proposizione di una opposizione<sup>307</sup>. Si rafforza, così, la tesi che vuole oggetto del processo la gestione dell'interesse alla migliore regolazione convenzionale del dissesto. Infatti, non è la complessità dell'indagine rimessa al giudice che può far modificare il

<sup>304</sup> Cass. civ., 01/10/2015, n. 19645, in *Fall.*, 2016, p. 742; Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 229; D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 337; Pasquariello, *La liquidazione giudiziale*, in *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura Irrera, Pasquariello, Perrino, Bologna, 2023, p. 316; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 630; Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio, Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 126. Ritengono che si tratti di una soluzione non conforme ai principi di intangibilità del credito, Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 332; P. Farina, *sub art. 245*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1291.

<sup>305</sup> In senso negativo, Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, p. 304; per la soluzione opposta v., Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 332; P. Farina, *sub art. 245*, cit., p. 1291; Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1056; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p.2672.

<sup>306</sup> Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio, Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 197; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2668.

<sup>307</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 337; Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1041.

contenuto di un provvedimento e della, ad esso correlata, attività del giudice. Poiché le opposizioni/eccezioni non servono ad introdurre nuovi diritti, ma solo a sollecitare un maggiore approfondimento dell'indagine, comunque rimessa, al tribunale, esse non ampliano l'oggetto del processo, ma se mai estendono la cognizione su fatti diversi e ulteriori.

#### 4. Le tecniche del giudizio di omologazione

Con riferimento al concordato nella liquidazione giudiziale la scelta del modello del procedimento in camera di consiglio è del tutto coerente. Certo, una volta colte la complessità degli effetti del concordato e la possibile ampiezza dell'indagine del tribunale, si avverte che la necessità di salvaguardare - nel procedimento di omologazione - i valori fondanti il giusto processo non debba essere obliata, ma senza che tutto ciò comporti, anche, il bisogno di far luogo ad operazioni di chirurgia interpretativa, volte ad innestare nel procedimento di cui all'art. 245 CCII, tutte quelle garanzie che devono contraddistinguere un processo dichiarativo ovvero un processo "a parti contrapposte" modulato sullo schema del processo a cognizione piena.

Nei paragrafi che seguono saranno enunciate le peculiarità di un procedimento che l'art. 245 CCII delinea con forme molto snelle, forme che verosimilmente debbono essere implementate per offrire alle parti quella tutela che la complessità degli interessi coinvolti merita.

D'altra parte, se il legislatore ha scelto di affidare ad un giudice il compito di controllare un atto di autonomia delle parti e ciò ha fatto, evidentemente ritenendo che solo la posizione di terzietà ed imparzialità del giudice assicuri un'effettiva indipendenza del controllo, allora per coerenza il giudice chiamato ad esercitare quel controllo lo deve fare in un contesto procedimentale che veda assicurati i valori essenziali della giurisdizione.

In tale cornice, il contraddittorio, quale "chiave di volta" dell'ordinamento processuale, va garantito anche nel procedimento in cui l'oggetto è la tutela di un interesse, almeno quando vi possano essere soggetti controinteressati, e cioè soggetti che aspirano ad una diversa regolazione di quell'interesse. Nel giudizio di omologazione la proposizione di una opposizione rileva come manifestazione di aspirazione ad una regolazione diversa del dissesto, ciò che importa una adeguata tutela processuale della parte che quell'interesse vuole realizzato in modo diverso.

##### 4.1. La fase introduttiva del procedimento

La relazione del curatore che certifica l'avvenuta approvazione della proposta è il prologo della fase omologatoria e costituisce il momento a partire dal quale non sono più praticabili modifiche della proposta (neppure migliorative)<sup>308</sup> in quanto si è ormai stabilizzato l'asse negoziale. Al contrario, la relazione che contiene l'accertamento sulla mancata approvazione costituisce il presupposto affinché il giudice delegato provveda ad archiviare il procedimento.<sup>309</sup>

Il parziale richiamo all'art. 124 CCII non rende agevole la ricostruzione del percorso introduttivo da seguire per il giudizio di omologazione.

Il dato testuale offerto dall'art. 245 CCII si misura con una scansione di adempimenti che necessita di alcuni adattamenti. Infatti, il procedimento che formalmente prende avvio con la richiesta di omologazione o con la proposizione di un'opposizione è preceduto da una

<sup>308</sup> Pasquariello, *La liquidazione giudiziale*, cit., p.316; P. Farina, *sub art. 241*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, cit., p. 1286.

<sup>309</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 627; P. Farina, *sub art. 245*, cit., p. 1284; per Pacchi, *sub art. 245*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco-Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1328, la domanda va dichiarata improcedibile.

fase preliminare di natura sollecitatoria, con la quale il giudice delegato, preso atto - a seguito della relazione presentata dal curatore una volta terminata la votazione - dell'approvazione della proposta da parte dei creditori, dispone che ne sia data comunicazione (a mezzo posta elettronica certificata) al proponente, al debitore e ai creditori dissenzienti. Una volta disposta la comunicazione, il medesimo giudice con lo stesso decreto fissa il termine di dieci giorni affinché il proponente introduca il giudizio di omologazione secondo il modello processuale di cui all'art. 124 CCII, mentre coloro che intendono introdurre una opposizione devono costituirsi nel procedimento rispettando il termine compreso tra quindici e trenta giorni fissato dal giudice delegato, tenuto conto del fatto che il procedimento deve essere già stato incardinato dal proponente nei dieci giorni successivi al decreto. Tutti i termini non sono soggetti a sospensione feriale visto il disposto di cui all'art. 9 CCII.<sup>310</sup>

Il procedimento presuppone un impulso di parte che dovrebbe poter pervenire, in caso di inerzia (quando già non sia stata dichiarata l'improcedibilità), anche da parte dei creditori aderenti - interessati all'omologazione - in surroga del proponente.

La legge non stabilisce che sia fissata una udienza e tale lacuna, di per sé, potrebbe essere giustificata dalla diversità del modello procedurale da seguire a seconda che vi siano state (o no) opposizioni. Semmonché, anche in assenza di opposizioni la pronuncia di omologazione (o di rigetto) è sempre data nei confronti di più parti - quanto meno il curatore e anche il debitore se non proponente - e dunque la fissazione dell'udienza è adempimento che non va pretermesso<sup>311</sup> (e il richiamo all'art. 124 CCII potrebbe, di per sé, giustificare la fissazione dell'udienza in ogni caso), a maggior ragione quando il tribunale intenda assumere informazioni e svolgere attività istruttoria, posto che altrimenti si assisterebbe ad una palese violazione del diritto di difesa del proponente. Anche laddove non siano state proposte opposizioni il tribunale è dotato di poteri istruttori officiosi (art. 738 c.p.c.)<sup>312</sup> relativi alla verifica della legittimità della proposta e della piena conformazione del consenso, talché il diritto di difesa va assicurato al proponente anche quando nessuno abbia interposto opposizione.

