

ABUSO E... NON ABUSO DEL DIRITTO NEL CONCORDATO FALLIMENTARE

di Antonio Pezzano e Alessandra Crivelli

1. Cenni sulla figura dell'abuso di diritto. 2. L'abuso di diritto a danno del debitore. 3. L'insussistenza dell'abuso di diritto nei confronti dei creditori concorsuali.

1. Cenni sulla figura dell'abuso di diritto.

Con la sentenza del 29 ottobre 2013 n. 24359, la Suprema Corte analizza i poteri del Tribunale in sede di un giudizio di omologa di una proposta concordataria avanzata da un terzo, rilevando come la novella del diritto concorsuale abbia attribuito al giudice un controllo limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione. Solo in due ipotesi – precisa il Supremo Collegio – il tribunale potrà estendere al merito il proprio esame: qualora i creditori siano stati suddivisi per classi ed il creditore di una classe dissenziente abbia proposto opposizione di convenienza ovvero qualora il debitore lamenti un abuso dell'istituto concordatario per avere il proponente con assunzione formulato una proposta che, pur ritenuta soddisfacente dalla maggioranza dei creditori, porti al trasferimento a suo favore di beni ritenuti dal debitore di sensibile maggior valore rispetto alle obbligazioni assunte dal proponente.

La decisione *de qua* offre l'occasione per fare il punto della giurisprudenza di legittimità sulla figura dell'abuso del diritto nel concordato fallimentare¹.

In via generale, seppure non codificata dal legislatore, il disvalore di tale condotta si presenta indubbio alla luce di una serie di norme del nostro ordinamento: si pensi alle disposizioni civilistiche in tema di buona fede (v. artt. 1175, 1358, 2043 c.c.), ma anche a norme più specifiche, quali l'art. 833 c.c. relativo agli atti emulativi o all'art. 96 c.p.c. che censura la lite temeraria come abuso del diritto di azione².

Tanto che la definizione *de qua* entra nel lessico della Suprema Corte già a metà degli anni '90, allorché in sede di diritto processuale si individua l'abuso rispetto al comportamento del creditore che, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, la fraziona invece in una pluralità di giudizi di cognizione senza alcuna giustificabile ragione (v. Cass. SS.UU. 15 novembre 2007 n. 23726; v. anche Cass. 8 settembre 1997 n. 6900).

Successivamente è stato il diritto tributario ad affinare il percorso giurisprudenziale dell'abuso di diritto (v. Cass. 21 gennaio 2009 n. 1465; Cass. SS.UU. 23 dicembre 2008 n. 30055), individuandolo nella violazione del generale principio antielusivo. Mentre in ambito civile l'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie in discorso

¹ E quindi ci scusiamo sin d'ora se nello scritto si fa forse... abuso di estratti delle sentenze esaminata. Ci è però sembrato il modo più corretto per ricostruire lo stato dell'arte del pensiero della Suprema Corte.

² Sull'abuso del diritto v. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. del Dir.*, I, Milano, 1958, 166-170; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 203 e ss. (ora in RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998); GALGANO, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 311 ss. Più in particolare sulla figura dell'abuso del diritto nella materia concorsuale v. BELLÈ, *Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione*, in *Fall.*, 2009, 844 ss.; FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in DI MARZIO-MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 460 ss.; LO CASCIO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 891 ss.; PENTA, *Alla ricerca del punto di equilibrio tra la tutela dei creditori e la salvaguardia del debitore fallito*, in *Fall.*, 2014, 782 ss.; AMBROSINI, *L'abuso del diritto di accedere al "preconcordato" e il circoscritto ambito di operatività dell'istituto*, in VASSALLI-LUISSO-GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, Torino, 2014, IV, 91.

è avvenuta ad opera della nota sentenza Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in tema di abusivo esercizio del diritto di recesso (c.d. “caso Renault”)³.

Il nuovo mondo concorsuale non ne poteva restare esente, vista anche la lacunosità di alcune norme. Così gli interventi del giudice di legittimità non si sono fatti attendere, sia rispetto agli atti in frode *ex art. 173 l.f.* (v. Cass. 23 giugno 2011 n. 13817)⁴, sia relativamente all’abuso del diritto in materia fiscale nell’ambito di una procedura di concordato preventivo (v. Cass. 24 luglio 2013 n. 17956)⁵, sia – e prima ancora – rispetto all’utilizzo del nuovo concordato fallimentare. In particolare, proprio con riferimento a quest’ultimo istituto, la Suprema Corte è stata investita sul tema dell’abuso del diritto, tanto con riguardo alla facoltà attribuita al terzo di concorrere in maniera avvantaggiata (sia sul piano temporale, che del *quantum*)⁶ con il debitore

³ In tale occasione il Supremo Collegio ha affermato configurarsi abuso del diritto ogni qualvolta “*il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso*” (Cass. 20106/09, *cit.*).

