



VALERIA CONFORTINI

Dottorando di ricerca - Università Roma Tre

FATTIBILITÀ DEL CONCORDATO E STRUTTURA DELL'ATTO

Sommario: 1. Fattibilità del concordato e poteri del giudice. I contrastanti orientamenti della Cassazione. La rimessione alle Sezioni Unite – 2. La fattibilità del piano come requisito di struttura del concordato, perché inclusa nel concetto di possibilità o perché autonomo e ulteriore requisito dell'oggetto. Critica – 3. Oggetto del concordato e rilevanza giuridica dell'indicazione della percentuale di soddisfazione dei creditori. Atipicità del contenuto della proposta – 4. Indicazione della percentuale di soddisfazione nel concordato con cessione integrale dei beni ai creditori. La disciplina della risoluzione. – 5. (segue) Il concordato con indicazione della percentuale di soddisfazione non assistita da garanzia – 6. (segue) Il concordato 'a percentuale'. L'assenza di un contenuto minimo della proposta di concordato. – 7. Centralità del rischio e rilevanza giuridica del giudizio di fattibilità. – 8. La funzione informativa e il consenso 'amministrato'. – 9. Il vizio del consenso tra l'approvazione e l'omologazione. L'obbligo del commissario giudiziale di comunicare ai creditori eventuali variazioni delle condizioni di fattibilità e modifica del voto. Poteri del Tribunale. 10. (segue) Invalidità del concordato omologato. – 11. Il giudizio di fattibilità come misura della gravità dell'inadempimento in sede di risoluzione.

1. – Può il giudice apprezzare d'ufficio la 'fattibilità' del concordato preventivo, negando l'ammissione o rifiutando l'omologazione perché la proposta – pure approvata dai creditori – si fonda su un piano 'non fattibile'?

La domanda dischiude lo sguardo al frastagliato panorama delle pronunce sul controllo giudiziale del concordato preventivo: proprio il fatto che le medesime questioni – oltre ad aver costituito oggetto di molteplici ricostruzioni dei giudici di merito – siano state “già decise in senso difforme dalle sezioni semplici” della Cassazione, ha dato luogo alla loro rimessione alle Sezioni Unite per iniziativa della Prima Sezione Civile (Pres. U. Vitrone, Rel. R. Rordorf)¹.

Prevale, nella giurisprudenza di legittimità, la posizione che nega al giudice il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano: tale requisito, secondo questo indirizzo, pur non sfuggendo a qualsiasi controllo, va considerato 'ab extrinseco', per il tramite dell'esame della

(*) Nel corso della pubblicazione di questo saggio è sopravvenuta la pronuncia delle Sezioni Unite, sent. 23 gennaio 2013, n. 1521. Questo il principio di diritto enunciato: “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, seppur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”. Tracciando la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica, e formulando il concetto di causa concreta, le SS. UU. mostrano di considerare la fattibilità esclusa dal controllo del giudice fino al limite ultimo in cui l'irrealizzabilità del programma si traduca nella materiale o giuridica impossibilità di adempiere la prestazione oppure dipenda dall'assenza, nella proposta, di "una qualsiasi utilità" per i creditori, necessario corrispettivo della rinuncia alla propria pretesa nei confronti del debitore: fatto, questo, che priverebbe il concordato di una causa meritevole di tutela.

¹ L'ordinanza di rimessione, 15 dicembre 2011, n. 27063, è in *Corriere giuridico*, 2012, 2, p. 229, con nota di A. DI MAJO, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*.



relazione del professionista. Un vaglio, quello affidato al giudice, non *diretto*, ma *mediato* dalla relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; *orientato* e *vincolato* dai canoni dell'adeguatezza della motivazione e della correttezza del metodo seguito dall'attestatore².

Il Giudice della rimessione ha reputato in contrasto con questo orientamento una sentenza della Prima Sezione, la quale profila l'ipotesi che un concordato non fattibile sia nullo per impossibilità dell'oggetto³. Il sindacato sulla fattibilità del piano rientrerebbe, senz'altro, nei poteri officiosi del giudice, che non potrebbe esimersi dal rilevare questa causa di nullità, al pari di ogni altra.

Allineati alla posizione minoritaria della Cassazione i giudici di merito, tra i quali domina l'opinione che il sindacato sulla fattibilità si leghi a un'insopprimibile esigenza di tutela dei creditori e si ponga a presidio della ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate⁴. Il potere dell'autorità giudiziaria è radicato nella qualificazione della fattibilità del piano come *autonomo presupposto di ammissibilità del concordato*. La disposizione che onera il proponente di allegare l'attestazione di fattibilità avrebbe anche il significato di richiedere l'esistenza di un piano fattibile. In altre parole, la legge esigerebbe non solo un *giudizio* su tale qualità, ma anche *l'esistenza stessa della qualità* oggetto del giudizio. Su questa linea, il giudice chiamato a verificare l'esistenza dei presupposti di ammissibilità dovrebbe, di necessità, apprezzare la fattibilità del piano⁵.

² Sui poteri valutativi in sede di ammissione alla procedura, Cass. civ. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce "concordato preventivo", n. 92; Cass. civ. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, 2, p. 167, con nota adesiva di M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano, domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità* e nota critica di G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, che, in motivazione, afferma: "dato il determinante ed esclusivo rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di una espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano". Nello stesso senso Cass. civ. 23 giugno 2011, n. 13817 e 13818, in *Fallimento*, 2011, 8, p. 933, con nota adesiva di S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*. Il Tribunale dovrebbe negare l'ammissione a proposte corredate di relazioni che appaiano *ictu oculi* del tutto irrazionali e incongrue, senza *sovrapporre* il proprio apprezzamento a quello del professionista; un'attività, questa, istituzionalmente demandata al commissario giudiziale, il quale (solo) nella fase successiva all'ammissione assolve il compito che si vorrebbe riservato al giudice: verificare attendibilità e veridicità delle informazioni rivolte ai creditori attraverso una replica delle valutazioni svolte dal professionista. L'esito di questo esame è riportato nel parere e nell'illustrazione di quest'ultimo in adunanza. Quanto alle fasi di omologazione e di revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 l. f., negano al giudice il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità Cass. civ. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento*, 2011, 4, p. 403; Cass. civ. 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, 7, p. 805; Cass. civ. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Fallimento*, 2012, 1, p. 51; Cass. civ. 16 settembre 2011, n. 18987, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1306.

³ Cass. civ. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corriere giuridico*, 2012, 1, p. 39. La sentenza – senza disconoscere il principio per cui il controllo del giudice è sempre 'di secondo grado', avendo riguardo non al requisito della fattibilità in sé, ma alla relazione del professionista – reputa che ove si accerti l'inadeguatezza del piano in ragione di fatti non rilevati *ab initio* nella relazione del professionista, l'omologazione debba essere negata, perché l'oggetto del concordato è impossibile. Si legge, al proposito, che "saranno cause ostative, *in subiecta materia*, (...) l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta". Sul punto cfr., *infra*, § 2.

⁴ È frequente, tra i giudici di merito, l'affermazione che la 'privatizzazione' delle procedure concorsuali, se ha riguardato il requisito della convenienza, avrebbe lasciato 'non privatizzato' il requisito della fattibilità del piano, mantenuto nel novero dei poteri del giudice. Così, pressoché testualmente, Trib. di Monza, decr. 5 luglio 2011, in *ILCASO.it*, I, 6574; Trib. di Napoli, decr. 19 maggio 2010, in *ILCASO.it*, I, 2335; da ultimo, Corte d'Appello di Firenze, 28 settembre 2012, n. 1237, in *ILCASO.it*, I, 7884.

⁵ A conferma di questo indirizzo interpretativo si sostiene che il legislatore avrebbe riesteso la cognizione officiosa al requisito della fattibilità con il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, realizzando un *revirement* rispetto a un'iniziale scelta restrittiva. La novella del 2007, sostituendo l'odierna formulazione dell'art. 163 l. f. a quella che circoscriveva il controllo del giudice agli angusti limiti della "completezza e regolarità della documentazione", avrebbe riaffermato, fuggendo ogni ambiguità interpretativa, il controllo sulla



Non manca tuttavia, anche tra le fila dei giudici di merito, chi – in adesione all’orientamento maggioritario della Cassazione – rifiuta questa configurazione⁶.

L’occasione di queste riflessioni genera dunque dalla rimessione alle Sezioni Unite di questioni che hanno destato l’attenzione e l’interesse degli studiosi sin dalle primissime applicazioni dei novellati articoli della legge fallimentare, finendo per imporsi – data la loro complessità – come intricato nodo gordiano delle soluzioni concordate alle crisi di impresa⁷. La legge 7 agosto 2012, n. 134, se ha chiarito numerosi aspetti della disciplina del concordato preventivo (non scevri da implicazioni sui temi di cui si discorre) non affronta espressamente le questioni oggetto di rimessione, sì che la soluzione rimane, a oggi, affidata all’interprete.

S’avverte, sullo sfondo, il bisogno di un’*actio finium regundorum* che tracci la linea di confine tra autonomia privata e intervento giudiziale sul concordato⁸. Cifra comune delle più diverse questioni⁹, il problema del ruolo dell’autorità giudiziaria è spesso declinato, nelle pronunce dei giudici e nel dialogo tra gli studiosi, in ragione della natura negoziale o non negoziale del concordato¹⁰. E non è infrequente che dalla natura negoziale del concordato, dal suo atteggiarsi ad

fattibilità del piano. Così Trib. di Perugia, decr. 17 novembre 2011, in ILCASO.it, I, 6798; dello stesso avviso Trib. di Tivoli, decr. 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 7, p. 857, con nota A. PENTA, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*; Trib. di Sulmona, decr. 2 novembre 2010, in ILCASO.it; prima del decreto correttivo Trib. di Salerno, decr. 3 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 11, p. 1297, con nota critica G. FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*. Inoltre, dovendo i presupposti di ammissione persistere in tutto l’iter concordatario, l’eventuale venir meno della fattibilità per fatti sopravvenuti o la scoperta di fatti antecedenti che rendono non più fattibile il piano determinerebbero la revoca dell’ammissione alla procedura e il diniego dell’omologazione. Così Trib. di Bari, decr. 7 novembre 2005, *Fallimento*, 2006, p. 54; Trib. di Milano, decr. 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 1, p. 51.

⁶ In questo senso Corte d’Appello di Roma, decr. 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, 1, p. 18, con nota adesiva di G. FAUCEGLIA, *Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo*; Corte d’Appello di Torino, decr. 18 ottobre 2010, in ILCASO.it, I, 2584; Per le Corti di primo grado Trib. di Novara, decr. 29 giugno 2012, in ILCASO.it, I, 7389; Trib. di Udine, decr. 18 maggio 2012, in ILCASO.it, I, 7543; Trib. di Roma, decr. 20 aprile 2010, in *Dir. fall.*, 2011, 3-4, p. 298, cit. “requisito di ammissibilità del concordato che deve essere oggetto di verifica officiosa del giudice (...) è soltanto l’esistenza di una relazione attestativa di veridicità e fattibilità, redatta da un professionista abilitato, non anche la veridicità e la fattibilità in sé e per sé, le quali potranno divenire oggetto di sindacato del tribunale solo su iniziativa della parte interessata una volta aperta la procedura”.

⁷ Queste, in breve, le questioni affidate al giudizio delle Sezioni Unite: (i) quale rilevanza assuma, nell’economia della proposta concordataria (e del giudizio di fattibilità), l’indicazione della percentuale di soddisfazione dei creditori; (ii) in che misura l’eventuale non fattibilità del piano si traduca in un’impossibilità dell’oggetto del concordato; (iii) entro quali limiti il giudice possa sindacare il requisito di fattibilità. La Corte pone l’ulteriore interrogativo sulle conseguenze di un negativo giudizio del Tribunale in ordine alla fattibilità, che si leghi al rilievo di un difetto d’informazione del ceto creditorio; in particolare, se ed entro quali limiti possa derivarne la riconvocazione dei creditori in adunanza perché esprimano un nuovo e più consapevole voto. A questo proposito segnaliamo che l’eventualità di un mutamento delle condizioni di fattibilità, rilevato tra l’approvazione del concordato e l’omologazione, è stata espressamente disciplinata dalla l. 7 agosto 2012, n. 134. Sul punto cfr. § 9.

⁸ È opportuno precisare che intendiamo riferirci al solo concordato preventivo e (nei limiti in cui le osservazioni svolte siano compatibili) a quello fallimentare. Diverso il discorso per il concordato della liquidazione coatta amministrativa (art. 214 l. f.) e dell’amministrazione straordinaria (art. 78, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270): in questi casi, la presentazione della proposta di concordato deve essere preliminarmente autorizzata dall’autorità amministrativa, chiamata a ponderare la convenienza, *in generale*, della soluzione concordataria. È quindi eliminato in radice il problema dell’individuazione del soggetto cui spetti, istituzionalmente, la valutazione del *merito* della proposta. Inoltre, nel caso regolato dall’art. 214 l. f., manca del tutto la votazione dei creditori, ai quali è dato solo di opporsi all’omologazione. Siffatto procedimento di formazione dell’‘accordo’ suggerisce cautela nel considerare questi modelli alla stregua di atti negoziali.

⁹ Si pensi, ad esempio, al dibattito sul novero dei legittimati e dei motivi da ciascuno deducibili nelle opposizioni all’omologazione (art. 129 e art. 180 l. f.); alla facoltà del Tribunale di sindacare, oltre alla correttezza dei criteri di formazione delle classi di creditori, anche la mancata formazione delle classi, ove sia dato di riscontrare un’eterogeneità di posizioni giuridiche e d’interessi economici tra i creditori (artt. 125 e 163 l. f.). Dietro ciascuna questione il medesimo problema, e cioè il ruolo del giudice nel rinnovato ordinamento fallimentare.

¹⁰ Secondo alcuni Autori, la riforma avrebbe concepito il concordato come un accordo, frutto dell’autonomia negoziale del debitore e dei suoi creditori. Al giudice, in questo quadro, è affidato il ruolo di controllore della regolarità (per alcuni solo formale, per altri



atto di autonomia privata, se ne deduca, quasi come un corollario, la natura meramente formale del(i) controllo(i) del giudice.