Pertanto, il presidente del tribunale - visto l'art. 124 CCII - deve fissare l'udienza e disporre che ne siano informate quelle parti che si sono costituite (il proponente e gli opposenti), mediante una formale comunicazione di cancelleria (qualora, invece, venga accertato il mancato raggiungimento della/e maggioranza/e, il giudice delegato deve limitarsi a pronunciare un provvedimento di arresto della procedura il cui effetto sarà quello di impedire la progressione degli ulteriori adempimenti e, laddove sia stata disposta la sospensione della liquidazione, anche quello di consentire la ripresa delle operazioni liquidatorie).

#### 4.2. La costituzione in giudizio delle parti

Il procedimento di omologazione si snoda in modo snello con il rinvio all'art. 124 CCII; poiché il procedimento si configura come bi-plurilaterale, è necessaria l'assistenza tecnica per tutte le parti del processo<sup>313</sup>.

La costituzione delle parti è designata dall'art. 124 CCII, ma il procedimento assume una natura ibrida, posto che una parte - in senso formale - del giudizio, e cioè il curatore, si trova nella posizione, ambigua, di partecipare al processo anche in qualità di collaboratore del tribunale, qualora il comitato dei creditori, per impossibilità di funzionamento, non sia in

<sup>310</sup> Cass. civ., 25/09/2017, n. 22271, in *One LEGALE* (<http://onelegale.wolterskluwer.it/>).

<sup>311</sup> P. Farina, *sub art. 245*, cit., p.1288.

<sup>312</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 631; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 333.

<sup>313</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2669.

grado di esprimere il parere finale<sup>314</sup>. Il deposito del parere assolve ad una finalità latamente istruttoria<sup>315</sup> e, pertanto, prescinde dal fatto che il curatore partecipi al processo come parte.

Assumono il ruolo di parti, oltre a quelle necessarie (sempre il debitore)<sup>316</sup>, coloro che, secondo quanto suggerisce l'art. 245 CCII, compongono il catalogo dei possibili opposenti, posto che oltre ai creditori dissenzienti (tutti, e quindi anche quelli che appartengono ad una classe assenziente), sono legittimati anche i terzi titolari di un interesse<sup>317</sup>; se l'interesse è giuridico e non di mero fatto, e dunque se l'interesse è correlato alla circostanza che gli effetti del concordato provochino modifiche sulle situazioni delle parti, il palinsesto, può essere più facilmente assemblato tra:

- (i) i creditori privilegiati e della massa;
- (ii) i creditori estranei;
- (iii) il terzo proponente la cui proposta non sia stata portata al giudizio di omologazione<sup>318</sup> (sebbene diversa sia parte della interpretazione giurisprudenziale<sup>319</sup>);
- (iv) i convenuti in azione revocatoria<sup>320</sup>;
- (v) i titolari di rapporti giuridici pendenti;
- (vi) i creditori esclusi dal voto.

Il fatto che la norma parli espressamente di creditori dissenzienti non esclude una concorrente legittimazione dei creditori aderenti<sup>321</sup> (che scoprono dopo il voto fatti idonei a essere qualificati come vizi del procedimento) e finanche del curatore (in relazione a contenuti della possibile decisione che lo possano riguardare personalmente).

Non è, invece, legittimato il curatore.<sup>322</sup>

### 4.3. La trattazione e l'istruzione

L'art. 245 CCII contiene un rinvio all'art. 124 CCII, talché la domanda va proposta con ricorso. Il procedimento prosegue in base alle norme generali del codice di rito (art. 737 ss. c.p.c.) con l'innesto del modello di regole disegnate nell'art. 245 CCII.

<sup>314</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 228; Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, p. 238. Il parere conclusivo del comitato, diversamente da quanto stabilito nell'art. 241 CCII, non è mai vincolante, v., D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.336; Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 172.

<sup>315</sup> P. Farina, *sub art. 245*, cit., p. 1292; Cass. civ., 26/11/2010, n. 24026, in *Fall.*, 2011, p. 967.

<sup>316</sup> P. Farina, *sub art. 245*, cit., p. 1286.

<sup>317</sup> Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1048.

<sup>318</sup> Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p.72; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2662; per Cass., 12/03/2024, n. 6435, qualora a seguito di reclamo *ex art. 131 l. fall.* la Corte d'Appello abbia statuito l'inammissibilità della proposta omologata, che costituiva solo una di quelle contemporaneamente sottoposte ai creditori, queste ultime sono suscettibili di essere riproposte al vaglio di costoro, mediante rimessione al tribunale per il rinnovo delle operazioni di voto.

<sup>319</sup> V., Trib. Bari, 06/12/2010, in *Fall.*, 2011, p. 608. Si è anche stabilito (v., Cass. civ., 17/06/2022, n. 19707, in *Fall.*, 2022, p. 1037) che il creditore che abbia avanzato una propria proposta e che, avendo ricevuto il parere negativo del comitato dei creditori ed il diniego di ammissione al voto dal giudice delegato, non abbia immediatamente reclamato tali atti, difetta di interesse a proporre opposizione alla omologazione di una diversa proposta di concordato fallimentare, in quanto non riveste posizione di proponente concorrente, diversamente dal caso in cui anche la sua proposta fosse stata ammessa al voto e risultasse perciò concretamente pregiudicato dall'omologazione della proposta preferita, considerato altresì che la nozione di "qualsiasi altro interessato", di cui all'art. 129, 2° comma, l.fall., non può estendersi sino al punto da ricomprendere qualunque terzo contrario alla omologazione, ma privo di un interesse giuridicamente tutelato ad opporvisi. Per App. L'Aquila, 2/04/2020, *id.*, 2020, p. 1453, la legittimazione all'opposizione poteva essere riconosciuta quando la proposta concorrente era stata sottoposta al voto.

<sup>320</sup> P. Farina, *sub art. 245*, cit., p. 1286

<sup>321</sup> P. Farina, *sub art. 245*, cit., p. 1291; *contra*, Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2670.

<sup>322</sup> Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1048; in senso opposto, v., però, Pacchi, *sub art. 245*, cit., p. 1329.

Le regole da seguire sono quelle del codice di procedura civile; una volta depositato il ricorso, il presidente del tribunale deve nominare un giudice relatore<sup>323</sup>, cui può essere delegata l'attività di assunzione di mezzi istruttori. Prima dell'apertura della fase istruttoria il tribunale deve consentire un pieno dispiegamento delle garanzie difensive delle parti, in modo che ciascuna possa contraddire sulle difese assunte dalle altre; ciò al fine di chiarire il *thema decidendum* e il *thema probandum*.

Una volta optato per l'adozione del procedimento in camera di consiglio in base al modello di cui al codice di rito, le attività istruttorie che il tribunale può disporre si identificano con l'assunzione di informazioni in base a quanto previsto nell'art. 738 c.p.c., e ciò a prescindere dalla circostanza che siano, o no, proposte opposizioni. Posto che il potere del tribunale nel sindacare l'effettività del consenso può richiedere il compimento di attività istruttoria anche complessa, il richiamo alle informazioni va inteso con un significato ampio.

Pertanto, la previsione secondo la quale il tribunale procede al compimento di atti istruttori (richiesti dalle parti o disposti d'ufficio), significa che al potere del giudice di disporre mezzi istruttori prelevati [anche] dal catalogo di quelli stabiliti per il processo di cognizione, deve conformarsi il diritto di ciascuna parte a partecipare alla raccolta delle prove, in contraddittorio fra loro e nei confronti del giudice, senza che alcuna limitazione si possa porre in ordine alla tipologia della prova<sup>324</sup>.