⁴ Decisione con la quale la Suprema Corte ha analizzato il concetto di atti in frode chiarendo che, posto che quest’ultimi possono evidentemente assumere connotazioni diverse tra loro, il minimo comun denominatore è tuttavia individuabile nella “*loro attitudine ad ingannare i creditori sulla reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare*”. Applicando tale principio alla norma in esame (art. 173 l.f.) il Supremo Collegio è giunto ad affermare che “*nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode ma [tale è] solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio*” (Cass. 13817/11, *cit.*).

⁵ La Suprema Corte ha chiarito che non vale ad escludere l’abuso del diritto in materia fiscale la circostanza che l’atto censurato si sia svolto sotto il controllo dell’autorità giudiziaria e precisamente nell’ambito di un concordato preventivo.

⁶ Infatti – come noto – mentre il debitore (ovvero le società in cui egli partecipi o le società sottoposte a comune controllo) può proporre la domanda di concordato fallimentare solamente dopo un anno dal fallimento, e comunque senza possibilità di limitare la proposta ad una parte dei creditori, il proponente terzo o creditore può depositare la domanda di concordato fallimentare anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo ove la contabilità sia correttamente tenuta tanto da permettere al curatore di predisporre l’elenco provvisorio dei creditori da sottoporre all’approvazione del giudice delegato (art. 124, co. 1, l.f.); non solo: qualora decida di farlo dopo tale esecutività, può anche limitare il proprio impegno “*ai soli creditori ammessi al*

fallito (v. Cass. 22 febbraio 2012 n. 2674; Cass. 22 marzo 2010 n. 6904; Cass. 12 febbraio 2010 n. 3327), quanto relativamente alla possibilità del terzo, ove anche creditore concorrente, di escludere dal beneficio del concordato (e quindi sostanzialmente da una qualche ripartizione dell'attivo)⁷ quei creditori concorsuali non ancora divenuti concorrenti *ex art. 124, co. 4, l.f.*, allorché la domanda di concordato fallimentare risulti depositata (v. Cass. 29 luglio 2011 n. 16738 e Cass. 10 febbraio 2011 n. 3274).

Anche la decisione in esame si muove nello stesso solco.

2. L'abuso di diritto a danno del debitore.

Nel caso affrontato dalla pronuncia 24359/13, la Suprema Corte si è preoccupata di ribadire (v. in senso conforme cit. Cass. 3274/11 e cit. Cass. 6904/10) che il novellato concordato fallimentare, proprio perché ora ne è consentita la presentazione anche a cura di terzi (creditori compresi), non può in ogni caso permettere che il debitore venga “abusivamente” spogliato del suo residuo patrimonio, come accade invece ogni qual volta il debitore, *“non essendo parte dell'accordo intervenuto tra il proponente ed i creditori, può vedersi sottrarre i suoi beni sulla base di una valutazione che, pur idonea a soddisfare i crediti in misura ritenuta conveniente dalla maggioranza dei creditori, risulti insufficiente rispetto al valore*

passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli art. 142 e ss nel caso di esdebitazione” (art 124, co. 4, l.f.).

⁷ Quantunque la legge espressamente si preoccupi di prevedere che *“verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito”*; e quindi anche con gli eventuali beni futuri *ex art. 2740 c.c.* una volta tornato *in bonis*, ovvero con quelli già propri nell'ipotesi di cui all'art. 104^{ter}, co. 7, l.f.

reale dell'attivo fallimentare" (v. in senso conforme cit. Cass. 16738/11). La Suprema Corte giunge ad una simile conclusione facendo pernio sui principi generali ordinatori del sistema dell'espropriazione forzata. In particolare, la Corte afferma che *"tale eventualità si pone in contrasto con i principi ispiratori del sistema della responsabilità patrimoniale e con le norme che disciplinano il processo di esecuzione forzata, individuale o collettiva, in virtù dei quali la sottrazione al debitore del potere di amministrare i propri beni e di disporne trova giustificazione soltanto nei limiti risultanti dalla finalità, cui essa è preordinata, di soddisfacimento delle pretese dei creditori, dovendosi realizzare un giusto equilibrio tra gli interessi di questi ultimi e quello del debitore al rispetto dei propri beni"* (Cass. 24359/13, *cit.*).

Peraltro, risulta importante da sottolineare come, nel ragionamento della Corte, trovi collocazione un esplicito riferimento ai principi comunitari in tema di espropriazione forzata i quali, come noto, sono contenuti all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione CEDU, in cui è espressamente prevista la tutela del debitore rispetto ad illegittimi e non giustificati spossessamenti del proprio patrimonio.

D'altra parte, anche in altre occasioni la Corte di Cassazione ha avuto cura di richiamare ed interpretare tali principi comunitari, affermando che, fermo lo scopo del concordato di *"soddisfare i creditori del fallimento [per cui] l'ingerenza in questione persegue quindi uno scopo legittimo e conforme all'interesse generale, ossia la tutela dei diritti altrui, nondimeno "la misura dell'ingerenza deve assicurare un "giusto equilibrio" tra gli imperativi*

dell'interesse generale e quelli della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo” (Cass. 6904/10, *cit.*)⁸.