L'idea di una corrispondenza biunivoca tra natura negoziale del concordato e controllo meramente formale del giudice¹¹ sembra fondarsi sul dubbio assunto che 'autonomia' e 'libertà' siano concetti giuridici tra loro del tutto equivalenti; che là dove la legge ammette le parti a darsi la regola da sé vi sia 'libertà incondizionata', intesa come *liberazione* da vincoli, che chiama, a sua volta, assenza di controllo. Il potere di autonomia – come insegna la migliore dottrina – esiste nei termini in cui sia riconosciuto al privato dalla legge e solo ove esercitato nei limiti che la legge impone, fuori dei quali semplicemente *non è*. E il controllo sull'esistenza dei fatti che l'ordinamento contempla perché "il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci venga assunto nella sfera del diritto ed elevato (...) a precetto giuridico"¹² è, invariabilmente, demandato al giudice¹³.

anche sostanziale) della procedura e di risolutore dei conflitti tra le parti, quale arbitro di un gioco al quale non è chiamato a prender parte; in senso contrario, si rileva che, nonostante la legge abbia lasciato ai privati ampi spazi di autonomia nella gestione del dissesto del debitore, il concordato sarebbe irriducibile a uno schema *tout court* privatistico. Vi osterebbero, tra l'altro, il giudizio di omologazione cui rimane condizionata l'efficacia dell'accordo e il principio di relatività degli effetti del contratto. Questa impostazione teorica, insieme alla constatazione della persistenza nella vicenda concordataria (anche dopo e nonostante la riforma) d'interessi superindividuali, giustifica controlli sotto profili (quale quello della fattibilità) altrimenti preclusi al giudice. Propendono per il riconoscimento al giudice del potere di vagliare la fattibilità del piano, per l'esigenza di tutela d'interessi pubblicistici e per l'irriducibilità del concordato a uno schema privatistico G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., p. 188; D. GALLETI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, *Giurisprudenza commerciale*, 2009, 4, p. 730; G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2010, 4, p. 385; I. PAGNI, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2008, 9, p. 1091; G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, *Fallimento*, 2008, 3, p. 264. Considerano il controllo sulla fattibilità escluso dal novero dei poteri del giudice, in virtù della natura privatistica accentuata dalla riforma S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 941; S. BONFATTI, *Pluralità di parti e ruolo del tribunale negli Accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Fallimento*, 2012, 5, p. 594; P. F. CENSONI, *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, F. Di Marzio, F. Macario (a cura di), Torino, 2010, p. 493; M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 172. Quest'ultimo offre un'ampia rassegna delle posizioni della dottrina sul tema in [Concordato preventivo, procedimento di ammissione e giudizio sulla fattibilità](#), *Il Foro italiano*, 2011, fasc. I, pt. 1, p. 114. La riforma ha contribuito a riaprire un contrasto, a dire il vero mai sopito, tra teorie contrattualistiche e processuali sulla natura giuridica del concordato, che da tempo anima gli studiosi del tema. L'inizio del ventesimo secolo vedeva prediligere la tesi privatistica, seppur con svariate sfumature, A. ROCCO, *Il concordato prima e nel fallimento. Trattato tecnico-pratico*, Torino, 1902, p. 94 e ss., nelle cui pagine è possibile rinvenire anche un serrato confronto con le teorie dei giuristi germanici; F. CARNELUTTI, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato*, in *Riv. dir. proc.* 1924, II, p. 65; L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, p. 25 e ss. Inclini alla configurazione pubblicistica, per cui gli effetti del concordato discenderebbero non già dall'accordo (anche sospensivamente condizionato all'omologazione) ma direttamente dalla sentenza di omologazione, che condanna la minoranza ad acconsentire alla determinazione della maggioranza G. BONELLI, *Commentario al codice di commercio*, Milano, 1903, n. 712-715; T. ASCARELLI, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, *Riv. dir. proc.*, 1928, II, p. 224.

¹¹ Se è vero, quindi, che accogliere una ricostruzione processual-pubblicistica dell'istituto implica di necessità che al Tribunale siano riservati, anche in assenza di opposizioni, penetranti poteri di controllo sul merito della proposta, non può dirsi il contrario, e cioè che dalla natura negoziale del concordato discenda l'assenza di controlli.

¹² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Napoli, 2002, p. 85.

¹³ Il riferimento è, in primo luogo, alle norme che disciplinano la meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti (art. 1322 cod. civ.), su cui può vedersi anche la nt. 69; alle norme sulla nullità e annullabilità del contratto recate dai capi XII e XI del codice civile, nonché a quelle che regolano la capacità giuridica e di agire, nei limiti in cui siano applicabili alla peculiare forma negoziale del concordato. Un vivo dibattito, inoltre, concerne il riconoscimento al giudice del potere di sindacare la modalità di esercizio del potere di autonomia, sì da negare l'ingresso nell'ordinamento ad atti che ne siano esercizio abusivo. La categoria giuridica evocata è quella dell'abuso del diritto, che nel contesto del concordato dovrebbe consentire al giudice di negare l'omologazione a domande che, pur non integrando violazioni di precise disposizioni, comportino, in concreto, il vantaggio preferenziale di un creditore a danno della restante massa o un ingiustificato svantaggio del fallito. La giurisprudenza di legittimità ha



Anche ove si qualifichi alla stregua di atto negoziale, il concordato *esige* - piuttosto che *rifuggirlo* - il controllo giudiziale, secondo regole comuni a qualsiasi atto di privata autonomia¹⁴.

2. – Il Giudice remittente rivolge alle Sezioni Unite, tra gli altri, un quesito concernente la validità di un concordato giudicato dagli organi della procedura come *non fattibile*; precisamente, chiede se la *non fattibilità* del piano determini la nullità del concordato per impossibilità dell'oggetto.

L'interrogativo rinvia alla questione della configurabilità della fattibilità del piano alla stregua di un *elemento della struttura* del patto di concordato. Ove, infatti, essa s'annoveri fra gli elementi costitutivi della fattispecie, al giudice competerebbe senz'altro di vagliarne la sussistenza, giacché (a prescindere dalla natura privatistica o pubblicistica del concordato – e a maggior forza se lo si qualifichi come atto negoziale)¹⁵ – il tribunale, in sede di omologazione, è certo investito del potere/dovere di accertare la validità del patto; la sua immunità da vizi *genetici e strutturali*.

L'intervento officioso del giudice è ritagliato sull'art. 1418 cod. civ., che tra le cause di nullità del contratto comprende la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 cod. civ. e in particolare quello della possibilità¹⁶. Di fronte a un concordato con oggetto impossibile (o illecito o indeterminato e indeterminabile) è quindi innegabile che il giudice abbia il dovere di rifiutare (l'ammissione e) l'omologazione¹⁷.

Resta dunque da chiedersi se la fattibilità del piano possa configurarsi come una qualità o requisito dell'oggetto. Se, cioè: (i) debba considerarsi compresa nel concetto di possibilità; (ii) costituisca un requisito ulteriore, che si aggiunge a quelli prescritti in via generale dall'art. 1346

fatto impiego dell'argomento dell'abuso del concordato nelle sent. 11 febbraio 2011, n. 3274; sent. 22 marzo 2010, n. 6904; sent. 10 febbraio 2010, n. 3327; sent. 23 giugno 2011, n. 13818.

¹⁴ A questo proposito, ci pare che nelle decisioni della Corte di Cassazione fin qui richiamate si colga l'inclinazione a qualificare il concordato un atto negoziale. Tanto l'uno quanto l'altro orientamento ragionano nei termini di controllo su atti di autonomia privata, nonostante la sentenza da ultimo citata avanzi seri dubbi sulla possibilità di assimilare *tout court* il concordato a un contratto.

¹⁵ Cfr., *supra*, § 1. Alla proposta di concordato, quale atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale, trovano applicazione, ai sensi dell'art. 1324 cod. civ., le norme dettate per il contratto, tra cui quelle che recano la disciplina della sua validità.

¹⁶ Il potere di cognizione officiosa del giudice si estenderebbe inoltre alla presenza degli elementi indicati dall'art. 1325 cod. civ., alla liceità della causa, alla non contrarietà a norme imperative e alla liceità dei motivi, nei limiti in cui questi rilevino per l'ordinamento giuridico (art. 1345 cod. civ.). Considerano sempre investito del potere-dovere di vagliare la legalità sostanziale della proposta di concordato alla luce delle norme sul contratto in generale R. BELLÈ, *Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione, Fallimento*, 2009, 7, p. 844; C. ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità, Fallimento*, 2009, 7, p. 863.

¹⁷ A questo proposito segnaliamo come nella teoria generale del contratto l'art. 1347 cod. civ., che riconosce validità al contratto con oggetto impossibile purché esso divenga possibile prima della scadenza del termine o dell'avveramento della condizione, abbia indotto parte della dottrina a ritenere che il requisito di possibilità dell'oggetto debba essere valutato avendo riguardo non al momento della stipulazione del negozio, ma a quello della sua efficacia. Così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica, Zatti*, Milano, 2001, p. 342. Questo argomento, se può applicarsi alla materia contrattuale, non può trovare accoglimento nella materia del concordato. Ove si secondasse questa teoria, dovrebbe dedursi che il giudice non possa mai fondare il rigetto della domanda sul rilievo dell'impossibilità dell'oggetto della proposta; poiché il giudizio di omologazione sta, per definizione, prima dell'efficacia del negozio. All'esclusione di questo controllo preventivo s'accompagnerebbe il peculiare regime d'invalidità del concordato omologato, impermeabile ad azioni di nullità diverse da quelle elencate nell'art. 186 l. f.. Da questa combinazione, il paradosso per cui non sarebbe mai possibile, né prima né dopo l'omologa, negare ingresso a un concordato con oggetto impossibile, sebbene la causa d'invalidità sia stata *ab initio* rilevata dall'autorità giudiziaria.



cod. civ., con specifico riguardo all'oggetto del concordato preventivo; (iii) se non sia, piuttosto, (solo) un apprezzamento sul futuro svolgimento dell'instaurando rapporto obbligatorio.

A noi sembra che *possibilità dell'oggetto e fattibilità del piano* non siano concetti tra loro identificabili e – sebbene entrambi esprimano l'esito di una comparazione – neppure paiono ascrivibili a un medesimo genere.

Di là dal neologismo normativo 'fattibilità' – circostanza che pure contribuisce a escludere la piena sovrapposibilità di significati dei due lemmi – si dà che mentre *possibilità* indica la realizzabilità - in termini oggettivi e assoluti¹⁸ - della prestazione, *fattibilità* sembra piuttosto designare il grado di congruenza tra ciò che è promesso e ciò che concretamente può essere eseguito da *quel* debitore promittente in base al piano presentato.

La prima esprime la capacità di *qualsiasi* debitore di eseguire la prestazione promessa; la seconda, si atteggia come valutazione eminentemente *relativa*, dettata dalle condizioni soggettive del solo debitore proponente e ristretta alla singolarità di un particolare piano.

Chi voglia associare i due concetti potrebbe, al più, porre la fattibilità in uno spazio contiguo alla possibilità della prestazione intesa in senso relativo e soggettivo. La quale, tradizionalmente, è però incapace di spiegare rilevanza sul piano della validità dell'atto¹⁹.

Uno spazio logico per collocare la fattibilità sul piano della struttura dell'atto sarebbe recuperabile considerandola come un peculiare e originale requisito dell'oggetto del patto di concordato, che si aggiunge a quelli che la legge prescrive – in via generale – per i contratti. La fattibilità, in questa prospettiva, costituirebbe un elemento della fattispecie, perché anch'essa espressiva di un confronto (formulato in termini oggettivi e astratti) tra la prestazione promessa dal debitore e la capacità, *per qualsiasi debitore*, di eseguire la prestazione *con i mezzi proposti ai creditori*.

Una peculiare specie di possibilità – altra rispetto alla realizzabilità della prestazione in sé – in

¹⁸ In queste pagine il predicato della possibilità sarà riferito, indistintamente, all'oggetto e alla prestazione. Sul punto, cfr. nt. 26. Il concetto di impossibilità della prestazione, da un punto di vista descrittivo, può essere definito avendo riguardo alla misura d'incidenza dell'irrealizzabilità degli effetti programmati (parziale o totale), al profilo temporale-cronologico (originaria o sopravvenuta) e al profilo della sua natura (materiale o giuridica), ma conveniamo con l'opinione di quanti reputano rilevante sul piano della validità e capace di determinare la nullità del contratto la sola impossibilità assoluta, oggettiva e originaria della prestazione dedotta in obbligazione. Così, M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1984, vol. 4, p. 83. V. anche nota seguente.

¹⁹ La dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la capacità economica del debitore o le sue attitudini (*id est* la possibilità relativa della prestazione) siano del tutto irrilevanti rispetto all'impossibilità dell'oggetto, che deve invariabilmente essere assoluta e oggettiva. A questo riguardo si legge in M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., vol. 3, p. 319: "quando l'impegno è astrattamente possibile il contratto è valido, anche se, di fatto, la parte non abbia i mezzi per adempiere. In tal caso l'inettitudine della parte si tradurrà in inadempimento della prestazione"; di eguale avviso A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, ed. 2004, p. 626, che riferisce anche l'opinione prevalente della giurisprudenza di legittimità, la quale ha espresso il principio di diritto per cui l'impossibilità, oltre che oggettiva e presente sin dal momento della stipulazione, deve essere altresì assoluta e definitiva, mentre rimangono ininfluenti le difficoltà più o meno gravi che ostacolano in maniera non irrimediabile il risultato cui la prestazione è diretta (Cass. civ. 24 aprile 1998, n. 4013). Si segnala, inoltre, l'opinione di chi considera il contratto valido anche in presenza di una prestazione materialmente impossibile, ove l'impossibilità fosse prevedibile e conoscibile al momento della stipulazione. La colpa del debitore, che si è assunto volontariamente il rischio di non adempiere, impedirebbe di dichiarare la nullità del contratto. In questo senso R. SACCO, in Sacco, De Nova, *Il contratto*, II, 3° ed., in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 51.



cui l'eseguibilità della prestazione andrebbe apprezzata non *in sé*, ma in *inscindibile rapporto* con i mezzi che il debitore promette d'impiegare per adempiere.