Ciò posto, resta da chiarire se e quale spazio vi sia per l'applicazione della regola di giudizio desumibile dalla norma in tema di onere della prova (art. 2697 c.c.). Ad una lettura superficiale la regola non parrebbe applicarsi perché il procedimento ha ad oggetto la gestione di interessi; nondimeno, se residua incertezza occorre stabilire quali sono i fatti costitutivi della domanda, posto che una domanda - quella di omologazione del concordato - non può mancare. L'approvazione da parte dei creditori va qualificata in chiave sostanziale come presupposto della domanda (perché occorre che un accordo si sia formato) e in ottica processuale come presupposto di procedibilità della domanda (perché se la maggioranza non è raggiunta, l'omologazione non può essere pronunciata tanto è vero che neppure si avvia il procedimento).

In base ai principi generali, la prova sulla esistenza dei voti favorevoli deve essere fornita dal proponente, mentre ogni altro fatto che attiene alla espressione del voto deve essere oggetto di contestazione o di rilievo officioso, ma nella permanente incertezza, la proposta deve essere omologata (escludendo che vengano in gioco eccezioni in senso stretto)<sup>325</sup>.

#### 4.4. La fase decisoria

La scelta del legislatore sulla forma del provvedimento, cioè il decreto di omologazione, è sicuramente coerente con l'adozione del rito camerale.

Il decreto viene pronunciato all'esito del contraddittorio secondo il modello procedimentale che l'autorità giudiziaria investita della domanda reputa preferibile.

Il giudizio di omologazione del concordato nella liquidazione giudiziale termina con il decreto del tribunale, emesso in composizione collegiale, con il quale la proposta può essere accolta, nel qual caso il concordato viene omologato e diviene obbligatorio per tutti i creditori, ovvero può essere respinta con la conseguenza che in questa ipotesi prosegue (non si riavvia) il procedimento di liquidazione giudiziale.

<sup>323</sup> Il relatore può essere lo stesso giudice delegato non sussistendo incompatibilità in quanto non si verte in tema di impugnazioni, v., Cass. civ., 01/10/2015, n. 19645, cit., p. 742; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2562.

<sup>324</sup> I provvedimenti istruttori non sono autonomamente reclamabili, v., App. Firenze, 16/12/2022, in *Dirtodellacrisi.it*.

<sup>325</sup> Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1050.

La decisione del tribunale non ha alternative tra omologazione o diniego, posto che il tribunale non ha alcun potere di omologare una proposta diversa da quella presentata<sup>326</sup> e, dunque, diversamente dal meccanismo di cui all'art. 53, comma 5-bis CCII, in caso di fondatezza dell'opposizione la richiesta di omologazione va respinta nei confronti di tutti (e non del solo opponente).<sup>327</sup>

Tuttavia, si è predicato che la revoca dell'omologazione della proposta concorrente approvata dai creditori determina la retrocessione della procedura e la ripetizione delle operazioni di voto sulle residue proposte.<sup>328</sup>

Quanto al perimetro dei poteri del tribunale, è costante la postulazione secondo la quale il controllo del tribunale è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione (la c.d. legittimità sostanziale)<sup>329</sup> - salvo che non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti - restando escluso ogni controllo sul merito, giacché la valutazione del contenuto della proposta concordataria, riguardando il profilo della convenienza, è devoluta ai creditori, sulla base del parere inerente ai presumibili risultati della liquidazione formulato dal curatore e dal comitato dei creditori<sup>330</sup>.

Semmonché, ove si voglia enfatizzare la matrice negoziale del concordato, deve ritenersi consentito che il tribunale valorizzi anche la cifra contrattuale dell'accordo, così potendo sindacare la causa concreta del patto di concordato, la liceità della proposta, la liceità e possibilità dell'oggetto del patto, l'effettiva prestazione del consenso<sup>331</sup>; non può, invece, spingersi fino a valutare l'equilibrio delle prestazioni dedotte nel patto concordatario o a sindacare la "giustizia contrattuale".<sup>332</sup>

Nell'ambito dei poteri attribuiti al tribunale particolare attenzione va offerta al caso, per vero assai frequente, di partecipazione al voto della agenzia delle entrate e degli istituti previdenziali, perché il voto contrario (ove decisivo) può essere neutralizzato - così non concorrendo a formare la maggioranza sfavorevole - quando il tribunale ritenga che la proposta di concordato sia maggiormente conveniente e ciò, in particolare, sulla base della relazione redatta dal professionista ai sensi dell'art. 240 CCII<sup>333</sup>.

## 5. L'effetto decisorio

Il decreto del tribunale acquista una immediata efficacia fin dalla sua pubblicazione (art. 246 CCII).

È utile interrogarsi sul fatto se così sia rispettato un principio di gradualità e proporzionalità fra i diritti delle parti interessate. Se si assume che il decreto possa produrre immediatamente i propri effetti è, però, necessario immaginare che vi debbano essere dei "contrappesi". Al cospetto di una immediata efficacia, chi la subisce deve poter formulare una istanza inibitoria ancillare (ma si dovrebbe ritenere, decisiva ai fini della piena effettività della tutela) volta ad ottenere la sospensione della produzione degli effetti, se si condivide il

<sup>326</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 332; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2678; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2559; Cass. civ., 10/02/2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2095.

<sup>327</sup> P. Farina, *sub art. 251*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, cit., p. 1293.

<sup>328</sup> A. L'Aquila, 02/04/2020, cit., 1453

<sup>329</sup> Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, cit., p. 200; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2556.

<sup>330</sup> Cass. civ., 03/11/2023 n. 30703, in *One LEGALE* (<http://onelegale.wolterskluwer.it/>); M. Rossi, *Appunti su definitività ed efficacia del decreto di omologazione del concordato fallimentare*, cit., p. 875.

<sup>331</sup> Danovi, D'Aquino, *Concordato fallimentare. Profili sostanziali*, cit., p. 121.

<sup>332</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2559.

<sup>333</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2682.

postulato che la semplice proposizione del reclamo non produca un effetto sospensivo automatico<sup>334</sup>.

Il controinteressato può, dunque, paralizzare l'immediata efficacia del decreto<sup>335</sup>, talché questo strumento, se non utilizzato, giustifica che continuino a prodursi gli effetti del decreto sino alla sua, eventuale, rimozione.

## 6. La chiusura della liquidazione giudiziale

In analogia con quanto il codice della crisi dispone con riguardo alla chiusura della liquidazione giudiziale, l'art. 246 CCII sul presupposto che il procedimento di concordato nella liquidazione giudiziale costituisca una causa atipica di chiusura della procedura, impone al curatore la formazione del rendiconto<sup>336</sup>.

Quindi, una volta che il decreto di omologazione del concordato è divenuto definitivo, il curatore ha l'obbligo di presentare il proprio rendiconto, con le stesse modalità di contenuto e di forma già previste dall'art. 231 CCII. L'obbligo del curatore non può essere anticipato poiché solo con il decreto di omologazione il curatore perde l'amministrazione del patrimonio del debitore.