Ove tale “giusto equilibrio” venisse meno, il debitore potrebbe legittimamente dolersi, consentendo, quindi, al tribunale un esame di merito sul punto della proposta concordataria che diversamente gli sarebbe precluso dalla novellata disciplina, atteso che, ai sensi dell’art. 129, co. 4, l.f. *“in sede di omologazione del concordato fallimentare al giudice compete solo il controllo di legalità della procedura [e l’esito della votazione] con esclusione di ogni valutazione di merito ad eccezione della verifica [appunto] dell’eventuale abuso dell’istituto in esame”* (cit. Cass. 24359/13)⁹.

In altri termini, il debitore potrà sempre valutare se il valore dei propri beni destinati all’assuntore del c.f., rapportato alla totalità dei debiti (compresi i crediti non ammessi/non richiesti di essere ammessi)¹⁰, risulti sensibilmente maggiore rispetto a tali debiti. E qualora reputi sussistente una evidente sproporzione potrà ben dolersene proponendo opposizione all’omologa. Non reputiamo, invece, che l’aspetto *de quo*, afferendo peraltro un diritto individuale patrimoniale senz’altro disponibile, possa essere rilevato d’ufficio essendo deputato il tribunale, come visto, al solo controllo

⁸ In altri termini, in tali statuizioni del Supremo Collegio il concordato fallimentare viene “rianalizzato” alla luce dei principi comunitari in tema di espropriazione forzata. Difatti, la Corte EDU ha affermato che *«un’ingerenza illegale nel diritto al rispetto dei beni comporta di per sé una violazione dell’art. I del Protocollo n. I, indipendentemente dalle questioni relative alle modalità ed all’adeguatezza del risarcimento e quindi dall’esigenza di un bilanciamento tra l’interesse pubblico e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell’individuo, esigenza che rileva unicamente a fronte di un’ingerenza legale* (v. Corte di Strasburgo con la sentenza *Iatridis c. Grecia* del 25 marzo 1999).

⁹ Ovviamente l’esame di merito del tribunale potrà sempre svolgersi rispetto alla convenienza della proposta in caso di cram-down *ex art. 129, co. 5, l.f.*

¹⁰ Qualora invece tali globali debiti fossero comunque superiori al valore dell’attivo, reputiamo che il debitore non possa mai ritenersi illegittimamente pregiudicato da una proposta di c.f. *ex art. 124, co. 4*, limitativa della responsabilità, in quanto, in difetto di c.f., il globale passivo fallimentare assorbirebbe in ogni caso la totalità del valore dei suoi beni.

della regolarità della procedura ed all'esito della votazione¹¹. Né ci pare che, previamente all'omologa, la questione possa venire esaminata dal giudice delegato; infatti questi, *ex art. 125, co. 2, l.f.*, ha il compito di acquisire i due pareri del curatore e del comitato dei creditori, nonché “*verificare la ritualità della proposta*”, ma non quello di entrare nell'esame della questione *de qua*¹², di merito e non di rito.

Sulla base dei predetti principi la Suprema Corte è giunta anche ad affermare che, allorché sussistano due proposte di c.f. equivalenti, di cui una formulata dal fallito, ci si viene a trovare in un caso in cui “*accanto a coloro che certant de lucro captando [vi è] un soggetto che certat de lucra vitando. (omissis) [Pertanto] non è più sufficiente che vi sia stata la votazione favorevole alla proposta del terzo da parte dell'assemblea dei creditori, ma è necessario che sussista, per quanto suddetto, un motivo legittimo perché i creditori possano rifiutare la proposta di concordato del fallito (vale a dire il pagamento loro offerto dal debitore). Diversamente l'attribuzione dei beni al terzo resta privo di causa giuridica e comporta, quindi, un ingiustificato spostamento di ricchezza, togliendo al fallito stesso, tornato in bonis, (omissis) la possibilità di poter intraprendere, con i beni ancora in suo possesso, nuove iniziative imprenditoriali. Pertanto nel conflitto tra fallito e terzo, quando le rispettive proposte prevedano il pagamento integrale di tutti i creditori e siano, quindi, parimenti convenienti per il ceto dei creditori stessi, il Tribunale, qualora sia stata approvata dall'assemblea dei creditori la proposta di concordato del terzo, può procedere alla*

¹¹ Si ~~esprime~~ negli stessi termini, BOTTAL, *Abutendo iuribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, in *Fall.*, 2012, 66.

¹² Tantomeno, ove sollecitato sul punto dal curatore, atteso che il compito di questi è quello di effettuare un parere comparativo tra risultati della liquidazione fallimentare e quelli conseguibili dal concordato anche alla luce delle relative garanzie. E quindi trattasi di una valutazione tra esiti che riguarda all'evidenza solo i creditori (v. sul tema PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Comm. Fauceglia-Panzani*, Torino, 2009, II, 1380; NORELLI, *Il concordato fallimentare «riformato» e «corretto»*, in *www.judicium.it*, 2008, 41; GUERRERA, *Il nuovo concordato fallimentare*, BBTC, 2006, I, 537; sembra invece propendere per l'estensione delle valutazioni del curatore anche agli interessi del fallito MINUTOLI, *Sub art.125 l.f.*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, 1762).

omologazione di detta proposta soltanto dopo avere accertato, alla stregua delle considerazioni svolte, la legittimità del rifiuto opposto alla proposta del fallito” (Cass. 3327/10, cit.).