Per quanto però ci si sforzi d'ancorare la nozione di fattibilità del piano a elementi estrinseci e si tenti di fondare il giudizio di fattibilità su un'oggettiva e astratta comparazione tra mezzi a disposizione e risultato da conseguire, di congruità mezzo-fine immediatamente percepibile dalle risultanze documentali, resta difficile liberarsi dall'idea che questa valutazione sia qualcosa d'altro e di diverso rispetto a una mera prognosi sulla capacità (o sulla probabilità) di esatto adempimento del debitore²⁰.

Più che un'*astratta e oggettiva* constatazione essa sembra atteggiarsi come una *concreta e soggettiva* previsione sulla probabilità di esatto adempimento del debitore proponente; un'opinione sul futuro svolgimento dell'instaurando rapporto obbligatorio, legata alla contingenza del particolare piano, fondata su metodi di valutazione elettivamente selezionati da ciascun giudice.

Intesa in questi termini, la fattibilità esprime un significato non solo non sovrapponibile a quello di possibilità, ma anche a esso eterogeneo e irriducibile a una comune matrice. La prima attiene allo svolgimento del rapporto (ossia al piano degli effetti); la seconda alla struttura dell'atto (*id est* al piano della fattispecie). Per farsi brevi: altro è la possibilità dell'oggetto, altro la probabilità che la prestazione promessa sia esattamente adempiuta²¹.

Va da sé che il giudizio di fattibilità postula che sia stato svolto, e con esito positivo, quello sulla possibilità. La fattibilità s'atteggia, rispetto al predicato della possibilità, come un *posterius*, sia logico sia cronologico: solo dopo aver accertato che la prestazione è (in termini assoluti e astratti) materialmente e giuridicamente possibile, avrà senso porsi il problema della sua fattibilità, potrà cioè concepirsi e procedersi alla formulazione della (soggettiva e relativa) previsione in merito alle concrete probabilità che essa sia adempiuta.

Che un piano non fattibile non equivalga a una proposta impossibile pare cogliersi, per vero, in diversi luoghi della sentenza che, per la prima volta, ha affrontato *funditus* la questione²². In

²⁰ Il concetto di fattibilità è ricostruito nei termini di una prognosi di adempimento da M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 178. L'A. svolge il rilievo, del tutto condiviso, per cui se fosse vero che il Tribunale può sindacare la fattibilità del concordato in ogni momento della procedura, dovrebbe allora poter pronunciare d'ufficio la risoluzione ove accerti che il concordato non è stato adempiuto, mentre la legge esclude che la risoluzione possa essere dichiarata d'ufficio. Se è rimessa nelle mani dei creditori la reazione avverso il *fatto* dell'inadempimento, perché non dovrebbe esser loro riservata anche la scelta sull'assunzione del *rischio* di inadempimento?

²¹ Vanno segnalate le diverse opinioni di A. DI MAJO, *La fattibilità del piano: legittimità o merito?*, cit., p. 233, il quale reputa che il concetto di possibilità vada inteso in senso dinamico e non statico e di I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, vol. I, p. 586. Secondo l'A. "è la possibilità dell'oggetto, infatti, l'elemento nel quale può tradursi, con qualche sforzo di adattamento delle categorie civilistiche alla peculiare dimensione del diritto concorsuale, il requisito della (in)fattibilità, che evoca un concetto a metà strada tra ciò che è *ab initio* impossibile (con la conseguenza della nullità), e ciò che può diventarlo tanto nel corso del procedimento, quanto dopo, in sede di esecuzione, trasformandosi allora nell'inadempimento della prestazione pattuita, con l'esito della risoluzione".

²² Il riferimento è alla più volte citata Cass. civ. 15 settembre 2011, n. 18864, dalla quale è originata la rimessione alle Sezioni Unite. La Corte, dopo aver affermato che il concordato è nullo tutte le volte in cui, alla luce dell'apprezzamento del giudice, non abbia



Cass. n. 18864 del 2011 la Corte sembra affermare che dove l'impraticabilità della soluzione concordataria derivi dalla scoperta di un fatto (sopravalutazione dell'attivo o sottovalutazione del passivo) inizialmente non rilevato (quindi non ponderato dai creditori), da cui discenda l'inadeguatezza del piano, il concordato sarebbe affetto da un vizio genetico che ne impedisce senz'altro l'omologazione e che non potrebbe essere sanato dal consenso raccolto intorno alla proposta, ineluttabilmente inquinato da errore-vizio. Questa conclusione può condividersi solo in parte.

La scoperta di un fatto omesso nella relazione del professionista, che rende il piano inadeguato, incide senz'altro sulla genuinità del consenso prestato dai creditori. I quali hanno espresso il loro voto nell'ignoranza di un fatto che – riducendo più o meno sensibilmente le prospettive di soddisfazione – ove conosciuto li avrebbe determinati diversamente. Questi sono gli elementi costitutivi dell'errore che, benché vizio genetico, afferisce al procedimento di formazione della volontà delle parti e riposa su un piano diverso rispetto alle cause di nullità dell'atto.

Il mancato rilievo di un fatto che comprime le probabilità di (esatta) esecuzione del concordato, se può far considerare viziato il consenso raccolto intorno alla proposta, non rende quest'ultima impossibile²³. Sempreché, beninteso, si concordi sull'assunto che una prestazione diviene impossibile per il sopravvenire di un fatto materiale o giuridico che impedisca, a chiunque, di eseguirla²⁴.

La distinzione ha una dirimente portata applicativa, se solo si considera che alla rilevanza d'ufficio delle cause di nullità è tradizionalmente contrapposta la rilevanza solo su istanza di parte delle cause di annullabilità del negozio²⁵.

alcuna probabilità di essere adempiuto, chiarisce subito dopo che questa eventualità, particolarmente delicata, va tenuta distinta dall'alea inscindibilmente legata a qualsiasi iniziativa economica, il cui apprezzamento è riservato ai soli creditori, sicché "estranea alla sfera di autonomia soggettiva di giudizio resta allora solo l'ipotesi-limite, in cui non di vizio funzionale della causa si debba parlare (...) bensì di vero e proprio vizio genetico, accertabile in via preventiva alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano – per sopravvalutazione dei cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione di voci di passivo – non rilevata *ab initio* nella relazione del professionista. In tal caso, il difetto di veridicità dei dati non può essere sanato dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio".

²³ Tanto più che, in questo caso, non si parla di fatti sopravvenuti che rendono impossibile una prestazione inizialmente possibile, ma di fatti preesistenti, portati a conoscenza del giudice in un momento successivo alla presentazione della proposta. Davvero non semplice immaginare che la scoperta di un fatto prima ignorato – eppure già accaduto – renda impossibile la prestazione.

²⁴ Sia concesso di formulare un esempio. Tizio sottopone ai creditori una proposta di concordato con cui s'impegna a pagare una somma di danaro determinata in misura percentuale rispetto al valore nominale del credito originario, sulla base di un piano che prevede la vendita di un immobile di sua proprietà. Ipotizziamo che si apprenda che l'immobile ha un valore molto inferiore a quello stimato, perché alcune porzioni di esso non sono di proprietà del debitore (e, ovviamente, che Tizio non ha dolosamente taciuto questa circostanza). Se possiamo affermare i creditori hanno prestato un consenso non genuino, perché ignari di un fatto (il più limitato oggetto del diritto di proprietà) che rende più ardua la realizzazione della loro pretesa, pare difficile dirsi che la sua scoperta determini la giuridica o materiale impossibilità della (diversa) prestazione di corrispondere la somma di danaro.

²⁵ Questo equivale a dire, nel contesto di cui ci occupiamo, che – salva l'eventualità di riconoscere al giudice il potere di rinviare l'udienza di omologazione e disporre la comunicazione ai creditori del mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, affinché essi modificano il voto – il Tribunale potrebbe rifiutarsi di accordare l'omologazione nel solo caso in cui il vizio del consenso sia veicolato alla sua cognizione tramite un'opposizione. Inoltre, poiché l'approvazione del concordato è regolata dal principio maggioritario, il vizio del singolo voto ridonda a invalidità dell'atto solo a seguito dell'(infruttuoso) esperimento della prova di resistenza.



3. – Qual è dunque l’oggetto del concordato rispetto al quale possa esprimersi il predicato di possibile o impossibile e su cui debba appuntarsi il giudizio di fattibilità²⁶?

È in questo contesto che s’inserisce un altro dei quesiti formulati nell’ordinanza di rimessione, intorno alla rilevanza giuridica dell’indicazione della percentuale di soddisfazione dei crediti contenuta nella proposta; se essa valga, cioè, a identificare l’obbligazione assunta dal proponente. Ebbene, gli esiti non potranno che essere diversi, perché la legge di riforma ha reso atipico il contenuto del concordato.

Nel regime previgente, al debitore in crisi era consentito di modulare la proposta intorno ai due modelli: concordato di garanzia e concordato con cessione dei beni (art. 160 l. f.)²⁷. Piuttosto agevole, qui, rintracciare l’oggetto del concordato, rispettivamente, nella prestazione di pagare una somma di danaro determinata in misura percentuale rispetto al valore nominale del credito; di mettere i propri beni a disposizione degli organi della procedura, affinché quest’ultimi provvedessero a convertirli in danaro e a soddisfare i creditori.

Il legislatore della riforma disegna i tratti di un istituto affatto diverso, in cui il contenuto della proposta, come si è detto, si fa atipico ed è lasciato alla libera disponibilità delle parti. Ferma l’imprescindibile funzione di volgere alla soddisfazione dei crediti e alla ristrutturazione dei debiti dell’imprenditore, alla trattativa privata è poi demandata la scelta sull’*an* e sul *quomodo* della composizione dei reciproci rapporti patrimoniali²⁸.

Potrà darsi che la proposta si limiti a prevedere la cessione dell’intero patrimonio, o di una sua

²⁶ La polisemia del termine ‘oggetto’ e il livello di complessità che gli studi sul tema hanno raggiunto nella storia dei dogmi impongono di precisare che, in questa sede, parlando di oggetto del negozio ci riferiamo a “la cosa, o più in generale il diritto (reale o di credito) che il contratto trasferisce da una parte all’altra oppure la prestazione che una parte si obbliga ad eseguire a favore dell’altra”, così come definito in F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 229. La letteratura sull’argomento è particolarmente ricca. Ci sarà consentito, perciò, di limitarci al rinvio a N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all’arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 127 e ss., per la critica alle teorie tradizionali e a E. GABRIELLI, *Il contenuto e l’oggetto in Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 695 e ss., per gli sviluppi successivi sul tema.

²⁷ L’art. 160 l. f., nell’originaria formulazione recata dal r. d. 16 marzo 1942, n. 267, limitava i tipi di concordato cui poteva ricorrere il debitore a un elenco tassativo che recava, accanto al concordato “a percentuale”, il modello del concordato con cessione dei beni; prima del 1942, la legge italiana prevedeva il solo concordato “a percentuale”. Per alcuni cenni storici sulle figure, rispettivamente, del concordato per cessione dei beni e per quello “a percentuale”, cfr. nt. 31 e 66.

²⁸ L’ordinamento italiano ha scelto di affidare il procedimento di distribuzione del valore ricavato dalla procedura alla trattativa privata e non all’autorità pubblica. Sul punto L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 199, nota come altrove abbia prevalso l’opzione del controllo eteronomo: così nel *plan de sauvgarde* e *plan de redressement* dell’ordinamento francese. La scelta della trattativa privata è quella del *Chapter 11* statunitense, del *Insolvenzplan* tedesco. Trova, così, più efficace attuazione l’esigenza di predisporre forme di trasferimento del potere di gestione del patrimonio del debitore dai soci ai creditori. A questo riguardo afferma B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell’impresa*, *Giur. Comm.*, 2001, 3, p. 332, che “quando i risultati negativi abbiano bruciato l’investimento di rischio (...) la legittimazione alla gestione dell’impresa (...) scende di uno scalino: passa cioè dall’investimento di rischio, che non c’è più, a quello di credito”. Nello stesso senso osserva L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra economia e diritto*, cit., p. 49 e ss., come quest’esigenza sorga dalla constatazione che il dissesto dell’imprenditore rende i creditori dei “soci senza diritti”. A fronte della loro sostanziale ‘degradazione’ a finanziatori di capitale di rischio, i creditori rimangono privi di alcun potere di gestione. Viceversa i soci, consci di essere *residual claimants* e perciò disinteressati a un’oculata gestione del patrimonio incapiente, tendono a incentivare la propensione al rischio del *management*. Le procedure concorsuali, in queste dinamica, svolgono la funzione di trasferire poteri di gestione del patrimonio dai soci o dal debitore insolvente ai creditori.



parte, ai creditori²⁹; che includa la realizzazione di attività del debitore (incasso crediti e forniture, alienazione d'immobili, dismissioni di rami aziendali, ecc.); che contenga la promessa di pagare una certa somma di danaro. A ciascuna di queste forme di concordato potrebbe accedere, inoltre, un'obbligazione di garanzia di un risultato assicurato ai creditori.

Per l'individuazione dell'oggetto del concordato non sembra rilevare la disposizione introdotta dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 che onera il debitore di depositare, insieme agli altri documenti previsti dall'art. 161 l. f., un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta³⁰. Questa disposizione, piuttosto, conferma la scelta normativa di conferire alla proposta contenuto atipico e pare ispirata all'obiettivo di facilitare l'intelligibilità e la corretta informazione dei creditori sui termini dell'impegno del debitore. Il quale mantiene il potere di riempire dei più vari contenuti la proposta, neutro contenitore di precetti autonomi.

La rilevanza giuridica dell'indicazione della percentuale di soddisfazione indicata nella proposta va ricostruita muovendo, dunque, dal singolo concordato, secondo le regole generali, che si applicano dove non sia stato diversamente convenuto.

4. – I contrasti più accesi sulla rilevanza giuridica della percentuale di soddisfazione offerta ai creditori hanno avuto luogo, all'indomani della riforma, intorno al concordato con cessione dei beni³¹.