Il provvedimento che decide sul rendiconto è reclamabile e poi ricorribile per cassazione posto che incide e decide su diritti soggettivi.<sup>337</sup>

Quando il decreto di omologazione diventa definitivo i giudizi di impugnazione dello stato passivo pendenti dinanzi al tribunale si interrompono (v., art. 143 CCII); l'interruzione dei processi pendenti si produce *ope legis*, dovendosi interpretare in modo speculare quanto disposto dall'art. 143 CCII. Il giudizio può essere riassunto dal proponente o nei confronti del proponente e prosegue nelle forme di cui all'articolo 207 dinanzi al medesimo giudice, che provvede sull'accertamento del credito o della causa di prelazione

## 7. Il giudizio di reclamo

Il decreto con cui il tribunale omologa o respinge il concordato è impugnabile con reclamo alla corte di appello (art. 247 CCII)<sup>338</sup>. Il decreto pronunciato dalla corte di appello potrà essere, a sua volta, impugnato con ricorso per cassazione. Per entrambi i menzionati giudizi di gravame, i termini di impugnazione sono di trenta giorni (ma nell'ipotesi, per vero improbabile di un difetto di comunicazione, dovrebbe valere il termine "lungo" di sei mesi di cui all'art. 327 c.p.c., e non quello di novanta giorni previsto nell'art. 124 CCII)<sup>339</sup>. Il termine perentorio decorre dalla notificazione del decreto fatta dalla cancelleria del tribunale con le formalità di cui agli artt. 137 ss. c.p.c., il che dovrebbe garantire, sia il diritto di difesa dei soggetti legittimati al decreto, sia le esigenze di celerità nella definizione del giudizio.

La legittimazione attiva compete, in base alla lettera dell'art. 247 CCII, al debitore, al proponente (ovviamente ove persona diversa dal debitore) ed agli opposenti che siano

<sup>334</sup> Sulla permanenza degli effetti v. Vullo, *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Diritto processuale civile*, vol. IV, diretto da Dittrich, Milano, 2019, p. 4967.

<sup>335</sup> Vullo, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 4968; Jannuzzi, Loreface, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, p. 59.

<sup>336</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 295; P. Farina, *sub art. 246*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1296.

<sup>337</sup> S. Pacchi, *sub art. 246*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco-Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1334.

<sup>338</sup> Si tratta dell'unico mezzo a disposizione quando il decreto ha deciso in presenza di opposizioni, v., Cass. civ., 05/12/2017, n. 29116, in *Fall.*, 2018, p. 566.

<sup>339</sup> Sulla possibilità di invocare, invece, il termine "lungo" di cui all'art. 26 l.fall. (ora art.124 CCII) v., Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio. Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 201.

risultati soccombenti nel giudizio dinanzi al tribunale<sup>340</sup>. In particolare, il proponente può proporre impugnazione, non solo avverso il decreto di rigetto del concordato, ma anche nell'ipotesi in cui il decreto, pur omologando il concordato, abbia introdotto modifiche alle condizioni del concordato che abbiano danneggiato il debitore stesso<sup>341</sup>. Gli opposenti, ritualmente costituiti nel giudizio *ex art. 245 CCII* sono legittimati a proporre impugnazione avverso il decreto che abbia omologato il concordato, difettando, in ipotesi di rigetto dell'omologazione, un loro interesse all'impugnazione. La medesima *ratio* che ha portato ad apprezzare la modificazione delle condizioni del concordato al fine di individuare la legittimazione attiva all'impugnazione *ex art. 247*, consente di riconoscere la legittimazione attiva in capo all'assuntore ed al garante del concordato i quali, sebbene non possano essere considerati soccombenti nel giudizio di omologazione ed anche ove non abbiano partecipato a tale giudizio, potrebbero avere interesse all'impugnazione nell'ipotesi in cui il decreto di omologazione del concordato abbia introdotto modifiche rispetto alle condizioni del concordato cui essi avevano aderito. Non hanno, invece, legittimazione i soggetti interessati che, però, non abbiano partecipato al giudizio di omologazione<sup>342</sup>, salvo che non si dimostri che non sono stati avvisati del procedimento concordatario.<sup>343</sup> Né si reputa abbia una autonoma legittimazione il curatore<sup>344</sup>, a meno che il decreto non prenda posizione su diritti che spettano personalmente al curatore.

Il giudizio di reclamo si introduce con ricorso, che, in forza dell'espresso richiamo all'art. 51 CCII, deve contenere, oltre alle generalità delle parti e dell'ufficio giudiziario, i motivi, gli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, le conclusioni, oltre alla indicazione dei mezzi di prova.

La fase introduttiva del procedimento è poi modellata conformemente agli altri procedimenti camerati del codice della crisi. Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto (lasciando tra la data della notificazione e quella dell'udienza un termine non minore di trenta giorni), al curatore e alle altre parti, che si identificano, se non sono reclamanti, nel debitore, nel proponente e negli opposenti.

Le parti resistenti devono costituirsi - a pena di decadenza - almeno dieci giorni prima della udienza mediante il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti. È ammesso l'intervento di qualunque interessato purché abbia luogo non oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti con le modalità per queste previste. All'udienza il collegio, sentite le parti, assume, anche d'ufficio, i mezzi di prova, eventualmente delegando un suo componente; la corte decide sul reclamo con decreto motivato.

<sup>340</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p.2688

<sup>341</sup> Cesiano, *sub art. 247*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco- Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1336.

<sup>342</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 337.

<sup>343</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 631; Cass. civ., 08/07/2021, n. 19461, in *Fall.*, 2021, p. 1044.

<sup>344</sup> Cass. civ., 10/02/2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2095; Cesiano, *sub art. 247*, cit., p. 1336; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 632; A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2563; *contra*, P. Farina, *sub art. 247*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1297; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2689.

Si tratta, all'evidenza, di un processo ibrido<sup>345</sup> perché governato dai principi dei procedimenti in camera di consiglio ma assai rafforzato nelle sue declinazioni operative. È un mezzo di impugnazione ampiamente devolutivo e privo di specifiche limitazione ai *nova*<sup>346</sup>.

L'art. 247 CCII prevede, nella sua ultima versione, una doppia forma di inibitoria (diversamente dal passato e ciò sul presupposto che gli effetti del decreto di omologazione si producessero, solo, a seguito della definitività del provvedimento<sup>347</sup>): infatti, quando il tribunale omologa il concordato ma la decisione è impugnata si pone il tema della protezione degli effetti determinati dalla immediata efficacia del decreto e, per converso, della opportunità che l'esecuzione della proposta sia inibita; a tal fine, proposto il reclamo o il ricorso per cassazione, la corte di appello, su richiesta di parte o del curatore, può, quando ricorrono gravi e fondati motivi, sospendere, in tutto o in parte o temporaneamente, la liquidazione dell'attivo, oppure inibire, in tutto o in parte o temporaneamente, l'attuazione del piano o dei pagamenti.