D'altra parte un giusto punto di equilibrio tra tali contrapposti interessi è stato individuato dal Supremo Collegio nella precisazione che non è sufficiente, affinché vi sia un abuso dello strumento concordatario, una teorica differenza tra il valore stimato dei beni del debitore e la somma offerta dal terzo, ma è necessario anche che si tenga conto *“che la proposta presentata da un terzo presuppone l'accettazione del principio che il proponente si prospetti un guadagno dal suo intervento non essendo razionalmente presumibile che chi si accolla l'onere e il rischio dell'esecuzione del concordato agisca per puro spirito di liberalità nei confronti del fallito. Ne consegue che deve ritenersi lecita l'attribuzione di beni di valore ragionevolmente superiore all'ammontare del debito da concordato”* (Cass. 2674/12, cit.).

3. L'insussistenza dell'abuso di diritto nei confronti dei creditori concorrenti.

Se l'abuso di diritto in ambito concordatario fallimentare appare, quindi, possibile nella relazione tra il terzo (anche creditore) proponente ed il debitore, altrettanto non sembra potersi dire per quanto concerne gli altri “co-protagonisti”, cioè i creditori concorsuali. Infatti è insito in ogni comunione involontaria, quale è senz'altro quella tra più creditori del fallito, che ciascuno degli stessi miri al migliore soddisfacimento delle proprie ragioni di credito sui beni del debitore, perché *“è evidente che il proponente può legittimamente perseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe per tale sola*

sua qualità [di creditore concorsuale], non fosse altro che per compensare il rischio insito nell'operazione" (Cass. 3274/11, *cit.*).

Quindi in un tale contesto non può certo ipotizzarsi un abuso di diritto - *rectius* dubbio di legittimità costituzionale - nell'agire di un creditore concorsuale ed al contempo proponente un c.f. allorché faccia uso della facoltà concessagli dalla legge di limitare il proprio impegno di assunzione ai "*soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta*", anche perché "*in tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito*" (art. 124, co. 4, l.f.). Ed infatti la giurisprudenza di legittimità pare pacifica nell'affermare la non configurabilità di "*un abuso del processo [concordatario] per ingiustificato favore ad un creditore rispetto ad altri*" (Cass. 3274/11, *cit.*).

Abbiamo fatto riferimento al dubbio di legittimità costituzionale perché proprio sul punto il Supremo Collegio è stato chiamato a rispondere¹³. E con chiarezza ha precisato che "*i dubbi di legittimità costituzionale in tal modo prospettati appaiono peraltro il frutto di una rappresentazione soltanto parziale della complessa disciplina risultante dalla riforma, i cui molteplici aspetti devono essere adeguatamente tenuti in conto ai fini di una corretta valutazione.*"

¹³ Infatti il Procuratore G.enerale aveva osservato che l'estensione della legittimazione ai creditori ed ai terzi trovava fondamento "*secondo la relazione illustrativa del decreto legislativo, nell'intento di pervenire ad una riduzione dei tempi della procedura, conformemente ai principi ed ai criteri direttivi fissati dalla Legge Delega n. 80 del 2005, art. 1, comma 6, n.12, ai fini della modificazione della disciplina del concordato fallimentare. [Orbene] tale apprezzabile finalità, ad avviso del Procuratore Generale, non giustifica tuttavia un'innovazione come quella in esame, che, oltre a non trovare specifico riscontro nella norma di delega, non realizza un semplice aggiornamento o emendatio del pregresso modello giuridico, ma conferisce all'istituto del concordato una fisionomia totalmente diversa da quella originaria, e tale da determinare un forte squilibrio tra le parti. L'assenza di limitazioni temporali all'iniziativa dei creditori o dei terzi, posta a confronto con i rigorosi limiti imposti al debitore, si traduce infatti in una grave menomazione per quest'ultimo, che viene privato della possibilità di intraprendere una manovra di salvataggio dell'azienda, magari incolpevolmente attinta dal dissesto, con conseguente violazione del principio di uguaglianza. La possibilità di limitare l'obbligazione concordataria ai soli crediti ammessi o anche a quelli in contestazione, posta in relazione con la facoltà di presentare la proposta sulla base di un elenco provvisorio dei creditori, soltanto approva-to dal giudice delegato e non formato con le garanzie del contraddittorio e della prova, comporta invece un'ingiustificata compressione della tutela dei creditori non ancora ammessi, che resta limitata alla facoltà di proporre opposizione (peraltro solo se abbiano avuto conoscenza aliunde della procedura), nonché un'evidente disparità di trattamento rispetto agli altri creditori, in quanto li costringe a subire passivamente la cessione di tutti i beni del loro debitore, esponendoli anche all'eventuale esdebitazione di quest'ultimo*" (Cass. 16738/11, *cit.*).