²⁹ Fino all'introduzione dell'art. 186-*bis* a opera della l. 7 agosto 2012, n. 134, la facoltà di proporre una cessione dei beni solo parziale era recisamente negata dalla prevalente giurisprudenza di merito. Tale proposta era considerata illecita, perché contraria agli art. 2740 e 2910 cod. civ. che vincolano a garanzia delle obbligazioni assunte dal debitore tutto il suo patrimonio. In questo senso Trib. di Roma, decr. 29 luglio 2010, in *ILCASO.it*, I, 2404. Un'apertura alla *cessio bonorum* parziale si è mostrata dopo l'introduzione dell'istituto del concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis*, l. f.): muovendo dal favore del legislatore verso il risanamento dell'impresa, si è affermato che al debitore sia consentito di conservare la titolarità di parte del proprio patrimonio, sottraendolo alla garanzia patrimoniale dei creditori, ma solo ove la proposta preveda la continuazione dell'attività aziendale. Viceversa, quando il concordato ha funzione meramente liquidatoria, la cessione del patrimonio deve essere integrale. Così Trib. di Roma, decr. 25 luglio 2012, in *ILCASO.it*, I, 7630; nello stesso senso Trib. di Arezzo, decr. 8 novembre 2011, in www.ilfallimentarista.it. Il problema è, evidentemente, quello della derogabilità dell'art. 2740 cod. civ. e della portata della riserva di legge contenuta nel co. 2°, per cui "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge". Questo argomento non può essere affrontato *funditus* in questa sede; ci limitiamo a segnalare il progressivo affievolimento del dogma dell'universalità della garanzia patrimoniale, legato all'introduzione delle norme sui patrimoni destinati a uno specifico affare (art. 2447 e ss. cod. civ.); sugli atti di destinazione (art. 2645-*ter* cod. civ.); sul regime della separazione dei patrimoni nell'attività di intermediazione mobiliare (art. 8, l. 2 gennaio 1991, n. 1, poi abrogato dall'art. 214, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u.f., il quale all'art. 22, come sostituito dall'art. 6, d. lgs. 1 agosto 2003, n. 274, ribadisce il principio della doppia separazione dei patrimoni tra intermediario e clienti e tra clienti). Non pare irrazionale domandarci se la legge, nel conferire contenuto atipico alla proposta, non abbia inteso di permettere la derogabilità dell'art. 2740 cod. civ. a opera di precetti autonomi. La previsione di una cessione solo parziale non sarebbe allora illecita, perché coperta dalla riserva di legge. Sul tema del rapporto tra autonomia privata e responsabilità patrimoniale, per tutti, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato Vassalli*, vol. 14, t. 1.

³⁰ Così dispone la lett. e), art. 161 l. f., aggiunta dall'art. 33, d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

³¹ L'istituto della cessione concordata dei beni era ignota al codice di commercio del 1865 e a quello del 1882, né figurava nella legge 24 maggio 1903, n. 197, che per la prima volta disciplinò il concordato preventivo, secondo il modello della rimessione parziale del debito o della dilazione dei pagamenti. Nonostante abbia trovato esplicito riconoscimento solo nell'art. 160, co. 2°, n. 2., l. f., la bozza della relativa norma era nel progetto di riforma del codice di commercio del 1940, dove si disponeva che il commerciante fosse ammesso ad offrire "in pagamento" dei debiti tutti i suoi beni esistenti alla data della proposta di concordato. La norma è stata tradotta, pressoché invariata, nel testo del r. d. 16 marzo 1942, n. 267, ponendosi, come si legge nella Relazione



Sotto la disciplina previgente, le vedute di dottrina e giurisprudenza tendevano a convergere verso l'assimilazione del concordato con cessione dei beni al contratto di cessione dei beni regolato dagli artt. 1977 e ss. cod. civ.³². Nonostante le evidenti peculiarità del concordato preventivo impedissero di sovrapporre, *tout court*, i due istituti³³, per i profili inerenti all'oggetto e alle obbligazioni scaturenti in capo alle parti ci si riferiva alla disciplina recata dal codice civile, dove non v'è cenno all'indicazione di una percentuale di soddisfazione dei creditori (presunta o) garantita dal ricavato della liquidazione dei beni ceduti³⁴.

Così, il concordato partecipava della stessa natura giuridica del contratto di cessione, configurandosi come un mandato *in rem propriam* con il quale il debitore incaricava gli organi della procedura di liquidare i propri beni e ripartirne il ricavato tra i creditori³⁵. D'altro canto, l'obbligo del debitore si esauriva nel mettere i beni a disposizione degli organi della procedura, senza che l'indicazione della percentuale di soddisfazione avesse alcun rilievo sul piano del rapporto obbligatorio³⁶.

La percentuale di soddisfazione indicata nella proposta era orientativa e non vincolante, nonostante l'ammissione alla procedura fosse condizionata a che la valutazione dei beni ceduti facesse fondatamente prevedere la soddisfazione dei chirografari almeno nella misura del 40% del

dell'allora Guardasigilli Grandi, quale riconoscimento di una realtà ormai invalsa nel tessuto economico-sociale, di fronte alla quale il legislatore "anziché resistere e perpetuare una finzione, ha ritenuto che il miglior partito fosse quello di provvedere a disciplinarla" (§ 37, rel. Grandi).

³² In questo senso F. FERRARA jr., *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 188. Altri Autori ritenevano il concordato con cessione dei beni avesse la natura giuridica di *datio in solutum*. Così U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2^a ed., 1961, p. 1590. Per le posizioni della giurisprudenza v. Cass. civ. 20 novembre 1982, n. 6263, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 211; Cass. civ. 18 dicembre 1991, n. 13626, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, 12; Cass. civ. 5 aprile 2000, n. 4177, in *Fallimento*, 2001, 3, p. 299, con nota di G. LO CASCIO, *Risoluzione del concordato e mancata osservanza del termine della liquidazione giudiziale*.

³³ Le ragioni delle plurime differenze di disciplina si colgono muovendo dall'irriducibile distanza tra la vocazione del concordato a dispiegare i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori all'apertura della procedura e l'inidoneità del contratto di *cessio bonorum* a vincolare soggetti diversi dai partecipanti all'accordo. Se questo, al pari della diversa disciplina dell'effetto di liberazione del debitore (recata, come si vedrà, dall'art. 1984 cod. civ. e dall'art. 184 l. f.), segna la distanza tra i due istituti, non impedisce di ricostruire la fattispecie secondo elementi costitutivi comuni. Per le diversità tra le due figure cfr. G. B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, *Fallimento*, 2012, 1, p. 94.

³⁴ L'art. 1977 cod. civ. si limita, infatti, a prevedere che col contratto di cessione dei beni il debitore "incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti".

³⁵ La natura giuridica del contratto di cessione dei beni è ricostruita, sul versante della rilevanza nei rapporti interni, come mandato irrevocabile conferito anche nell'interesse del mandatario. Così E. BETTI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori*, in *Rivista di diritto civile*, 1935, I, p. 309; S. STOTGIA, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di diritto civile italiano*, F. Vassalli (diretto da), IX, vol. 3, Torino, 1957. Sotto un profilo di rilevanza esterna, invece, si ritiene che la cessione determini il trasferimento in capo ai mandatari della legittimazione sostanziale e processuale con riguardo al patrimonio ceduto. Vedi a questo proposito F. VASSALLI, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), Torino, 1985, p. 397. In ogni caso, la cessione dei beni è qualificata sempre come contratto a effetti obbligatori, dal quale non deriva l'immediato trasferimento della proprietà dei beni in capo ai cessionari.

³⁶ A. DE MARTINI, *La cessio bonorum nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, p. 85 e ss. Che fino alla riforma del 2005 l'unico obbligo del debitore fosse quello di mettere i propri beni a disposizione dei liquidatori era pressoché pacifico nella giurisprudenza di legittimità. *Ex multis* Cass. civ. 18 marzo 2003, n. 3957, in *Fallimento*, 2004, 1, p. 38, con nota di L. GAFFRI, *Efficacia esdebitatoria della procedura nei confronti del debitore*; Cass. civ. 5 aprile 2000 n. 4417, in *Fallimento*, 2001, 3, p. 299, con nota di G. LO CASCIO, *Risoluzione del concordato e mancata osservanza del termine della liquidazione giudiziale*. In un luogo di quest'ultima sentenza si legge: "il debitore adempie all'obbligo, assunto con la proposta, non con il pagamento negli importi promessi, ma solo mediante la cessione del suo patrimonio al ceto creditorio al quale conferisce (...) il mandato irrevocabile a procedere alla sua liquidazione. (...) determina sempre, soddisfatti i creditori con la percentuale concordataria o la liquidazione dei beni, la liberazione dell'obbligato dai debiti residui".



credito originario³⁷.

A ribadire l'irrelevanza sul piano delle obbligazioni del debitore, per un verso, la norma sull'irrisolubilità del concordato per il caso in cui, all'esito della liquidazione, i creditori non fossero stati soddisfatti nella percentuale del 40% (o nella diversa percentuale che il debitore avesse indicato)³⁸; per altro, l'evento speculare, per cui, ove il valore di realizzo del bene fosse stato superiore alla percentuale offerta, il debitore non era ammesso a rientrare nella disponibilità dei beni fino all'integrale soddisfazione dei creditori chirografari³⁹.

La soglia minima del 40% non figurava quale elemento eterodeterminato del concordato, avendo essa, piuttosto, la sola funzione di conferire maggiore serietà all'offerta del debitore⁴⁰.

La riforma ha generato in parte della giurisprudenza e della dottrina la convinzione che oggi il concordato con cessione debba sempre indicare la percentuale di soddisfazione offerta ai creditori, e che quella sia la misura della prestazione del debitore⁴¹. A questa regola farebbe eccezione il solo caso in cui la proposta preveda l'assegnazione di singoli beni a singoli e distinti creditori. Il concordato potrebbe allora configurarsi come *datio in solutum*, realizzando la soddisfazione dei crediti in via alternativa a quella monetaria⁴².

La percentuale di soddisfazione indicata dal debitore conserverebbe solo in quest'ultimo caso una funzione meramente orientativa; di regola, in obbligazione è dedotta la prestazione pecuniaria, pure mediata dalla cessione, non (più) l'obbligazione di mettere a disposizione i propri beni perché

³⁷ Trib. di Salerno, decr. 13 dicembre 2010, *Dir. fall.*, 2011, 3-4, p. 317. Nel decreto si afferma che “la percentuale [del 40% offerta nella proposta, n.d.a.] rappresenta (va) soltanto una previsione di realizzo presuntiva, che ben poteva essere smentita in sede di liquidazione” sicché, dopo l'omologazione del concordato, il diritto dei creditori è “il diritto al dividendo derivante dalla liquidazione, la cui misura rimane indeterminata fino alla liquidazione di tutti i beni facenti parte del patrimonio del debitore che, per effetto della cessione rimane “destinato” al soddisfacimento dei creditori”.

³⁸ È noto come il testo dell'art. 186, co. 2°, disponesse che “nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell'art. 160, comma secondo, n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore a quaranta per cento”. Per la *ratio* della norma sulla stabilità del concordato preventivo omologato, anche alla luce dei lavori preparatori e della bozza di riforma del 1940 cfr. L. STANGHELLINI, *Il declino del concordato con cessione dei beni*, in *Giur. Comm.*, 1993, 2, p. 246.

³⁹ Il discorso, a nostro avviso, non ha riguardo al momento in cui possa dirsi avvenuta la liberazione del debitore, ma al contenuto dell'obbligazione del debitore. Questi non può riacquistare la disponibilità dei beni non tanto perché non ancora liberato verso i creditori, ma piuttosto perché l'indicazione della percentuale non individua il contenuto della sua obbligazione.

⁴⁰ Cass. civ. 18 marzo 2003, n. 3957, cit. “la misura del 40% è parametro indefettibile, ma solo nel momento in cui viene proposto il patto ai creditori al fine di segnare serietà e convenienza, ed è destinata a perdere rilevanza nel prosieguo della procedura, incidendo, peraltro, sui risultati della liquidazione fattori esterni, talora imponderabili perché collegati a fatti contingenti che influenzano il mercato, che possono determinare un esito più o meno aderente alle previsioni fatte ed accettate.”

⁴¹ Cfr. Cass. civ. 15 settembre 2011, n.18664 e *infra*, nella nota che segue. In dottrina, ritiene che l'indicazione della percentuale offerta rilevi quale misura della prestazione del debitore D. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 741.

⁴² Trib. di Milano, decr. 21 gennaio 2010, *Fallimento*, 2010, 1, p. 1316, con nota di G. LA CROCE, *Concordato preventivo e cessione dei beni ai creditori ex art.1977 ss. cod. civ.* Per il Collegio la cessione dei beni, di regola, è una forma strumentale alla soddisfazione pecuniaria del debitore, sicché “quando i beni sono ceduti in funzione della loro liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, l'oggetto dell'offerta è comunque la prestazione monetaria (...) ed essa, ai fini del rispetto delle regole generali in materia di contratto e in particolare di quelle attinenti all'oggetto del contratto ed alla formazione del consenso delle parti, deve essere specificamente determinata sia sotto il profilo del *quantum* sia sotto quello temporale”. Invece, ove sia offerto “il trasferimento di beni materiali o crediti verso terzi come modalità di soddisfacimento dei crediti alternativi a quella monetaria, ossia una vera e propria *datio in solutum* (...) l'indicazione del loro valore da parte del proponente (...), non presentando il significato di quantificazione del controvalore monetario che viene offerto in pagamento, è meramente orientativa”. Solo in quest'ultima ipotesi i creditori assumerebbero l'alea in ordine all'effettivo valore dei beni ceduti.



siano liquidati (*id est*, cedere i beni).

Non si fatica a cogliere il corollario di tale interpretazione: la mancata indicazione della percentuale ricavabile dalla liquidazione dei beni rende indeterminato l'oggetto del concordato; ove dalla liquidazione non si ricavi una somma sufficiente a soddisfare i creditori in misura pari alla percentuale indicata, stante la gravità dell'inadempimento, il concordato può essere risolto.

Ci sembra, tuttavia, che queste conclusioni non trovino il conforto del dato positivo e che esse urtino con argomenti d'ordine sistematico difficilmente superabili.