Allo scopo di tutelare la stabilità degli atti compiuti (salvo il caso della dichiarata sospensione) in caso di riforma o cassazione del provvedimento di omologazione sono fatti salvi tutti gli atti legalmente compiuti in esecuzione del concordato e i provvedimenti ad essi collegati.

Infatti, anche il decreto della corte d'appello è immediatamente efficace (art. 247, comma 12, CCII).

## 8. La ricorribilità per cassazione

Orbene, mentre la previsione del reclamo contro il decreto del tribunale è perfettamente coerente qualunque sia la natura del procedimento di omologazione, meno agevole è giustificare, invece, la prevista espressa ricorribilità per cassazione del decreto medesimo.

La scelta di prevedere il ricorso per cassazione parrebbe muovere dall'esigenza di rendere stabili gli effetti del concordato nella liquidazione giudiziale sì da impedire la generalizzata revocabilità del decreto, secondo il modello di cui all'art. 742 c.p.c. che sarebbe, altrimenti, invocabile al giudizio camerale omologatorio<sup>348</sup>. I profili di criticità attengono, da un lato, alla ricondotta appartenenza del decreto di omologa del concordato nella liquidazione giudiziale alle tutele autorizzatorie-omologatorie, e dall'altro lato alla affermata ricorribilità per cassazione, in un contesto nel quale è pure dubitabile quale parte possa essere giocata dall'istituto della revoca. L'esigenza di assicurare la stabilità dei rapporti si disvela come la ragionevole spiegazione della scelta del legislatore di ammettere il ricorso per cassazione del decreto di omologazione (così come di quello di rigetto)<sup>349</sup>. Il provvedimento sulla omologazione diviene definitivo (per espressa previsione di legge), senza, tuttavia, acquisire valore di cosa giudicata sostanziale per la ragione che non sono in discussione diritti o *status*.<sup>350</sup>

La previsione della ricorribilità per cassazione va riguardata, anche, da un diverso angolo di visuale. Il decreto di omologazione del concordato nella liquidazione giudiziale provoca la cessazione della procedura di liquidazione giudiziale e cioè l'effetto di far cessare una serie di riflessi sul debitore, sui creditori e sui terzi. La cessazione della liquidazione giudiziale, in questa più limitata ottica, è equipollente alla chiusura della liquidazione giudiziale, ed allora,

<sup>345</sup> Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, p. 575.

<sup>346</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 633; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p. 2688.

<sup>347</sup> P. Farina, *sub art. 247*, cit., p. 1298.

<sup>348</sup> In senso conforme, Cesiano, *sub art. 247*, cit., p. 1337.

<sup>349</sup> Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, vol. II, Torino, 2014, p. 1062.

<sup>350</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2562.

come è ricorribile per cassazione (cfr., art. 234 CCII) il decreto di chiusura della liquidazione giudiziale, così è giustificato che sia ricorribile il decreto della corte di appello che giudica sulla omologazione.

Prima delle ultime modifiche si opinava che il ricorso per cassazione fosse ammissibile anche quando il giudizio di omologazione si fosse svolto in assenza di opposizioni; in questo caso l'art. 245 CCII prevedeva che il decreto di omologazione non fosse soggetto a gravame, ma proprio perché l'impugnazione non era prevista, soccorreva la regola generale di cui all'art. 111 Cost.<sup>351</sup>. La questione, però, è superata perché il reclamo è ammesso sempre, a prescindere dalla presenza o assenza di opposizioni.

## 9. Ulteriori mezzi di impugnazione

Tutte queste considerazioni, peraltro, non devono portare all'esclusione assoluta di una qualche forma di controllo successivo in presenza di vizi. Il primo dubbio che si può avanzare è relativo alla posizione di chi abbia un interesse contrario alla omologazione e che a buon titolo avrebbe potuto opporsi (nella veste di qualunque interessato *ex art. 245 CCII*) e che, pur tuttavia, possa dimostrare di non essere venuto a conoscenza della liquidazione giudiziale e del concordato nella liquidazione giudiziale. La legittimazione diffusa all'opposizione alla omologazione sembra al più assorbire lo strumento dell'opposizione di terzo ordinaria (art. 404 c.p.c.)<sup>352</sup> quando la notizia del concordato venga acquisita prima dello scadere dei termini per proporre l'opposizione di cui all'art. 245 CCII, ma non comprime lo spazio per l'utilizzazione (i) dell'opposizione di terzo ordinaria quando il fatto venga conosciuto *dopo* l'intervenuta definitività del decreto<sup>353</sup> e (ii) di quella revocatoria ai sensi dell'art. 404, comma 2, c.p.c., per lo meno le volte in cui il dolo e la collusione non si possano ricondurre alle ipotesi previste per l'annullamento del concordato<sup>354</sup>.

Parimenti, non si può escludere che, ricorrendone i presupposti, possa anche essere

## SEZIONE V: EFFETTI ED ESECUZIONE

### 1. Gli effetti del concordato omologato

Quando il decreto di omologazione diviene efficace *ex art. 246 CCII* si modificano gli assetti della liquidazione giudiziale perché alla liquidazione concorsuale deve sostituirsi la liquidazione concordataria (o altra forma di soddisfacimento dei creditori). Tuttavia, è solo quando il decreto diviene definitivo che il debitore ritorna *in bonis*<sup>355</sup> e gli organi della procedura assumono funzioni di vigilanza sull'esecuzione del concordato<sup>356</sup>. Peraltro, il

<sup>351</sup> Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1058; D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 337; Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 625; Cass. civ., 14/02/2011, n. 3585, in *Fall.*, 2011, 819; Cass. civ., 25/09/2018, n. 22771, in *Dir.fall.*, 2019, II, p. 1231; in senso contrario, Di Cola, *L'impugnazione del decreto di omologazione del concordato fallimentare emesso in assenza di opposizioni*, in *Dir.fall.*, 2019, II, p. 1241, assume che anche in questo caso il mezzo di gravame dovrebbe essere il reclamo alla corte di appello.

<sup>352</sup> Pagni, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, cit., p. 1064, reputa, invece, che sia ammissibile anche l'opposizione di terzo ordinaria.

<sup>353</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2692, osserva correttamente che la pubblicazione sul registro delle imprese del decreto di fissazione del termine per l'opposizione alla omologazione non può costituire un ostacolo alla praticabilità dell'opposizione di terzo quando l'intera procedura non sia stata conosciuta dal terzo.

<sup>354</sup> Per l'ammissibilità di entrambe le impugnazioni straordinarie, v., Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, cit., p. 203.

<sup>355</sup> D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 339; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo-ter*, Commentario diretto da Irrera, Cerrato, Bologna, 2024, p.2685.

<sup>356</sup> Fauceglia e Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 285.

tribunale può prevedere che alcune modalità di attuazione del concordato siano rimesse a successivi interventi del giudice delegato<sup>357</sup>. Da tale momento, pertanto, si ha la sospensione della liquidazione concorsuale, se essa non è stata precedentemente disposta dal giudice delegato, in seguito al deposito della proposta di concordato, e scatta, comunque, il divieto del compimento di atti incompatibili con il concordato.