L'apertura ai terzi della legittimazione ad avanzare la proposta di concordato non mira infatti soltanto ad agevolare la soluzione della crisi dell'impresa attraverso strumenti che, nel favorire la riallocazione dei fattori produttivi, consentano al tempo stesso di salvaguardare l'unità dell'azienda, trasferendola nelle mani di chi sia in grado di gestirla utilmente, ma, facendo venir meno la posizione di monopolio riconosciuta al debitore dalla disciplina previgente, risponde anche all'esigenza di facilitare la chiusura del fallimento, nell'interesse dei creditori, in quanto rende possibile la presentazione anche di più proposte concordatarie, in concorrenza tra loro (omissis)... Il pregiudizio cui restano esposti i creditori non insinuati per effetto della limitazione della responsabilità del terzo non si differenzia d'altronde, nella sostanza, da quello che essi sono destinati a subire nell'ipotesi in cui si pervenga celermente alla liquidazione dell'attivo ed alla chiusura del fallimento, e, nell'ipotesi in cui il fallito continui a rispondere dei propri debiti, si configura come un pregiudizio di mero fatto, potendo essi fare pur sempre affidamento sulla capacità del debitore di ricostruire in futuro un patrimonio aggredibile” (Cass. 16738/11, cit.).

E proprio in tale logica neppure può ritenersi che sussista un abuso del concordato per il vantaggio che deriverebbe al creditore proponente dalla cessione delle azioni revocatorie in quanto assertivamente sottratte al beneficio degli altri creditori concorrenti. Infatti “è fin troppo ovvio osservare che, prevedendo la formulazione dell'art. 124 (anche in quella precedente al c.d. decreto correttivo, come si è ritenuto) la possibilità che la proposta contempli la cessione delle azioni di massa ad un terzo o ad uno o più creditori il risultato immediato del loro vittorioso esperimento non può che ridondare in loro vantaggio. È altrettanto ovvio che il legislatore parte dal presupposto che la prospettiva di tale vantaggio per il proponente e quindi di una maggior consistenza dell'attivo comporti normalmente un vantaggio mediato per i creditori in termini

di maggiore percentuale offerta e di sicurezza del quantum e del quando del soddisfacimento. Ma poiché è del tutto impossibile stabilire se ed in che misura la cessione delle azioni di massa incida sull'ammontare della somma complessivamente messa a disposizione dal proponente e nessun parametro valutativo sul punto è indicato dal legislatore non può che concludersi che la cessione delle azioni di massa in favore di soggetti diversi dal debitore è sempre consentita in quanto si presume iuris et de iure che la stessa favorisca il concordato e quindi, allo stesso tempo, la soluzione della crisi (che è interesse pubblico) e il miglior soddisfacimento dei creditori i quali, giova ricordarlo, sono comunque arbitri dell'accettazione della proposta che possono dunque non approvare se ritengono che il sacrificio che comporta la rinuncia ai proventi sperati delle azioni già autorizzate non sia sufficientemente compensato dal grado di soddisfacimento prospettato”(Cass. 3274/11, cit.).

Così come non potrà legittimamente dolersi il creditore soccombente in revocatoria il quale, una volta esborsato il sentenziato (anche in via provvisoria, in attesa del giudicato), non sia stato tempestivo nel proporre l'ammissione al passivo *ex art. 70*, co. 2, l.f., e perciò si trovi a subire l'effetto preclusivo di una successiva domanda di c.f. di un terzo o di un creditore concorrente con patto di limitazione di assunzione dei debiti *ex art. 124*, co. 4, l.f.¹⁴.

D'altra parte il principio espresso dall'art. 124, co. 4, l.f. (come quello di cui al primo periodo dell'art. 124, co. 1) mira a favorire le chiusure dei fallimenti attraverso liquidazioni unitarie (e quindi *in re ipsa* maggiormente redditizie per i creditori o quantomeno per i creditori diligentemente tempestivi) ed al contempo più rapide (e quindi salvifiche, ove possibile, dei valori d'impresa del fallito) grazie alla procedura

¹⁴ V. Trib. Milano 1 dicembre 2011, in *Il Fallimentarista*, 2012.

liquidatoria “regina” qual è il concordato fallimentare *ex art. 104ter*, co. 2, lett. *b*, l.f., considerato anche il richiamo al programma di liquidazione effettuato dall’art. 107, co. 1, l.f., ma soprattutto il disposto dell’art. 130, co. 2, l.f., che sancisce l’immediata chiusura del fallimento con l’avvenuta definitività del decreto di omologa. Invero nessun altro strumento liquidatorio consente di giungere a tale risultato conclusivo, essendo indispensabile negli altri casi, il passaggio dalla fase del riparto dell’attivo, che invece in caso di c.f. avviene solo sulla base delle pattuizioni previste nella proposta di concordato omologata ed unicamente nella relativa fase esecutiva *ex art. 136 l.f.*, che interviene, come visto, a fallimento già chiuso¹⁵.