Posto che nessuna disposizione richiede l'indicazione della percentuale di soddisfazione offerta ai creditori, non si vede cosa abbia determinato la soluzione di continuità rispetto al tradizionale inquadramento del concordato con cessione dove, sulla falsariga del contratto di cessione dei beni, l'obbligazione del debitore non era quella di garantire ai creditori il pagamento di una somma di danaro, ma di mettere a loro disposizione i propri beni⁴³.

Nulla autorizza a ritenere che oggi non sia più possibile fare applicazione di quelle norme del codice civile che regolano l'oggetto e la natura del contratto di cessione dei beni (dove, s'è visto, la percentuale di soddisfazione dei creditori è fatto del tutto influente sulla perfezione e la validità del contratto)⁴⁴.

Recentemente è stato affermato che l'inammissibilità di una proposta di concordato che rechi l'indicazione di una percentuale solo ipotizzata come possibile, ma non impegnativa, deriverebbe dall'abrogazione del co° 2, art. 186 l. f., il quale eccezionalmente "consentiva la conservazione dell'effetto esdebitatorio del concordato con cessione dei beni (il quale proprio in forza di tale previsione acquisiva una configurazione autonoma rispetto al modello normotipico di cessione dei beni disciplinato dal codice civile) anche in caso di mancato pagamento della percentuale minima (del 40%) prevista dalle legge"⁴⁵.

È forse lecito domandarsi se l'effetto esdebitatorio, piuttosto che dall'art. 186, non discenda – e non discendesse già in passato – dalle norme che regolano gli effetti del concordato omologato, in primo luogo da quella che, all'art. 184 l. f., descrive l'effetto della falcidia concordataria⁴⁶.

⁴³ Cass. civ. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, 8, p. 933; Cass. civ. 20 giugno 2011, n. 13446, in *Fallimento*, 2012, 3, p. 355, la quale, tuttavia, giunge a conclusioni diverse da quelle che sosterremo, più avanti, in punto di risolubilità (cfr. nt. 59).

⁴⁴ G. B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione*, cit., p. 96. L'A. ritiene, però, che il debitore non possa considerarsi liberato fino a quando i creditori non ottengano dalla liquidazione una qualche misura di soddisfazione non irrisoria. Al proposito cfr. nt. 59.

⁴⁵ Trib. di Milano, decr. 28 ottobre 2011, in *Fallimento*, 2012, 1, p. 78, con nota di G. B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione*, cit. L'effetto esdebitatorio, nel nuovo sistema normativo, potrebbe essere solo parziale, poiché tornerebbe a trovare applicazione l'art. 1984 cod. civ., derogabile solo da un espresso patto contrario contenuto nella proposta. Ritiene che il rischio d'incapienza possa essere traslato interamente in capo ai creditori solo se ciò risulta espressamente dal piano G. RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale*, in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, p. 501.

⁴⁶ Si è visto, più sopra, che il co. 2°, art. 186, l. f., aveva il significato di ribadire che la percentuale minima di soddisfazione richiesta dalla legge non individuava la prestazione del debitore, ma assolveva alla funzione di conferire maggiore serietà alla proposta e di dotare i creditori e il giudice di un criterio per valutarne la convenienza.



La peculiare dinamica dell'effetto esdebitatorio appare come un elemento di eccezionalità del concordato rispetto alla regola generale sugli effetti della cessione nel contratto di cessione ex art. 1977 cod. civ.⁴⁷. In altre parole, *concordato* con cessione dei beni e *contratto* di cessione dei beni sono entrambi riferibili alla fattispecie della cessione dei beni come mandato alla liquidazione dei propri beni, cui accede, per un verso, l'obbligo del debitore di mettere a disposizione i propri beni affinché vengano destinati, per il tramite della loro monetizzazione, alla soddisfazione dei creditori; per altro, la situazione giuridica del creditore, che acquista il diritto a percepire una quota del ricavato dalla liquidazione⁴⁸.

Vi è, poi, che mentre nel contratto di cessione la legge ricollega all'accordo un effetto liberatorio parziale (1984 cod. civ.), sì che il creditore non perde il diritto alla soddisfazione della porzione di credito rimasta insoddisfatta, nel concordato con cessione la prestazione originaria diviene inesigibile (art. 184 l. f.)⁴⁹, perché la legge vuole che i rapporti tra creditori e debitore siano rimodellati, ridefiniti con il concordato⁵⁰.

Ci pare dunque che l'omologazione del concordato con cessione dei beni ai creditori spieghi, sul piano del rapporto obbligatorio tra creditori e debitore, i seguenti effetti: (i) genera l'obbligo, in capo al debitore, di consegnare i beni nello stato di fatto e di diritto in cui egli dichiara che si trovino al momento dell'offerta⁵¹; (ii) sostituisce all'originaria pretesa vantata dal creditore, il diritto a ottenere una quota del ricavato della liquidazione in proporzione al credito originariamente vantato e in regime di parità con gli altri creditori chirografari. L'entità della quota spettante a ciascun creditore rimane indeterminata fino al momento della conclusione delle operazioni di

⁴⁷ Altre deroghe rispetto alla disciplina regolare del contratto di cessione consistono, ad esempio, nel regime di liquidazione dei beni ceduti. Nel concordato, la liquidazione è affidata a uno o più liquidatori nominati dal Tribunale con il decreto di omologazione, assistiti e vigilati dal comitato dei creditori, anch'esso nominato dal Tribunale (art. 182, co. 1°, l. f.), mentre nel contratto di *cessio bonorum* essa è svolta da uno o più creditori del debitore cedente. Ancora, il procedimento di liquidazione nel concordato è un procedimento 'vincolato', dovendosi svolgere secondo le regole che legge fallimentare detta, agli artt. 105-108ter, per la liquidazione dell'attivo fallimentare.

⁴⁸ Questa configurazione, si ripete, vale in via generale, per i casi in cui il proponente si limiti a prevedere la cessione dei beni. Impregiudicato il suo potere di disporre altrimenti: la cessione ben potrebbe assumere la forma di contratto a effetti reali e non a effetti obbligatori ove sia proposta una cessione dei beni traslativa, con l'attribuzione in proprietà di singoli beni a singoli e determinati creditori.

⁴⁹ La vicenda modificativa dell'obbligazione ci pare qualificabile secondo la categoria dell'inesigibilità e non dell'estinzione né della novazione del rapporto originario, sicché l'art. 184 l. f., nel disporre che "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato" non determinerebbe l'estinzione dell'obbligazione originaria e il sorgere di una nuova obbligazione, ma una causa di impedimento della pretesa originaria del creditore. Per la costruzione dogmatica della categoria dell'inesigibilità e dell'effetto riduttivo v. M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 1999.

⁵⁰ L'effetto liberatorio totale collegato all'omologazione del concordato trova la sua fonte nella legge, all'art. 184 l. f., così come l'effetto liberatorio parziale per il contratto di cessione dei beni è un effetto legale descritto dall'art. 1984 cod. civ. Che l'effetto liberatorio totale dipenda da una espressa disposizione di legge, e non dalla natura giuridica della cessione in sé considerata, pare restituito dalle parole del Guardasigilli nella Relazione alla legge fallimentare del 1942, per cui "in ogni caso, dal carattere del concordato discende che il debitore è liberato in seguito all'avvenuta cessione, omologata dal tribunale" (§ 37, rel. Grandi).

⁵¹ G. LA CROCE, *Concordato preventivo e cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 e ss. cod. civ.*, cit., p. 1321; P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in Bonfatti-Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 256; G. LO CASCIO, *Risoluzione del concordato e conseguenze per il debitore*, in *Fallimento*, 2001, 3, p. 301.



liquidazione⁵².

Non sfugge che, così ragionando, i creditori assumono un rischio maggiore rispetto a quello patito dalle parti di un contratto di cessione dei beni ex art. 1977 cod. civ. e ben superiore a quello sopportato nel concordato regolato dalla disciplina *ante* riforma, dove la legge affidava al giudice la valutazione della concreta probabilità di raggiungimento di un risultato minimo. Eppure, non sembra irragionevole ammettere la legittimità di una consapevole assunzione dell'alea legata al risultato della liquidazione⁵³.

Risultato coerente con l'idea – innegabilmente sottesa alla riforma – di modulare la disciplina del concordato sì da provvedere ai protagonisti della vicenda concorsuale il più ampio ventaglio di soluzioni possibile. Viceversa, assumendo che la percentuale di soddisfazione sia la misura della prestazione, s'approderebbe al paradossale esito per cui la legge avrebbe eliminato la figura del concordato con cessione dei beni⁵⁴. Le forme di concordato possibili verrebbero (a eccezione del caso di assegnazione diretta dei beni in proprietà) ridotte al solo concordato misto⁵⁵ e l'autonomia privata ne uscirebbe inspiegabilmente sacrificata.

Muoviamo verso la collocazione dogmatica della 'non fattibilità' del piano. Di là dalle osservazioni sulla diversità dei concetti di fattibilità e possibilità svolte in termini generali⁵⁶, l'impraticabilità del piano di cessione dei beni – se venga intesa come irrealizzabilità della percentuale di soddisfazione indicata nella proposta – è sempre, per definizione, incapace di

⁵² Si mostra, così, la funzione immediatamente satisfattiva, seppure non immediatamente solutoria, della cessione dei beni. La soddisfazione della pretesa creditoria avviene *direttamente* per effetto della cessione anche se in via *mediata* dalla percezione di una somma di danaro all'esito della liquidazione del complesso ceduto. In questi termini, ad es., Cass. civ. 16 gennaio 1988, n. 6853, in *Giust. Civ. Mass.*, 1988, 12; Cass. civ. 13 giugno 1962, n. 1469, in *Foro it.*, 1962, I, p. 1682 e ss.

⁵³ Sembra andare di eguale avviso Cass. civ. 23 giugno 2011, n.13817, cit., laddove – dopo aver negato che, a meno di diversa ed esplicita previsione, la percentuale di soddisfazione costituisca l'oggetto dell'obbligazione del debitore – afferma che i creditori “approvando la proposta, condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili”; *contra*, Trib. di Milano, decr. 28 ottobre 2011, cit., il quale nega che il debitore possa traslare, *sic et simpliciter*, il rischio della liquidazione in capo ai creditori. In altra sede il Trib. di Milano, decr. 21 gennaio 2010, cit., afferma che l'unica alea legittimamente sopportabile dai creditori è quella relativa al valore dei beni ceduti sotto forma di *datio in solutum*. I giudici paiono tracciare un discrimine tra un'alea ammessa e un'alea vietata; eppure non è agevole comprendere la ragione di un trattamento differenziato per l'alea inerente al valore del bene ricevuto come *datio in solutum*, rispetto a quella che i creditori assumerebbero con riguardo alla somma ricavabile dalla liquidazione dei beni ceduti.

⁵⁴ La giurisprudenza ha avuto modo di segnalare come “il tratto distintivo fra le due ipotesi di concordato previste dalla legge fallimentare, quello con garanzia e quello con cessione dell'intero patrimonio del debitore, si colga proprio in relazione agli effetti. Nella prima ipotesi, procura l'esdebitazione del debitore il pagamento nella sola misura percentuale offerta, che resta così fissata in modo che non ne è ammessa modifica, mentre, nell'altra ipotesi, suddetto effetto si collega al risultato della liquidazione che, presunto al momento della proposta nella percentuale di legge, resta, però, imprecisato sino alla chiusura delle sue operazioni. (...) *ex parte creditoris*”, pertanto, mentre nella prima ipotesi ai titolari chirografari delle ragioni di credito anteriori alla proposta spetta in ogni caso la percentuale del 40%, nell'altra i creditori chirografari vantano diritto al solo dividendo”. Così in Cass. civ. 18 marzo 2003, n. 3957, cit. A ben vedere, negare che il concordato con cessione possa spiegare questi effetti equivale a neutralizzare la distinzione tra i due tipi di concordato e finisce per eliminare dall'ordinamento, di fatto, il concordato con cessione dei beni.

⁵⁵ G. B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione*, cit., p. 96. Tale incongruità è denunciata anche nella citata sent. 23 giugno 2011, n. 13817: “ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessario che il concordato assuma quantomeno la forma del concordato misto, nel quale la cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire ai creditori una percentuale minima di soddisfacimento. (...) in realtà oggetto della obbligazione può ben essere, e tale è in difetto di diversa e inequivoca assunzione di responsabilità, unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore”.

⁵⁶ Cfr., *supra*, § 2.



integrare l'ipotesi dell'impossibilità dell'oggetto. In primo luogo perché tale impraticabilità *non concerne l'oggetto*⁵⁷.

Ciò non significa, com'è ovvio, che la proposta di concordato con cessione dei beni sia di necessità immune da cause di nullità e che non possa darsi un concordato di questo tipo nullo per impossibilità dell'oggetto. Tuttavia, perché ciò accada il predicato d'impossibilità deve riguardare la cessione in sé; la cessione dalla quale non possa ricavarsi la percentuale auspicata dal proponente è pur sempre realizzabile.

Si pensi, per un verso, a una proposta che contempli la cessione di beni insuscettibili di cessione (es. beni demaniali sfruttati in concessione; beni colpiti da confisca); per altro, alla cessione di beni che si rivelino, al momento della liquidazione, di valore inferiore a quello sperato (es. cessione di un pacchetto azionario che in ragione dei corsi di borsa subisce uno straordinario deprezzamento nel periodo compreso tra l'omologazione e la liquidazione)⁵⁸.

Ancora, dalla ricostruzione dell'istituto che qui s'è accolta, devono trarsi i necessari corollari in tema di risolubilità del concordato. Se l'unico vincolo incombente sul debitore – e dunque l'unico obbligo passibile d'inadempimento – è la consegna dei beni nello stato di fatto e di diritto in cui questi dichiara che si trovino al momento dell'offerta, ove dalla liquidazione non sia ottenuto quanto indicato nella proposta, non potrà invocarsi il rimedio risolutorio contemplato dall'art. 186 l. f., giacché tale fatto *non costituisce inadempimento*⁵⁹.

A meno di non ammettere un'interpretazione di questa disposizione che consenta la risoluzione del concordato anche per *cause diverse dall'inadempimento*.