Il concordato comporta per il debitore l'estinzione definitiva della differenza tra l'ammontare di tutti i suoi debiti e la percentuale offerta<sup>358</sup>, oppure, la sua liberazione immediata, qualora il decreto di omologa la preveda in relazione all'intervento di un terzo. Certo è che se il concordato prevede l'assunzione del terzo con liberazione immediata del debitore, il terzo deve rispondere nei confronti di tutti i creditori e non può avvalersi della limitazione di responsabilità di cui all'art. 240 CCII<sup>359</sup>. Non è infatti ammissibile che il creditore venga privato della regola della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. Pertanto, l'effetto obbligatorio del concordato comporta che resti il debitore tenuto a rispondere dei debiti concorsuali (e non concorrenti) che non sono stati assunti dal terzo.<sup>360</sup>

Dopo l'omologazione il debitore ritorna nella piena disponibilità del patrimonio qualora i beni stessi non siano stati oggetto di trasferimento.<sup>361</sup>

Nel caso in cui il decreto di omologazione del concordato disponga il trasferimento di tutti i beni inventariati all'assuntore, rimettendo al giudice delegato di adottare eventuali provvedimenti di esecuzione, il trasferimento dei beni del fallimento nel patrimonio dell'assuntore trova il suo titolo, diretto ed immediato, esclusivamente nel decreto di omologazione<sup>362</sup>. Pertanto, anche nell'ipotesi di differimento del passaggio dei beni sino all'esecuzione da parte dell'assuntore delle prestazioni cui si è obbligato<sup>363</sup>, deve escludersi un reingresso *medio tempore* del debitore nella titolarità e disponibilità dei beni caduti nella liquidazione giudiziale<sup>364</sup>, con la conseguenza della persistenza del detto vincolo di indisponibilità di essi e del correlativo divieto di azioni esecutive individuali sugli stessi.

Pur cessando la procedura liquidatoria propriamente detta, gli organi della liquidazione giudiziale restano in carica con funzioni limitate alla vigilanza dell'esecuzione del concordato<sup>365</sup>, fino alla completa esecuzione<sup>366</sup>. Per quanto attiene alla posizione del debitore, vengono meno le limitazioni di carattere personale, patrimoniale e processuale. Tuttavia, poiché nel decreto di omologazione può essere previsto che determinati vincoli sui beni

<sup>357</sup> Cass. civ., 8/11/2002, n. 15716, in *Fall.*, 2003, p.2420.

<sup>358</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 231; Faucegna, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, p. 239; D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 339.

<sup>359</sup> Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 470.

<sup>360</sup> P. Farina, *sub art. 248*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p.1300.

<sup>361</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 334; P. Farina, *sub art. 248*, cit., p. 1301.

<sup>362</sup> Cass. civ., 15/03/2013, n. 6643, in *Fall.*, 2013, p. 1499; Cass., 8/11/2002, n. 15716, cit., p. 2420; Cass., 4/09/2002, n. 12862, in *Dir. fall.*, 2002, II, p.557; Ruosi, *sub art. 135*, in *La riforma della legge fallimentare*, vol. II, a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2006, p.1812.

<sup>363</sup> P. Farina, *sub art. 248*, cit., p. 1301.

<sup>364</sup> Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio, Sassani, vol. V, Milano, 2017, p. 208; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2686.

<sup>365</sup> Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 230; Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, p. 285; Pacchi, D'Orazio, *Il concordato fallimentare, L'esecuzione del concordato, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso, Panzani, vol. II, Milano, 2016, p. 2529; Fabiani, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli, Luiso, Gabrielli, vol. II, Torino, 2014, p. 1024; Guglielmucci, *L'esecuzione del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 1989, p. 194; Minutoli, *sub art. 136*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2014, p. 1830; Pajardi, *Codice del fallimento*, Milano, 2009, p. 1515; Bertacchini, *sub art.136*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, p. 1823. In senso contrario, Sanzo, *sub art. 136*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, vol. II, Bologna, 2007, p. 2075.

<sup>366</sup> Pacchi, D'Orazio, *Il concordato fallimentare, L'esecuzione del concordato*, cit., p. 2529

vengano rimossi solo ad esecuzione avvenuta, può accadere che il debitore, pur riconquistata una piena capacità di agire, non possa ancora compiere, efficacemente, atti sui beni facenti parte del suo patrimonio<sup>367</sup>.

Quando il decreto di omologazione diventa definitivo i giudizi di impugnazione dello stato passivo pendenti dinanzi al tribunale si interrompono (v., art. 143 CCII); l'interruzione dei processi pendenti si produce *ope legis*, dovendosi interpretare in modo speculare quanto disposto dall'art. 143 CCII. Il giudizio può essere riassunto dal proponente o nei confronti del proponente e prosegue nelle forme di cui all'articolo 207 dinanzi al medesimo giudice, che provvede sull'accertamento del credito o della causa di prelazione. L'interruzione dei processi pendenti si produce *ope legis*, dovendosi interpretare in modo speculare quanto disposto dall'art. 143 CCII.<sup>368</sup>

Nel caso in cui siano pendenti liti "attive" e il concordato sia stato assunto da un terzo, a seguito dell'omologazione - ove sia previsto il trasferimento dell'attivo ad un assuntore - si verifica un fenomeno particolare di successione a titolo particolare nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.), sempre che tali azioni siano oggetto di trasferimento, perché altrimenti debbono essere dichiarate improcedibili<sup>369</sup>.

Fenomeno particolare perché mentre l'art. 111 c.p.c. stabilisce che il processo prosegue tra le parti originarie, nel caso in esame, poiché l'omologazione del concordato "estingue" il dante causa "Liquidazione giudiziale", viene a mancare la parte originaria ed è, quindi, necessario procedere alla dichiarazione di interruzione del processo salvo che l'assuntore voglia evitarla costituendosi nel giudizio in prosecuzione prima della declaratoria del giudice<sup>370</sup>.

Il concordato produce come effetto la chiusura della liquidazione giudiziale<sup>371</sup> e con la chiusura della procedura nulla muta a proposito dell'eventuale pendenza di un giudizio di reclamo contro la sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale. Occorre chiedersi se ad analogo conclusione<sup>372</sup> si possa giungere pur quando la chiusura dipenda dal concordato; in verità l'omologazione del concordato, effettivamente, non impedisce che permanga un interesse alla revoca della liquidazione giudiziale, specie ora che la proposta di concordato

<sup>367</sup> Reali, *Il concordato fallimentare*, in *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di Trisorio Liuzzi, Milano, 2011, p. 331; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 295.

<sup>368</sup> Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi d'impresa*, a cura di Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 635. *Contra*, però, Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Milano, 2010, p. 450. Per Cass. civ., 15/06/2018, n. 15793, in *Fall.*, 2019, p. 188, nel concordato fallimentare con assunzione, qualora la relativa proposta contempli la cessione delle azioni revocatorie, la perdita della legittimazione processuale del curatore si verifica soltanto con l'emissione del decreto previsto dall'art. 136 l.fall., non determinandosi peraltro l'interruzione del processo sino a quando tale evento non sia stato dichiarato o notificato ai sensi dell'art. 300 c.p.c.

<sup>369</sup> P. Farina, *sub art. 248*, cit., p. 1302.