Ancora una volta confortante è l’insegnamento della Suprema Corte allorché chiarisce che *"l'apertura ai terzi della legittimazione ad avanzare la proposta di concordato non mira infatti soltanto ad agevolare la soluzione della crisi dell'impresa (omissis)..., ma facendo venir meno la posizione di monopolio riconosciuta al debitore dalla disciplina previgente, risponde anche all'esigenza di facilitare la chiusura del fallimento"* (Cass. 16738/11, *cit.*; in senso conforme v. Cass. 24359/13, *cit.*).

D'altra parte, il legislatore della novella ha rimodulato l’*iter* dell'accertamento del passivo, introducendo tempi ben predeterminati a carico di ogni singolo creditore tesi

¹⁵ Ferma comunque la ultra-attività degli organi fallimentari (giudice delegato, curatore e comitato dei creditori), i quali non decadono ma restano in carica, quantunque con funzioni limitate essenzialmente alla sorveglianza dell’adempimento del c.f. omologato (v. *ex multis* Cass. 21 luglio 2011 n. 16040; Cass. 9 agosto 1983 n. 5310; Cass. 16 febbraio 1982 n. 953). Tanto che solo una volta che risulterà accertata la completa esecuzione del concordato il giudice delegato potrà ordinare lo svincolo delle cauzioni e disporre la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia del c.f.. Più complesso è invece il tema afferente la cancellazione dei vincoli afflittivi *ante* fallimento. Infatti al riguardo neppure la nuova disciplina si è soffermata specificatamente sul delicato tema. Salvo voler ritenere che, essendo il c.f. una procedura liquidatoria (ai sensi del combinato disposto degli artt. 104*quater*, co. 2, lett. *b*, e 107, co. 1, l.f.) e con natura competitiva (potendo esservi più proposte in gara tra loro *ex art. 125*, co. 2, l.f.), il giudice delegato risulta comunque deputato alla cancellazione di tali vincoli ai sensi del novellato art. 108, co. 2, l.f., considerando la natura di vendita comunque coattiva di qualsiasi atto di trasferimento che intervenga (anche) all’interno delle procedure concorsuali “minori”, come nel caso del concordato preventivo con cessione dei beni (v. Cass. SS.UU. 16 luglio 2008 n.19506).

anche a favorire la legittima aspettativa (*recte*: diritto) di ciascuno degli stessi a fidare in un ragionevole tempo di riscossione del credito in sede concorsuale.

E qualora alcuni dei creditori concorrenti non si avvalgano delle prerogative loro offerte – come può ritenersi avvenga anche allorché non si sia diligentemente tempestivi nel richiedere l'ammissione al passivo (essendo costretti di conseguenza al ricorso *ex art.* 101 l.f., che non a caso rubrica “*domande tardive di crediti*”) – può ben poi risultare legittimo che gli stessi vengano esclusi dall'esercizio di importanti prerogative quali quelle di cui all'art. 37*bis* l.f. (in tema di sostituzione del curatore e dei membri del comitato dei creditori, nonché di determinazione dell'eventuale compenso) ovvero dallo stesso concorso fallimentare, parzialmente *ex art.* 112 l.f. o anche totalmente *ex art.* 124, co. 4, l.f.¹⁶.

Premiandosi al contempo, quanto di contro, quei creditori¹⁷ i quali, con la loro richiesta di ammissione negli iniziali termini di cui all'art. 16 l.f., hanno dimostrato un reale interesse alla tutela dei propri diritti nel pieno rispetto delle predette procedure e tempistiche (in alcune occasioni anche perentorie)¹⁸.

¹⁶ D'altra parte così avveniva anche *ante* riforme 2006 e ss. ogni qual volta il fallito, pur in difetto di espressa previsione normativa sul punto, formulava una proposta di c.f. munendosi di un assuntore che limitava il proprio impegno ai soli creditori ammessi al passivo. Il tutto sul presupposto processuale dell'effetto preclusivo del giudicato anche nei confronti dei creditori esclusi dalla proposta (v. *ex multis* Cass. 17 marzo 2004 n. 5391; Cass. 2 luglio 1984 n. 3866; Cass. 26 aprile 1983 n. 2850).

¹⁷ Premiandosi anche perché potrà verificarsi che un diligente creditore chirografo risulti integralmente soddisfatto quando invece ciò non sarebbe avvenuto in caso di ordinaria liquidazione fallimentare ovvero se il prelatizio tardivo tale non fosse stato.