E questa sembra la soluzione secondata dal prevalente orientamento dei giudici di legittimità che, pur convenendo con l'idea che esaurita la consegna il debitore abbia adempiuto ai suoi obblighi, ammettono la risolubilità del concordato ex art. 186 l. f. tutte le volte in cui esso si riveli incapace di assolvere alla sua funzione. Ricorre, nella giurisprudenza di Cassazione, l'affermazione che il concordato debba risolversi quando, anche prima della liquidazione, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavate dalla vendita dei beni ceduti si rivelino

⁵⁷ Questa ricostruzione postula che l'obbligazione del debitore si esaurisca nella consegna dei beni e che l'indicazione della percentuale di soddisfazione sia irrilevante sul piano delle obbligazioni. Quand'anche si convenisse con chi vede nella percentuale di soddisfazione indicata la prestazione dovuta dal debitore, valgano le stesse considerazioni che saranno svolte per il concordato in cui la prestazione del debitore consista nel pagamento in misura corrispondente alla percentuale indicata. Cfr., *infra*, § 6.

⁵⁸ Dello stesso avviso S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere del piano concordatario*, cit., p. 946; M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo*, cit., p. 173.

⁵⁹ Così anche S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere del piano concordatario*, cit., p. 944.; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 375; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 9, p. 1106, il quale nota come l'inadempimento possa consistere solo nella condotta del debitore che manca di rendere giuridicamente disponibile il bene, ad esempio avendo egli stipulato contratti preliminari per i quali siano state esercitate azioni di adempimento. Di diverso avviso G.B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione*, cit., p. 95. Secondo l'A., all'obbligazione di cessione s'aggiungerebbe un'altra obbligazione, di fonte legale (art. 160 l. f.), che richiede la distribuzione di una somma sufficiente a soddisfare, in qualsiasi misura, i creditori chirografari.



insufficienti, in base a una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati⁶⁰.

La risoluzione appare qui legarsi a un difetto funzionale della causa del concordato e non a uno specifico inadempimento del debitore. Il che evoca la figura della c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile⁶¹.

Questa specie di risoluzione è però diversa da quella per inadempimento, integrando piuttosto un'ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 cod. civ.). Senza considerare che la prestazione che diviene impossibile in questo caso sembra essere, al più, quella dei liquidatori tenuti ad eseguire la liquidazione⁶² e non quella del cedente⁶³.

L'indicazione della percentuale di soddisfazione dei crediti, se anche non riposa sul piano della struttura dell'atto, assolve una fondamentale funzione informativa dei creditori, e come tale è elemento imprescindibile della proposta, sì ché i creditori possano ponderarne l'effettiva convenienza.

Essa, inoltre, potrebbe rilevare quale metro per l'accertamento di eventuali condotte illecite dei liquidatori. Il mancato raggiungimento della percentuale indicata nella proposta, pure attestata come fattibile dal professionista, potrebbe costituire indice di negligenza e far affiorare profili di responsabilità del liquidatore, legittimandone – nei limiti in cui il risultato deterioro sia imputabile a una condotta rilevante ex art. 38 l. f. – la revoca o la condanna al risarcimento dei danni⁶⁴.

⁶⁰ Così Cass. civ. 21 gennaio 1993, n. 709, in *Fallimento*, 1993, p. 807; Cass. civ. 7 giugno 2007, n. [13357](#), in *Giust. Civ.*, 2008, 6, p. 1528; Cass. civ. 31 marzo 2010, n. 7942, in *ILCASO.it*, I, 2471; Cass. civ. 20 giugno 2011, n. 13446, cit. Si riporta qui un brano della sent. n. 709 del 1993, recepito pressoché identico in quelle successive: “quando, anche per effetto di cause sopravvenute, il concordato viene meno alla sua naturale funzione di eliminare la insolvenza mediante la corresponsione ai creditori delle somme previste deve essere risolto, indipendentemente da un atteggiamento di colpevolezza del debitore, giacché in tal caso la risoluzione non trova causa nella violazione degli obblighi relativi alla cessione dei beni (la cui prestazione si è esaurita con la consegna), ma nell'impossibilità di attuare le condizioni (minime) previste dalla legge fallimentare, impossibilità che costituisce una causa estintiva di carattere generale dei rapporti giuridici che opera in tutti i campi del diritto”.

⁶¹ Sul tema S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, 5, p. 1211. Anche dove il *facere* convenuto resti astrattamente eseguibile, la perdita di interesse alla prestazione da parte del creditore frustra lo scopo che il contratto è funzionalmente preposto a soddisfare, determinando l'irrealizzabilità della sua causa concreta. Nel nostro caso, permettere la soddisfazione, in qualsiasi percentuale, del credito originario. La risolubilità per causa concreta irrealizzabile è stata recentemente affermata in materia contrattuale da Cass. civ. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corriere giuridico*, 2008, 1, p. 921. Il caso di specie è diverso da quello qui in esame, perché il difetto funzionale della causa si lega all'impossibilità sopravvenuta di fruire della prestazione da parte del creditore; crediamo, tuttavia, di trovarvi i presupposti che sembrano sottesi anche alle pronunce sulla risoluzione del concordato. Dove l'interesse creditorio venga a mancare, per i giudici di legittimità il rapporto obbligatorio “si estingue in ragione del sopravvenuto difetto del suo elemento funzionale (art. 1174 cod. civ.)” sicché ove “tale rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno del predetto interesse si risolve in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto stesso, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa della relativa estinzione.

⁶² Si ripropone, qui, il difficile discrimine tra l'impossibilità giuridica e materiale della prestazione di liquidazione dei beni e la difficoltà di esecuzione di tale prestazione. Se, a es., il perimento della cosa oggetto di liquidazione integra la materiale impossibilità di venderla, è dubbio che la liquidazione possa dirsi impossibile nel caso in cui siano stati inutilmente esperiti vari tentativi di vendita della cosa, e ancor più dubbia l'ipotesi in cui la cosa sia stata venduta, ma che dalla sua vendita non sia stato possibile ricavare una somma sufficiente a soddisfare tutti i creditori chirografari, anche in minima misura. Sul problema generale del rapporto tra impossibilità giuridica e materiale della prestazione e difficoltà di esecuzione v. per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 340 e ss.

⁶³ Non può trascurarsi che il tenore letterale dell'art. 186 l. f. pare limitare le cause di risoluzione all'inadempimento e che l'applicazione analogica delle norme in materia di risoluzione del contratto al concordato sembra incontrare l'ostacolo di una disciplina ritagliata sui contratti a prestazioni corrispettive.

⁶⁴ G. LO CASCIO, *Risoluzione del concordato e conseguenze per il debitore*, cit., p. 303.



Infine, è proprio nell'esercizio del suo potere di autonomia che il debitore, invece di limitarsi a prevedere la cessione dei beni, può formulare la proposta in modo da affiancare all'obbligo di consegna l'obbligo di garantire una percentuale di soddisfazione dei creditori. L'indicazione della percentuale minima garantita sarà, (solo) allora, rilevante sul piano delle obbligazioni delle parti; e intorno a quella percentuale si raccoglierà il consenso dei creditori. Diverse, lì, saranno le conseguenze del mancato raggiungimento di quella percentuale; del tutto plausibile un suo apprezzamento sul piano della risoluzione.

La ricostruzione del concreto assetto d'interessi contenuto nella proposta si risolve in una delicata operazione d'interpretazione rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Questo non esime, tuttavia, dal rimarcare le differenze che, sul piano teorico, suggeriscono di tenere tra loro distinti il concordato con cessione e garanzia di una percentuale minima di soddisfazione – il concordato misto – dal concordato con cessione dei beni 'puro'.

5. – Può darsi, ancora, che la proposta concordataria preveda l'attuazione di un piano, all'esito del quale il debitore reputa che i creditori chirografari possano essere soddisfatti in misura pari a una percentuale del credito originario, senza però che tale misura sia garantita. La legge pare consentire che il debitore si impegni a vendere beni, incassare crediti, dismettere attività etc., limitandosi ad assumere l'obbligo di tenere queste condotte, da cui confida di ricavare risorse sufficienti a soddisfare i creditori in una data percentuale, che tuttavia non è promessa. L'obbligazione del debitore assumerebbe i tratti di un'obbligazione 'di mezzi' e non 'di risultato'⁶⁵. L'interesse primario del creditore rimane estraneo alla sfera del vincolo, limitata alla (diligente) esecuzione della condotta strumentale.

Quest'ipotesi somiglia, per alcuni aspetti, al concordato con cessione dei beni, da cui si distingue perché, tra l'altro, non implica la perdita del potere di disposizione dei beni e il trasferimento della legittimazione sostanziale e processuale in capo a un soggetto diverso dal debitore. In entrambi i casi, tuttavia, l'obbligazione assunta dal debitore prescinde dal raggiungimento di un dato risultato, che s'indica come presunto e non come garantito.

⁶⁵ Al debitore sarebbe richiesta solo la diligente osservanza del comportamento strumentale alla soddisfazione dell'interesse primario (es. la dismissione del ramo aziendale), mentre il risultato sperato (ottenimento dalla dismissione della somma di danaro auspicata) rimarrebbe irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità per inadempimento. Sul tema delle obbligazioni di mezzo e di risultato nella teoria generale delle obbligazioni, per tutti, L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185. L'Autore, alle p. 188 e ss., spiega che tracciare questa distinzione "non significa assenza, in certe obbligazioni, di un risultato dovuto, il che sarebbe assurdo, ma piuttosto separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine". L'obbligazione rimane, quindi, unitaria, ma il risultato ultimo atteso dal creditore non è assistito da tutela giuridica. Nell'ipotesi di cui si discorre, l'interesse-presupposto dell'obbligazione sarebbe la soddisfazione in una certa percentuale del credito originario, ma "la misura del "dover avere" del creditore, è circoscritta a un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario". *Id est*, il comportamento descritto dal debitore nel piano di concordato.



Valgono perciò, anche qui, le medesime osservazioni svolte per il concordato con cessione sul versante del rilievo dell'indicazione della percentuale di soddisfazione dei creditori, su quello della possibilità dell'oggetto e, infine, sulla disciplina della risoluzione.

6. – Il discorso prende una direzione (parzialmente) diversa per la proposta di concordato che consista nell'offerta di pagare i creditori in una precisa percentuale⁶⁶. In questo caso, la percentuale di soddisfazione indicata è, per definizione, la *misura* della prestazione dovuta. L'obbligo del debitore si sostanzia nel pagamento ai creditori di una somma di danaro determinata in misura percentuale rispetto al valore nominale del credito originario.

Anche se – a differenza che nel concordato con cessione dei beni e nell'ipotesi in cui il debitore prospetti la percentuale di soddisfazione solo come presunta – tale indicazione concorre a determinare l'oggetto del concordato, ciò non autorizza la deduzione che l'eventuale non fattibilità del piano – intesa come irrealizzabilità, attraverso le attività pianificate, del risultato promesso – si traduca in impossibilità dell'oggetto della proposta⁶⁷.

Diversamente ragionando si finirebbe col trasferire, come si è più sopra visto, sul piano della struttura dell'atto quello che, più propriamente, attiene allo svolgimento del rapporto. A configurare, cioè, come *genetico* un vizio *funzionale*. E a questo proposito non può trascurarsi che l'obbligazione di pagare una somma di danaro non è (né diventa) mai impossibile⁶⁸.

Il mancato pagamento della percentuale promessa, se nel concordato con cessione non legittima a esperire l'azione di risoluzione per inadempimento, integra, in questo caso, un inadempimento apprezzabile in sede di risoluzione⁶⁹.

L'analisi di alcune delle molteplici forme che l'autonomia contrattuale può conferire al concordato, sembra restituire l'idea che la tutela delle ragioni creditorie e la garanzia dell'ordinato svolgimento dei processi di soluzione delle crisi d'impresa non possano attuarsi tramite un controllo

⁶⁶ È il concordato “a percentuale”, così definito proprio perché consistente nell'obbligo di pagamento di una quota del debito a stralcio con rinuncia e conseguente liberazione del debitore per il resto. Questo tipo di concordato è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 24 maggio 1903, n. 197, che contestualmente abrogava gli articoli del codice del commercio del 1882 sull'istituto della moratoria (art. 819-829 cod. comm.). Nel descrivere gli effetti del concordato preventivo G. BONELLI, *Commentario al codice del commercio*, cit., p. 194, chiariva come esso implicasse “soltanto l'obbligo di *rimessione parziale o di concessione di termine da parte dei creditori*”. Unico tipo di concordato preventivo fino alla legge del 1942 – quando diviene uno dei termini del binomio concordato a percentuale/per cessione – perde di autonomia nel 2005, “essendo stato disciolto nella completa liberalizzazione della proposta”. Così ne illustra le vicende L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 190 e ss.

⁶⁷ Cfr., *supra*, § 2. Per cogliere l'irriducibilità del concetto di piano infattibile a quello di proposta con oggetto impossibile è utile richiamare la differenza tra ‘piano’ e ‘proposta’, sviluppata da M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano, e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 176, in part. nt. 17. Secondo l'A., far coincidere i due concetti significa “confondere ciò che è oggetto dell'accordo, la proposta, con ciò che concorre alla valutazione della proposta (il piano)”. Ciascuno connesso all'altro, ma a sua volta autonomo, giacché solo la proposta “disegna il contenuto della obbligazione” mentre il piano è l'architettura su cui si fonda la proposta, che “serve a far sì che la proposta appaia ai creditori fattibile”.

⁶⁸ Applicazione del principio *genus numquam perit*, è riportato *ex multis* in A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 624; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, ed. 2010, p. 58.

⁶⁹ Cfr. *infra*, § 11.



che si risolva nell'autoritativa imposizione, quale contenuto minimo della proposta, dell'obbligo di garantire un risultato minimo ai creditori.

Viceversa, l'atto non si esime dal controllo di liceità e di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti. Necessario corredo dei contratti atipici, il giudizio di meritevolezza degli interessi trova la sua fonte nell'art. 1322, co. 2°, cod. civ., e consente di negare rilevanza giuridica a concordati contrari a norme imperative o apprezzati come frutto dell'arbitrio o del capriccio individuale⁷⁰.

7. – Il predicato della fattibilità, irrilevante sul piano della validità del concordato, rimane sottratto a un'officiosa valutazione del giudice fino al limite in cui l'irrealizzabilità del programma si traduca nella materiale o giuridica impossibilità di eseguire la prestazione promessa.