<sup>370</sup> In questo senso v., Cass. civ., 03/03/2023, n.6393, in *One LEGALE* (<http://onelegale.wolterskluwer.it/>), (nonché negli esatti termini, v., Cass. civ., 28/02/2007, n.4766, in *Fall.*, 2007, p. 775); Cass. civ., 31/08/2015, n. 17339, *id.*, 2016, p. 615. Il principio espresso è condensato nella affermazione per cui In ipotesi di concordato fallimentare con assunzione, qualora la relativa proposta preveda la cessione delle azioni revocatorie, la chiusura del fallimento, conseguente al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, non comporta l'improcedibilità delle predette azioni, verificandosi una successione a titolo particolare dell'assuntore nel diritto controverso. In detta ipotesi, ai sensi dell'art. 111, comma 1, c.p.c., il processo non è perseguibile tra le parti originarie, in quanto la chiusura della procedura, determinando il venir meno della legittimazione processuale del curatore, impone l'interruzione del processo. Nel caso in cui il trasferimento sia subordinato all'esecuzione del concordato, producendosi l'effetto traslativo soltanto a seguito del decreto con cui il giudice delegato procede al relativo accertamento, è a tale provvedimento che dev'essere ricollegata la perdita della legittimazione processuale del curatore, restando fino ad allora vincolate tutte le attività all'interesse dei creditori, e permanendo in carica gli organi del fallimento ai fini della sorveglianza sull'adempimento del concordato (art. 136 della legge fallimentare). In ogni caso, affinché abbia luogo l'interruzione, è necessario che l'evento sia dichiarato dal procuratore costituito o risulti negli altri modi di cui all'art. 300 c.p.c., proseguendo altrimenti il processo nei confronti del curatore.

<sup>371</sup> Cass. civ., 27/11/2012, n. 20977, in *Fall.*, 2013 p. 998

<sup>372</sup> Così, Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p.447.

può provenire da un terzo. Ed allora, condiviso il fatto che l'omologazione del concordato non incida sul giudizio di revoca, va esaminato quali effetti, al contrario, si producano sul concordato là dove la sentenza di liquidazione giudiziale sia revocata.

Poiché la sentenza di revoca ai sensi dell'art. 51 CCII non travolge gli atti del procedimento legalmente compiuti, tutta la procedura di concordato dovrebbe resistere e non venire travolta dalla revoca della liquidazione giudiziale<sup>373</sup>.

## 2. Gli effetti verso i creditori e il proponente

L'obbligatorietà del concordato impegna, prima di tutti, proprio il proponente, perché una volta intervenuta l'omologazione non residua alcuno spazio per una rinuncia o una revoca della proposta concordataria<sup>374</sup>.

Il concordato spiega i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori all'apertura della liquidazione giudiziale e di tutti i creditori per i quali è riconosciuta la prededuzione del credito. Esso è, quindi, obbligatorio sia per i creditori ammessi, che per quelli che non abbiano presentato domanda di insinuazione<sup>375</sup>, ma le garanzie prestate da terzi per l'esatto adempimento del concordato non si estendono a coloro che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo<sup>376</sup>; così pure ai creditori concorsuali, ma estranei, può non estendersi il principio di obbligatorietà qualora la proposta sia stata presentata da un terzo che abbia stabilito di limitare la propria responsabilità ai soli creditori concorrenti<sup>377</sup>. Occorre, però, chiedersi se il creditore estraneo che può rivolgersi solo al debitore possa pretendere l'intero importo del credito, oppure solo il credito nella misura differenziale e il principio di obbligatorietà del concordato di cui all'art. 248 CCII, ancora vigente, potrebbe far propendere per questa seconda soluzione<sup>378</sup>.

Viceversa, per i creditori il cui credito sia contestato (nel senso che è pendente un procedimento di opposizione, impugnazione o revocazione dello stato passivo), ferma restando l'obbligatorietà degli effetti, a loro cautela nel decreto di omologazione dovrebbero essere disposti opportuni accantonamenti. Pertanto, gli unici creditori per i quali il concordato non è obbligatorio, ma con l'effetto che non hanno diritto a ricevere alcunché sono coloro che sono stati definitivamente esclusi dal concorso<sup>379</sup>.

Dall'omologazione germina l'effetto conformativo sul credito che sarà un credito diverso da quello preesistente<sup>380</sup>.

## 3. Gli effetti verso i coobbligati

L'effetto esdebitatorio è peraltro soggettivamente parziale in quanto (v. art. 248 comma 2 CCII) i creditori del debitore possono agire per l'intero credito da loro vantato nei confronti

<sup>373</sup> Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, cit., p. 210.

<sup>374</sup> Trib. Brescia, 31/05/2022, in *Dirittodellacrisi.it*.

<sup>375</sup> Cass. civ., 20/06/2011, n. 13447, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Fallimento*, n. 309; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2694.

<sup>376</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, civ., p. 334; Reali, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, cit., p. 634; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 470; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p.710.

<sup>377</sup> Per Cass., 25/02/2011, n. 4698, in *Rep.Forò it.*, 2011, voce *Fallimento*, n. 246, ove gli obblighi dell'assuntore siano stati limitati, con apposita clausola recepita nella sentenza di omologazione, ai soli crediti ammessi al passivo, tale previsione, una volta che la predetta sentenza sia passata in giudicato, non è più contestabile, né il terzo creditore, che si dolga dell'esclusione del suo credito tra quelli accollati dall'assuntore, può avvalersi allo scopo predetto del reclamo avverso il decreto emesso dal giudice delegato, ex art.249 l.fall., in sede di verifica dell'avvenuta esecuzione del concordato.

<sup>378</sup> Minutoli, *sub art. 135*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p.1463; Pajardi, Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p.710; Spiotta, *Concordato fallimentare. Profili processuali*, cit., p. 212.

<sup>379</sup> Minutoli, *sub art. 135*, cit., p.1563.

<sup>380</sup> D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 338; Pasquariello, *La liquidazione giudiziale*, in *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di Irrera, Pasquariello, Perrino, Bologna, 2023, p. 317.

dei coobbligati, dei fideiussori del debitore (da non confondere con i garanti del concordato) e degli obbligati in via di regresso; il concordato comporta, infatti, l'inesigibilità del credito e non la sua estinzione<sup>381</sup>. Essi, in altre parole, sono tenuti ad integrare la differenza tra la percentuale pagata in forza del concordato e l'intero credito; trattasi quindi di una deroga all'art. 1301 c.c.<sup>382</sup>; deroga che, in quanto di stretta applicazione, non può essere estesa al terzo datore di ipoteca, col risultato che la garanzia si estingue col concordato<sup>383</sup>.

Una posizione particolare è poi quella del socio illimitatamente responsabile; infatti, il concordato della società produce anche l'effetto di esdebitare il socio per le obbligazioni sociali<sup>384</sup>, ma non produce alcun effetto, ovviamente non essendo interessati dal concordato, sui crediti personali, salvo che per quei crediti personali derivanti da garanzie assunte a favore della società concordataria, col risultato che l'obbligazione personale derivante da garanzia prestata dal socio illimitatamente responsabile si estingue al pari dell'obbligazione sociale<sup>385</sup>.