¹⁸ Ed anche nei confronti dello stesso erario che in sede fallimentare, “*al pari di ogni altro soggetto pubblico privato, per far valere in giudizio i propri diritti, è tenuta al rispetto delle regole processuali*” (Cass. 2 aprile 2012 n. 5254). Tra l'altro senza neppure poter fruire di prerogative sostanziali che solo il concordato preventivo e gli a.d.r. gli offrono grazie all'art. 182*ter* l.f. Sempre in tema di perentorietà di alcuni termini della nuova procedura fallimentare in materia di ammissione al passivo, v. Cass. 24 luglio 2012 n. 12960 e Cass. 26 marzo 2012 n. 4792. D'altra parte solo dal momento del deposito della domanda di ammissione al passivo si interrompe *ex art.* 94 l.f. la prescrizione del credito o si evita il verificarsi di una decadenza, così come inizia a decorrere il periodo di danno risarcibile ricorrendo i presupposti della c.d. Legge Pinto (v. Cass. 15 ottobre 2014 n. 21849).

Non convince la soluzione di un concordato fallimentare a "metà", cioè con un piano del proponente che debba prevedere che determinati beni restino al fallito per il soddisfacimento dei creditori esclusi dall'assunzione del terzo e rispetto a cui il fallito, nonostante la chiusura del fallimento (*ex art. 130, co. 2, l.f.*), continua comunque a rispondere ai sensi dell'inciso finale dell'art. 124, co. 4, l.f.¹⁹. Anzitutto perché una chiusura del fallimento con la presenza di residuo attivo (e passivo) risulterà incompatibile quasi ontologicamente con la legge fallimentare, tenuto anche conto del disposto dell'art. 121, co. 1, l.f. che impone che il fallimento non possa chiudersi fintanto “*che nel patrimonio del fallito esistano attività...*”.

D'altra parte, se un terzo propone un c.f., lo fa perché generalmente è interessato a rilevare tutto l'attivo fallimentare, anziché singoli beni che diversamente potrebbe acquisire nelle varie singole procedure liquidatorie. Inoltre *ex art. 124, co. 4, l.f.* solo il c.f. permette l'acquisto anche di tutte le azioni di massa (anche solo) autorizzate, mentre l'art. 106 l.f. ne limita l'acquisto a quelle revocatorie concorsuali e purché risultino, non solo autorizzate, ma anche intraprese.

E poi: come potrebbe mai essere stabilito – e da chi? – quanto dovrebbe restare al fallito per soddisfare i creditori tardivi esclusi dalla domanda di c.f. del terzo?²⁰

¹⁹ Sembra invece ipotizzare una tale ricostruzione una risalente, quanto isolata, decisione *ante* novella del giudice capitolino (v. Trib. Roma 30 settembre 1993, in *Fall.*, 94, 414).

²⁰ Certamente non il professionista *ex art. 124, co. 3, l.f.* il quale ha compiti diversi specificatamente delineati dalla norma ed il giudice, a seguito della riforma del c.f., è comunque privo di ogni potere sulla valutazione del contenuto di merito della proposta e “*quindi sulla valutazione della sua convenienza ed opportunità*” (Cass. 24359/13, *cit.*).

In ogni caso è la legge fallimentare che offre più conferme sul fatto che la disciplina dell'art. 124, co. 4, l.f. non impone al terzo di preoccuparsi della sorte dei creditori che non siano stati diligentemente tempestivi.

Ci riferiamo alle previsioni di cui agli artt. 104^{ter}, co. 2, lett. *b*, 107, co. 1, 116, co. 1, 117, 118, co. 1, n. 1 e 3, 119, co. 5, e 130, co. 2, l.f.

Infatti sono norme tutte che, ai fini della chiusura del fallimento, non fanno mai riferimento ai creditori *ex art.* 101 l.f. e pongono invece come (sola) condizione per tale chiusura la previa liquidazione dell'attivo (artt. 116, 117 e 118, co. 1, n. 3, l.f.), anche a mezzo c.f. (artt. 104^{ter}, co. 2, 107, 119, co. 5, e 130, co. 2, l.f.), e quindi anche prima che sia decorso il termine di 12 o 18 mesi di cui all'art. 101 l.f., ovvero prevedono l'insussistenza di passivo (art. 118, co. 1, n. 1, l.f.) intesa anche come assenza di domande proposte *"nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa di fallimento"*²¹.

Dunque nessuna norma del diritto concorsuale impone che sia necessario preservare una parte dell'attivo, quantomeno sino a quando non sia decorso il termine di cui all'art. 101 l.f.²². Pertanto solo i creditori tempestivi o comunque già sussistenti al momento della presentazione della proposta di concordato fallimentare (per aver cioè già depositato la domanda *ex art.* 101 l.f. ovvero proposto opposizione *ex art.* 98 l.f.

²¹ Termine che l'art. 16 n. 5 l.f. individua unicamente in quello *ante* 30 gg. per le domande, appunto, tempestive (v. Cass. 5 marzo 2009 n. 5304 e Cass. 7 dicembre 2007 n. 25624).

²² D'altra parte i creditori tardivi *ex art.* 101 l.f. non possono che imputare a sé medesimi la scelta di non essersi tempestivamente attivati, come acutamente osservato (v. DI LAURO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011, 88; *contra* CENSONI, *Il concordato fallimentare*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 369).

avverso la mancata ammissione dal passivo) potranno pretendere di non esserne esclusi²³.