Ciononostante, in diversi luoghi dell'*iter* concordatario la legge chiama soggetti qualificati a *esprimere un giudizio* sulla realizzabilità del piano di concordato preventivo. È il caso della relazione del professionista allegata alla proposta e alle eventuali modifiche sostanziali che il debitore rechi a essa o al piano (art. 161, co. 3, l. f.)⁷¹; della relazione del commissario giudiziale (art. 172, co. 1, l. f.)⁷² e del parere motivato (che di questa è logico sviluppo e) che egli è tenuto a depositare in sede di omologazione (art. 180, co. 2, l. f.)⁷³.

Questo complesso di norme *attrae nella sfera della rilevanza giuridica* una valutazione che, altrimenti, giacerebbe nell'imponderabile delle scelte dei creditori.

La rilevanza giuridica e la funzione del giudizio di fattibilità a noi pare debbano ricavarsi muovendo dal concetto di rischio. Connaturato a ogni obbligazione, esso è in certa misura ineliminabile. All'obbligo del debitore accede sempre un necessario grado d'incertezza, per il solo

⁷⁰ Il richiamo al giudizio di meritevolezza reca con sé la sterminata letteratura sul suo contenuto, insieme al dibattito tra chi fa coincidere l'area degli interessi meritevoli di tutela con quella degli interessi leciti e chi reputa che essa si estenda oltre i limiti della liceità. Per un verso, si sostiene che per la validità dell'atto non occorrono indagini ulteriori rispetto a quella sulla liceità della causa come funzione economico-sociale del contratto. Così GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, vol. I, p. 199-227; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. Peraltro, si osserva come tale coincidenza finisca per privare di qualsiasi contenuto la norma dell'art. 1322, 2°co., poiché i limiti di ordine pubblico, buon costume e non contrarietà a norme imperative sono già compresi nell'art. 1343 cod. civ. L'art. 1322 avrebbe, cioè, contenuto precettivo più ampio, sicché gli interessi composti dalle parti nell'atto di autonomia devono rispondere, oltre che a un'esigenza pratica lecita, a un interesse sociale durevole. L'idea è in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 104; ancora, è stato affermato come il giudizio di meritevolezza debba apprezzare la dignità sociale degli interessi che hanno portato alla conclusione del contratto, senza fermarsi alla convenienza che esso ha per le parti. Così P. RESCIGNO, *Contratto, EG, IX*, Roma, 1988. Secondo C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, p. 432, il giudizio sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, inteso come rispondenza della causa a una funzione economico-sociale apprezzabile, consentirebbe di far impiego della causa come criterio di valutazione della congruenza del regolamento contrattuale.

⁷¹ La norma che onera il proponente di depositare una nuova attestazione di fattibilità per il caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano è stata introdotta dall'art. 33 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

⁷² Sebbene la legge non preveda espressamente che il commissario si pronunci sulla fattibilità del piano, la relazione è il luogo naturale di tale giudizio, essendo questa la sede delle sue valutazioni "sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte" (art. 172, co. 1, l. f.). Questi ne illustra il contenuto in apertura dell'adunanza dei creditori (art. 175, co. 1, l. f.), a riprova, come in seguito si vedrà, della sua funzione strumentale al corretto esercizio del diritto di voto e alla garanzia di un consapevole procedimento di formazione del consenso.

⁷³ V. nota precedente. In questo caso, l'apprezzamento del commissario non ha come destinatario il ceto creditorio, ma il Tribunale.



fatto che l'adempimento e, più in generale, la soddisfazione degli interessi delle parti, sono eventi che si collocano nel futuro.

Il rischio, nel linguaggio del giurista, evoca almeno due forme di incertezza⁷⁴: per un verso, il *rischio di inadempimento*, la probabilità che la prestazione non sia eseguita, per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per caso fortuito; per altro, il *rischio della diminuita soddisfazione economica dell'affare*, per la persistenza o la sopravvenienza di fatti che, pur non determinando un inadempimento in senso tecnico, comportano uno sconvolgimento dell'economia originaria dell'affare⁷⁵.

Di regola, in vista della conclusione di un negozio, l'apprezzamento del rischio insito nell'affare (tanto nel primo quanto nel secondo dei significati richiamati) è problema delle parti; su di loro soltanto incombe l'onere di procurarsi le informazioni necessarie a valutare se il proprio sia un buon debitore, se la situazione economica generale lasci presagire un più o meno felice esito dell'operazione, ecc. Questi calcoli rimangono confinati nella privata (e, tendenzialmente, irrilevante) ponderazione della convenienza dell'affare.

Nella cornice delle procedure concorsuali, al contrario, la legge vuole una *preventiva misurazione del rischio di inadempimento* e, per il concordato con cessione dei beni, dell'*alea legata al risultato della liquidazione*, sì che questi rischi possano essere misurati, accettati (e, diremo noi, sopportati) dai creditori⁷⁶.

Luogo deputato a ospitare tali informazioni è il giudizio di fattibilità del piano; di qui, la sua principale funzione: quella informativa⁷⁷ e, più in particolare, *d'informazione sul rischio*. Ai creditori è lasciata la disponibilità delle proprie situazioni soggettive e riservata la scelta sulla convenienza della proposta; a presidio di una scelta avvertita e consapevole, una stima della concreta realizzabilità del programma⁷⁸. Come dire: il rischio d'inadempimento o l'alea legata alla liquidazione dei beni ceduti sono oggetto di uno *specifico obbligo d'informazione*, affinché al voto espresso dal creditore in adunanza possa dirsi corrispondere un *effettivo consenso* non solo intorno

⁷⁴ I termini rischio e incertezza sono usati qui come sinonimi, sebbene siano mutuati dalla semantica della scienza statistica ed economica, dove a ciascuno è ascrivito un significato proprio. Per tutti v. F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, Boston and New York, Houghton Mifflin Co., 1921, in part. pt. III, cap. VIII.

⁷⁵ Così, testualmente, G. ALPA, voce *Rischio* in *Enc.dir.*, XL, p. 1146. Sui temi del rischio e dell'alea cfr. R. NICOLÒ, voce *Alea* in *Enc.dir.*, I, p. 1024; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004 e ivi compiuta bibliografia.

⁷⁶ La ragione di questa scelta si coglie considerando che l'inadempimento all'obbligazione concordataria è una sorta di 'inadempimento di secondo grado', le cui conseguenze sono di necessità diverse da quelle implicate dall'inadempimento ex art. 1218 cod. civ., non fosse altro perché siamo, qui, già dinanzi a una forma di reazione all'inadempimento (o all'incapacità di adempimento, ove l'insolvenza o la crisi non coincidano con un inadempimento del debitore).

⁷⁷ R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria, Fallimento*, 2009, 1, p. 32. Per le posizioni della prevalente giurisprudenza di legittimità, *infra*, nt. 12.

⁷⁸ Si vedrà, subito appresso, come i concetti di fattibilità e convenienza, pure logicamente distinti, siano intimamente connessi, giacché l'esito del giudizio di convenienza dipende, nella maggior parte dei casi, proprio dalla probabilità di ottenere quanto promesso.



alla proposta, ma anche *intorno al rischio* che a essa accede⁷⁹.

8. – La centralità del momento informativo, recentemente ribadita in più luoghi della legge 7 agosto 2012, n. 134⁸⁰, pareva orientare, già prima dell’ultima riforma, le decisioni della Corte di Cassazione sui poteri del giudice nella fase di ammissione alla procedura⁸¹. A precludere al giudice il controllo officioso sulla fattibilità starebbe proprio il fondamentale rilievo del consenso dei creditori, i quali sarebbero altrimenti privati “della possibilità di esaminare la proposta, valutarne la congruità e la convenienza e accettarla dopo avere eventualmente vagliato anche il rischio di un insuccesso”. Se si volge lo sguardo alla successiva fase di omologazione, resta difficile ammettere che il giudice possa negare efficacia a una proposta esaminata, valutata e accettata dai creditori, che ne abbiano altresì ponderato ‘il rischio di un insuccesso’.

Il giudizio sulla fattibilità, e cioè *sul grado di probabilità* con cui il debitore potrà realizzare ciò che promette *nei termini in cui lo promette* è funzionale alla valutazione della convenienza della proposta, che piuttosto indica il *grado di appetibilità* di questa rispetto alle alternative praticabili⁸². Da un punto di vista teorico, come non si stenta a rinvenire tra questi due concetti un chiaro rapporto di *mezzo a fine*, così si avverte altrettanto chiara l’autonomia e l’irriducibilità delle due nozioni a significati identici: fattibilità e convenienza non si sovrappongono perché può darsi, al

⁷⁹ Nella più ampia prospettiva dell’ordine giuridico del mercato N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 75, osserva come l’informazione sia elemento essenziale di regimi normativi, che tutti volgono a ricollegare “il rischio alla libertà della scelta”. L’informazione si pone, qui come nelle altre discipline del diritto del mercato, a fondamento dell’“autoresponsabilità (che è poi null’altro dal rischio della libertà)”.

⁸⁰ Gli oneri informativi in capo al debitore proponente sono stati incrementati con la previsione, per un verso, del dovere di depositare, in uno con i documenti già previsti dall’art. 161 l. f., un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta (art. 161, co. 2°, lett. e), aggiunta dall’art. 33, d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134); per altro verso, dell’onere di accompagnare eventuali modifiche sostanziali della proposta o del piano con una nuova relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo (art. 161, co. 3°, come modificato dall’art. 33, d. l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134). Che le novelle legislative non abbiano inciso sul piano delle obbligazioni del debitore, valendo esclusivamente a incrementare il materiale informativo indirizzato ai creditori, è l’opinione prevalente dei primi commentatori della riforma. Così S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *ILCASO.it*, II, 306/2012, p. 7; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa*, (appunti sul d. l. 83/2012 e sulla legge di conversione), in *ILCASO.it*, II, 303/2012.

⁸¹ Cass. civ. 25 ottobre 2010 n. 21860, in *Fallimento*, 2011, 2, p. 167, con nota adesiva di M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano, domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità* e nota critica di G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*. La disciplina del concordato, per i giudici di legittimità, è ispirata dall’esigenza primaria che “i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa”. Il ruolo del commissario giudiziale, in questo quadro, è di “garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, mettendo gli stessi in condizione di decidere con cognizione di causa sulla base di elementi che corrispondano alla realtà”. Allo stesso modo, rimarca la funzione eminentemente strumentale alla corretta informazione svolta dall’attestazione di fattibilità del professionista Cass. civ. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fallimento*, 2010, 7, p. 882, con nota di P. CELENTANO, *I requisiti del professionista che attesta i piani concordatari*; Cass. civ. 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, 7, p. 805, con nota di L. A. BOTTAI, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*.

⁸² Su questa linea, l’attestazione di fattibilità del professionista, ma soprattutto gli atti del commissario giudiziale, non esauriscono la loro funzione nella garanzia di un voto informato dei creditori, ma contribuiscono a fornire un utile strumento conoscitivo per il giudice chiamato a decidere di un’opposizione all’omologazione con cui sia censurata la convenienza della proposta. Cfr. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 354. I giudizi di fattibilità, in questo caso, costituiscono un *metro* dell’apprezzamento del giudice che, per decidere se all’opponente convenga il concordato o un’alternativa concretamente praticabile, deve considerare, tra le altre cose, quali probabilità di successo abbia la soluzione concordataria.



limite, che la proposta fondata su un piano non fattibile sia conveniente per alcuni creditori⁸³ e che, al contrario, un creditore reputi non conveniente una proposta che pure ha buone probabilità di riuscita⁸⁴.

Il nesso di strumentalità che lega giudizio di fattibilità e genuinità del consenso è ribadito dalla rilettura della Cassazione del concetto di frode ai creditori. Condizione necessaria affinché la condotta del debitore legittimi la revoca dell'ammissione alla procedura ex art. 173 l. f., è la sua idoneità ad alterare il fisiologico procedimento di formazione del consenso dei creditori⁸⁵.

Non sembra irragionevole credere che la legge – avendo congegnato la disciplina del concordato intorno a un accordo tra debitore e creditori – reputi indispensabile garantire un *consenso informato* di quest'ultimi. In particolare, sul *rischio d'inadempimento* o di ridotta soddisfazione dell'aspettativa creditoria, di modo che la scelta sulla convenienza possa dirsi consapevole ed effettiva. Dove i creditori siano stati correttamente informati, abbiano cionondimeno approvato la proposta e non vi sia stata alcuna opposizione all'omologazione, qualsiasi altra ingerenza del giudice che concerna le concrete prospettive di soddisfacimento è un'indebita valutazione del merito della proposta⁸⁶.

⁸³ Per quanto possa apparire bizzarra, quest'eventualità non solo è teoricamente pensabile, ma nemmeno è rara nell'esperienza pratica: il creditore, di fronte a un piano di difficile realizzazione, potrebbe trovare la proposta conveniente in ragione di un'*utilità* diversa da quella promessa, concretamente ricavabile dal concordato. cfr. sul punto nt. 88. I concetti di fattibilità e convenienza vanno tenuti distinti anche perché hanno oggetti diversi: il giudizio di fattibilità, infatti, riguarda il piano mentre la convenienza si riferisce alla proposta. Per la distinzione concettuale e le sue implicazioni pratiche M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 173.

⁸⁴ È il caso in cui il piano, del tutto fattibile, acceda a una proposta non conveniente per il creditore che, ad esempio, voglia perseguire la via della dichiarazione di fallimento al fine di estenderne gli effetti al socio illimitatamente responsabile, cui non si estendono gli effetti del concordato preventivo.

⁸⁵ Cass. civ. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, 8, p. 933, con nota adesiva di S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*. Ad avviso della Corte, il minimo comun denominatore degli atti di frode risiede nella loro "attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte di attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare". L'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 173 l. f., secondo la Cassazione, porta a concludere che può considerarsi atto di frode non ogni comportamento volontario idoneo ad alterare le aspettative di soddisfacimento dei creditori, ma solo quello che abbia una valenza decettiva; sia tale, cioè, da pregiudicare la percezione dell'effettiva consistenza del patrimonio del debitore. Nel caso in esame, il ricorrente lamentava l'illegittimità della revoca fondata sull'avvenuta stipulazione, anteriormente alla presentazione della proposta di concordato, di atti di disposizione del patrimonio idonei a deprimere le aspettative di soddisfazione dei creditori. La Cassazione, nell'accogliere il ricorso, chiarisce che questo fatto, seppure potenzialmente negativo per le ragioni creditorie, non poteva qualificarsi fraudolento, perché chiaramente individuato nella proposta e per questa via portato a conoscenza dei creditori. Della stessa opinione R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, cit., p. 32. L'A. ravvisa nella fattispecie descritta all'art. 173 l. f. un novero d'ipotesi che, tutte, "rendono inattendibili le informazioni sulla base delle quali i creditori dovrebbero esprimere il loro voto sulla proposta di concordato".