#### 4. L'esecuzione

Omologato il concordato nella liquidazione giudiziale, gli organi permangono in funzione al solo fine di controllare la puntuale esecuzione degli obblighi assunti dal proponente, dal debitore, dal garante e/o dall'assuntore<sup>386</sup>. Gli organi della procedura sopravvivono al processo chiuso e cessano definitivamente dalle loro limitate funzioni solo con il completo adempimento del concordato<sup>387</sup>.

La sorveglianza è attuata secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione; il tribunale può rimettere al giudice delegato le modalità per il controllo dell'esecuzione ed il giudice provvede con decreto non soggetto a reclamo. I provvedimenti adottati dal giudice delegato in fase esecutiva non hanno contenuto giurisdizionale e come tali non sono ricorribili per cassazione<sup>388</sup>.

Il deposito delle somme costituisce una norma tecnica di esecuzione del concordato tesa a garantire i soggetti interessati e a consentire, senza dilazione, l'emanazione del decreto di omologazione.

Il deposito delle somme dovute ai creditori irreperibili è sostanzialmente un pagamento e dal momento della sua costituzione decorrono i termini di prescrizione; quello in favore dei creditori contestati e condizionali rappresenta, invece, una cauzione, talché può essere sostituito dalla prestazione di una fideiussione (di solito bancaria a prima richiesta). Il termine di prescrizione per questi creditori decorre rispettivamente: dal verificarsi della condizione per i primi e dal definitivo riconoscimento dei loro diritti per i secondi. Gli accantonamenti devono essere disposti anche in mancanza di una disposizione in merito nel decreto di omologazione. Solo con l'esecuzione del concordato cessa ogni vincolo e limitazione del debitore e solo una volta completata l'esecuzione dello stesso il giudice ordina lo svincolo

<sup>381</sup> Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 335; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2694; Cass. civ., 27/10/2015, n. 21810, in *Fall.*, 2016, 1008.

<sup>382</sup> Cesiano, *sub art. 248*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco- Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1339.

<sup>383</sup> Ruosi, *sub art. 135*, cit., p.1816; Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, p. 203.

<sup>384</sup> D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 339.

<sup>385</sup> Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, cit., p. 203; Cass. SS.UU., 24/08/1989, n. 3749, in *Giur.comm.*, 1989, II, p.1230.

<sup>386</sup> Farina, *sub art. 249*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Santangeli, Milano, 2023, p. 1303.

<sup>387</sup> Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, vol. II, Milanofiori-Assago, 2016, p. 2576; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2698.

<sup>388</sup> Farina, *sub art. 249*, cit., p. 1305.

delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche<sup>389</sup>. Si ammette che lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche possa avvenire anche nel corso dell'esecuzione, quando sia necessario utilizzarle per pagare i debiti concordatari.

Il trasferimento dell'attivo nel caso in cui il proponente sia un soggetto diverso dal debitore può intervenire con il decreto di omologazione, oppure può essere rimesso ad un successivo decreto del giudice delegato quando si vuole offrire protezione ai creditori e cioè quando si vuole impedire che il patrimonio del debitore sia svuotato sino a che il concordato non abbia avuto esecuzione<sup>390</sup>.

L'accertamento dell'esecuzione deve avvenire con decreto (art. 249 CCII), sulla base del fascicolo della procedura, senza necessità di ulteriore istruttoria; il decreto ha natura ricognitiva, ordinatoria e non giurisdizionale, motivo per il quale contro lo stesso non è esperibile ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*<sup>391</sup>.

Il provvedimento del giudice delegato ha l'unico effetto di privare i creditori delle garanzie prestate in loro favore, ma non quello di liberare l'assuntore o il garante degli impegni presi nei confronti dei creditori non pagati.

Il decreto che accerta l'esecuzione del concordato deve poi essere pubblicato nelle stesse forme previste per la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

Il tribunale, assecondando la proposta, può attribuire al curatore<sup>392</sup> o ad un terzo (il c.d. stagittario) il compito di svolgere attività di gestione o di liquidazione del patrimonio del debitore<sup>393</sup>.

Nel caso di cessione di uno o più beni compresi nella liquidazione giudiziale, eseguito il trasferimento e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo.

## 5. L'esecuzione forzata

Nel regime del concordato nella liquidazione giudiziale manca una norma corrispondente a quella prevista dall'art. 118 CCII in tema di esecuzione forzata nel caso di mancato adempimento della proposta.

In tal senso, in caso di inadempimento, l'unico rimedio sarebbe quello dell'azione di risoluzione (v. sub art. 250 CCII). Tuttavia, occorre considerare che nel caso della liquidazione giudiziale il debitore non ha più alcuna disponibilità del suo patrimonio e la legge (v. art. 264 CCII) attribuisce al curatore tutti i poteri dell'assemblea dei soci. Pertanto, la mancata collaborazione del debitore non sembra costituire un ostacolo reale alla

<sup>389</sup> La cancellazione riguarda i gravami iscritti a garanzia del concordato e non quelli iscritti a garanzia dei crediti, v., Trib. Torino, 12/10/2018, in *dirittodellacrisi.it*; Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2578; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2704.

<sup>390</sup> D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 341; Cass. civ., 01/03/2010, n. 4863, in *Foro it.*, 2011, I, c. 870.

<sup>391</sup> Farina, *sub art. 249*, cit., 2023, p. 1306; Cass. civ., 15/03/2013, n. 6643, in *Fall.*, 2013, p. 1499; Cass. civ., 20/09/2010, n. 19858, *id.*, 2011, p. 375; non pare, invece, condivisibile la tesi (Cesiano, *sub art. 249*, in *Il codice della crisi. Commentario*, a cura di Valensise-Di Cecco- Spagnuolo, Torino, 2024, p. 1341) per cui andrebbe escluso anche il rimedio del reclamo.

<sup>392</sup> M. Spadaro, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, in *Fall.*, 2017, p. 288.

<sup>393</sup> A.M. Perrino, *Il concordato fallimentare. Aspetti procedurali*, cit., p. 2577; Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2700.

attuazione della proposta di concordato<sup>394</sup>. In ogni caso, una azione di adempimento coattivo delle obbligazioni derivanti dal patto di concordato spetta a ciascun creditore<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> In termini simili, Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 230; Pasquariello, *La liquidazione giudiziale*, in *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di Irrera, Pasquariello, Perrino, *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2023, p. 317. Nel regime previgente, in assenza di una disposizione corrispondente a quella dell'art. 264, Trib. Pisa, 14/11/2018, in *Fall.*, 2019, p. 511 aveva statuito che in applicazione analogica dell'art. 185 l.fall. dettato in tema di concordato preventivo a quello fallimentare, il tribunale può, nell'inerzia dei soci della società fallita, attribuire al curatore il potere di partecipare all'assemblea creditori ed esprimere il voto in loro sostituzione al fine di procedere all'approvazione della delibera che autorizza la fusione prevista nel piano sottostante il concordato omologato; Farolfi, *Applicazione analogica dell'art. 185 l.fall. al concordato fallimentare*, *ibid.*, 2019, p. 515.

<sup>395</sup> Buccarella, *Il concordato nel corso della liquidazione giudiziale*, cit., p.2708.