Ovviamente tali conclusioni valgono solo rispetto al terzo o creditore che non faccia abuso dello strumento del c.f. a danno del debitore, come invece avverrebbe, come già *supra* visto, qualora l'operazione, ben legittimamente speculativa, risulti sensibilmente sbilanciata rispetto all'attivo prelevato dal proponente.

In un tale contesto risulta evidente, dunque, che nella disputa tra terzo e/o creditore/i proponente/i il c.f. e gli altri creditori del fallito non può mai porsi un problema di abuso di diritto o addirittura di costituzionalità sol perché venga proposto con solerzia un c.f. con patto di limitazione della responsabilità. Anche perché sarebbe 'curioso' che, dapprima, ci si dolga dell'eccessiva durata del processo (anche) fallimentare²⁴ e poi invece si osteggi un subprocedimento che, oltre a favorire il salvataggio di imprese ancora vitali (occorrendo, grazie anche ad un propedeutico esercizio provvisorio), mira ad accelerare i tempi di chiusura della procedura principale anche mediante la valorizzazione dell'agire tempestivo e solerte dei suoi protagonisti, pur se comunque nel pieno rispetto delle garanzie di tutti i possibili

²³ Anche se può porsi qualche dubbio sull'effettiva portata del patto limitativo della responsabilità. Infatti, mentre alla luce dell'art. 124, co. 1, l.f. è pacifico che prima dell'esecutività dello stato passivo il terzo (o creditore concorsuale) deve ricomprendere nella propria proposta ogni credito del fallito considerato nell'elenco provvisorio redatto dal curatore e vistato dal giudice delegato, è invece dubbio che il disposto dell'art. 124, co. 4, l.f. imponga che siano necessariamente inseriti anche i creditori tardivi ed oppositori esclusi presenti al momento del deposito della proposta di concordato. Difatti, ai sensi del combinato disposto dell'artt. 118, n. 1, 124, co. 4, e 127, co. 1, l.f., potrebbe sostenersi che solo quelli tempestivi ammessi, pur se provvisoriamente e con riserva, sono i creditori "minimi" da ricomprendere nella proposta di c.f. del terzo. E ciò, non tanto perché l'art. 124, co. 4, l.f. usa il verbo "*può*", ma soprattutto poiché l'art. 127, co. 1, l.f. individua come creditori votanti 'necessari' solamente quelli già ammessi anche provvisoriamente (v. proprio sullo specifico aspetto della legittimazione al voto la recente Cass. 28 maggio 2014 n. 11887).

²⁴ A questo riguardo si osservi che la Corte EDU ha condannato più volte lo Stato italiano per l'eccessiva durata del procedimento fallimentare: "*La longueur de la procédure en question a entraîné la rupture de l'équilibre à ménager entre l'intérêt général au paiement des créanciers de la faillite et l'intérêt du requérant au respect de ses biens...Partant, il y a eu violation des articles 1 du Protocole no 1 à la Convention...*" (Corte EDU, 12 giugno 2007, Seconda Sezione, Gallucci contro Italia, ricorso n. 10756/02; da ultimo nel diritto interno v. Cass. 21849/14, *cit.*).

creditori concorsuali²⁵. D'altra parte lo stesso legislatore, come visto, ha enfatizzato la funzione del nuovo c.f. allorché all'art. 104^{ter} l.f., trattando delle modalità di liquidazione dell'attivo, lo ha collocato al primo posto tra gli strumenti deputati allo scopo.

In un tale contesto il concordato fallimentare costituisce, dunque, un istituto senz'altro da valorizzare e non invece da demonizzare. D'altra parte *“ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) homo homini lupus nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso. E comunque un conflitto tra i creditori è immanente nel sistema”* (Cass. 3274/11, *cit.*).

Firenze, lì 28 Novembre 2014.

²⁵ Infatti ogni creditore del fallito, oltre ad avere diretta conoscenza del fallimento *ex art.* 92 l.f. proprio allo scopo di poter effettuare una tempestiva insinuazione, comunque ne ha conoscibilità ai sensi del combinato disposto degli artt. 17, co. 2, l.f. e 2193, co. 2, c.c., norma quest'ultima, secondo la quale *“l'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta”*. Va inoltre ricordato che, ai sensi dell'art. 152, co. 3, l.f., letto anche alla luce degli artt. 214, co. 1, l.f. e 79 l.a.s., il terzo proponente deve dare previa pubblicità della propria scelta di depositare ricorso *ex art.* 124 l.f. (tra l'altro tale adempimento non può che favorire la competitività tra proposte auspicata dalla previsione di cui all'art. 125, co. 2, l.f.). Infine anche i creditori esclusi dal patto di limitazione della responsabilità, pur non potendo votare sulla proposta concordataria, comunque hanno pieno titolo ad opporsi all'omologa quali soggetti interessati, fatta eccezione che per motivi di convenienza trattandosi di contestazione riservata ai creditori di classe minoritaria dissenziente *ex art.* 129, co. 5, l.f.