⁸⁶ Il discorso ha esito diverso nel caso in cui uno o più creditori si opponga all'omologazione. Torna, allora, la questione del novero dei legittimati a dedurre in opposizione motivi attinenti al merito della proposta. Il dibattito sul tema si svolgeva, fino alla novella del 2012, intorno al significato da attribuire alle parole dell'art. 129 l. f. (e dello speculare art. 180, 3° e 4° co., per il concordato preventivo). Chi propendeva per un'interpretazione estensiva della disposizione riteneva che le opposizioni, da chiunque proposte, fossero il mezzo per sottoporre alla cognizione del giudice profili di merito altrimenti preclusi. Nei limiti del *quantum devolutum* – ben inteso – il giudice avrebbe potuto conoscere di motivi aventi a oggetto la non convenienza del concordato per l'opponente. Su questa linea, seppure con diverse argomentazioni, M. COSTANZA, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?*, *Fallimento*, 2009, 4, p. 458; S. GIANI, *Il giudizio di omologazione*, in *Il concordato fallimentare*, Demarchi (a cura di), Bologna, 2008, p. 198; F. GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2006, 5, p. 527; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 370; N. NISIVOCIA, *I poteri dell'autorità giudiziaria nel nuovo concordato fallimentare*, in *Giur. Comm.* 2008, 3, p. 715. Secondo l'interpretazione letterale delle medesime disposizioni la platea di legittimati doveva dividersi in due categorie di opposenti: i cd. "non qualificati" e "qualificati". Solo questi ultimi, nella



Ragionare altrimenti equivarrebbe a secondare una posizione che non è in linea di piena coerenza con i principi ispiratori della riforma, i quali, tutti, convergono verso la valorizzazione della libera disponibilità, da parte dei creditori, delle proprie posizioni soggettive. Un sindacato (officioso) sulla fattibilità, infatti, li priva della facoltà di aderire alla soluzione per loro più conveniente che al limite – come dicemmo – può essere un concordato non fattibile nei termini proposti, ma foriero di un'utilità che prescinde dal recupero pecuniario del credito e differisce dalla percezione della prestazione pecuniaria nell'esatta percentuale indicata⁸⁷.

Il ruolo dell'autorità giudiziaria – se non c'inganniamo – non va cercato nella secca alternativa tra autonomia ed eteronomia; piuttosto, esso consiste nella *sorveglianza sulla corretta formazione del consenso* dei creditori, condizione imprescindibile perché gli effetti della decisione assunta dalla maggioranza si estendano ai dissenzienti e siano opponibili ai terzi.

Uno degli effetti dell'apertura della procedura è proprio la *strutturale modificazione della disciplina della disponibilità del diritto di credito*, che da individuale si fa concorsuale: il singolo cessa di essere individuo e diviene membro della massa dei creditori⁸⁸; il suo voto, oltre a essere consenso individuale è volontà collettiva, perché destinato a incidere situazioni soggettive *altre* rispetto a quelle di chi lo esprime. In questo quadro, al giudice compete di verificare che la condotta delle parti si conformi alla disciplina propria del 'consenso di massa', senza che ciò determini un intervento eteronomo sulle posizioni soggettive dei creditori.

Il connotato principale del 'consenso di massa' si coglie nella naturale potenzialità espansiva della singola determinazione di volontà, che trascende la sfera individuale e coinvolge un numero indeterminato di soggetti (*id est*, tutti i creditori anteriori all'apertura della procedura) esigendo perciò un *procedimento dell'accettazione cui accedono obblighi informativi tipici*.

Al giudice, quindi, non è consentito di sovrapporre la propria valutazione a quella dei creditori, ma è imposto di garantire la genuinità del consenso, perché questa è una delle condizioni

veste di creditori dissenzienti appartenenti a classe dissenziente, avrebbero potuto censurare la convenienza del concordato. Questa distinzione è tracciata in V. SANGIOVANNI, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione del concordato fallimentare*, *Fallimento*, 2010, 3, p. 353; dello stesso avviso L. GUGLIELMUCCI, sub *Art.129*, in *Codice commentato del fallimento*, Lo Cascio (diretto da), Milano, 2008, p. 1253 e ss., E. NORELLI, *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto"*, *Esecuzione forzata*, 2008, 1. La questione è stata superata, almeno per il concordato preventivo, con l'introduzione, a opera della l. 7 agosto 2012, n. 134, della legittimazione all'opposizione per motivi di convenienza, nel caso di concordato senza formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto. Il problema rimane insoluto, tuttavia, per il concordato fallimentare.

⁸⁷ È il caso, ad esempio, del risparmio derivante dal non dover intraprendere azioni esecutive individuali, dell'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti ricevuti in esecuzione del concordato nel caso di un successivo fallimento dell'imprenditore (art. 67, comma 3, lett. e), l. f.) o ancora, del vantaggio legato alla continuazione dell'attività d'impresa, che può consentire al creditore (il quale sia anche fornitore del proponente) di proseguire nell'esecuzione di contratti che lo vincolano al debitore.

⁸⁸ A questo proposito A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, *Giur. comm.*, 2007, 3, pt. 1, p. 362, constata (non senza qualche riserva) come la disciplina dell'accettazione della proposta muova dalla considerazione dei creditori alla stregua di una collettività. La presentazione della domanda di concordato introduce, cioè, una modifica della situazione giuridica soggettiva dei creditori, che sono riuniti in una comunità. In questo contesto, "il consenso che in adunanza essi esprimono o negano alla proposta cessa di essere (individuale) accettazione per divenire (personale) adesione".



cui la legge subordina la validità e l'opponibilità della deliberazione. Alla corretta formazione della volontà il giudice 'assiste', intervenendo con poteri che restituiscono l'immagine di un procedimento di formazione del consenso peculiare, una sorta di 'consenso amministrato'.

9. – Così deviato l'angolo d'indagine e incentrata la disciplina sulla corretta formazione del consenso, si schiudono alcuni scenari problematici.

In primo luogo, viene da domandarsi cosa il giudice possa fare, dopo la votazione, ove s'avveda che da prima il consenso, di poi l'inerzia nel proporre opposizione all'omologazione siano stati determinati dalla mancata o inesatta percezione di un fatto essenziale; siano, cioè, viziati da errore.

Si pone il problema, inoltre, della validità del concordato omologato nonostante il vizio del consenso di uno o più creditori.

Il problema dell'errore legato a un mutamento delle concrete aspettative di soddisfacimento ha trovato riconoscimento positivo con la l. 7 agosto 2012, n. 134. Il novellato art. 179 l. f. dispone che ove nell'intervallo tra l'approvazione del concordato e l'udienza di omologazione il commissario giudiziale rilevi che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, questi ne dia avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 l. f. per modificare il voto. Il legislatore si è reso interprete dell'esigenza di tutelare l'effettività del consenso dei creditori, seriamente compromessa dal mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, risolvendo un problema che, prima dell'intervento positivo, era puntualmente avvertito dalla dottrina. Nella ricerca di una soluzione interpretativa, alcuni Autori giungevano alla conclusione che il giudice fosse investito del potere di rimettere la decisione in adunanza affinché si ripetessero le operazioni di voto⁸⁹.

A giustificare la natura officiosa dell'intervento, tra le altre, la disposizione che conferisce al Tribunale, nella fase di ammissione alla procedura, il potere di concedere al debitore un termine per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti (art. 162 l. f.). Chiaramente ispirata all'intendimento di garantire al ceto creditorio una corretta informazione⁹⁰, poteva avere come controcanto, nella fase di omologazione, il potere di riconvocare d'ufficio l'adunanza dei creditori in ragione del rilievo di un difetto d'informazione.

Questa soluzione sembra oggi non più praticabile, giacché la legge pare aver individuato (i)

⁸⁹ Affrontano il tema S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità*, cit. p. 946; A. PALUCHOWSKI, *I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo*, *Dir. fall.*, 3-4, p. 588; contrario al potere di rimessione S. DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, *Fallimento*, 2005, 12, p. 1406.

⁹⁰ R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, cit., p. 32. Di questo avviso, *obiter dictum*, Cass. civ., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, 7, p. 805.



nel commissario giudiziale, il *sogetto* cui istituzionalmente è affidato il compito di garantire l'effettività del consenso (ii) nel meccanismo di comunicazione ai creditori/modifica del voto tramite costituzione nel giudizio di omologazione, il *procedimento* normativo per realizzarla. Al giudice, dunque, spetta di ripetere la verifica dell'esito della votazione, accertando se, alla luce delle eventuali modificazioni dei voti, le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato siano state comunque raggiunte.

Potrebbe darsi, tuttavia, che il mutamento delle condizioni di fattibilità, invece che dal commissario giudiziale, sia portato a conoscenza del giudice tramite un'opposizione all'omologazione. E pare lecito domandarsi se il giudice, in ragione della dimensione 'collettiva' del vizio del consenso denunciato – in luogo di essere vincolato a una pronuncia di accoglimento o rigetto dell'opposizione – non possa rinviare l'udienza, disponendo la comunicazione delle mutate condizioni di fattibilità ai creditori affinché essi possano modificare il voto.

Non ci pare preclusa, in ogni caso, la possibilità che ciascun creditore lamenti l'errore legato all'espressione del proprio voto, chiedendone l'annullamento⁹¹. Va da sé che, in questo caso, perché l'invalidità della singola manifestazione di volontà determini il rigetto della domanda di omologazione, deve esser stata esperita la prova di resistenza connaturata a tutte le decisioni rette dal principio maggioritario⁹².

10. – Dai toni molto diversi è il problema del regime di validità del concordato omologato nonostante il vizio del consenso di uno o più creditori.

Di là dalla disciplina sui mezzi d'impugnazione del decreto di omologazione⁹³, le norme sulla

⁹¹ La revoca del voto favorevole è fondata non già sull'errore, ma sull'istituto della presupposizione da M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda*, cit., p. 181. La teoria della presupposizione trarrebbe nuova linfa, secondo l'A., proprio dalla recente riforma dell'art. 179 l. f.. Così in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordato della crisi di impresa*, cit., p. 19.

⁹² Occorre, quindi, che il voto annullato sia stato determinante per il raggiungimento della maggioranza prescritta per l'approvazione. A noi pare che il vizio del consenso, ai fini dell'annullamento del voto, sia rilevabile solo su istanza di parte. E questo anche ove il fatto determinativo del vizio coincida con una causa di annullamento del concordato ex art. 186 l. f., giacché anche l'azione di annullamento è oggi riposta nella disponibilità delle parti. Di opposto avviso C. ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità*, in *Fallimento*, 2009, 7, p. 872. L'A. ritiene che al concordato non possano applicarsi le norme di diritto comune in materia di annullabilità rette dalla matrice individuale dell'interesse presidiato dall'azione di annullamento. Nel concordato "la corretta formazione della volontà è un dato che interessa tutti i creditori", sicché nel dovere officioso di "verificare l'esito della votazione" sarebbe naturalmente ricompreso quello di accertare la genuinità del consenso; l'analisi relativa all'esito della votazione non potrebbe limitarsi a una indagine di natura matematica, dovendosi spingere alla verifica del "se" quella votazione abbia raggiunto il proprio "esito", ossia manifestare una volontà fisiologica e consapevole utile a esprimere il consenso della maggioranza dei creditori con effetti anche in capo ai dissenzienti.

⁹³ Il novero dei mezzi d'impugnazione del decreto di omologazione e del provvedimento di rigetto dell'omologazione è piuttosto controverso. I giudici di legittimità propendono per la configurazione di un regime binario, secondo che il decreto sia stato emesso in assenza o in presenza di opposizioni. Contro il decreto di omologazione emesso in assenza di opposizioni sarebbe esperibile il solo ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost. (dato il carattere definitivo e decisorio del decreto): il tenore letterale dell'art. 180, 3° co., l. f. non lascia adito a dubbi che in assenza di opposizioni il Tribunale omologhi il concordato "con decreto non soggetto a gravame". Il reclamo alla Corte d'Appello ex art. 183 l. f. potrebbe esperirsi nel solo caso in cui la domanda di omologazione sia respinta oppure sia accolta nonostante la presenza di opposizioni. In questo senso Cass. civ. 14 febbraio 2011, n. 3585, in *Fallimento*, 2011, 7, p. 819, con nota di D. GRIFFINI, *L'impugnazione del decreto di omologazione in mancanza di opposizioni al concordato*; Cass. civ. 15 luglio 2011, n. 15699, in *Fallimento* 2011, 11, p. 1291, con nota di N. NISIVOCIA, *Impugnazione dei decreti resi nel*



patologia del concordato preventivo omologato sono recate dall'art. 186 l. f., il quale rinvia alle disposizioni dettate dall'art. 138 l. f., in tema di concordato fallimentare. L'inciso contenuto nel primo comma, per cui "non è ammessa alcuna altra azione di nullità" pare lasciare poco margine all'estensione del novero di azioni esercitabili fuori da quella di risoluzione e annullamento per dolosa esagerazione del passivo, sottrazione o dissimulazione di parte rilevante dell'attivo. Non v'è spazio, quindi, per far valere le cause di nullità civilistica (artt. 1418 e ss.), come prive di azione paiono le altre cause di annullabilità previste dal codice civile per i contratti in generale: l'incapacità legale o naturale delle parti (art. 1425 cod. civ.), la violenza e l'errore (artt. 1427 cod. civ.)⁹⁴. Al più, trattando l'art. 138 di condotte che, tutte, sembrano accomunate dal dolo del debitore, si potrebbe immaginare un'interpretazione della disposizione valida a ricomprendervi qualsiasi condotta dolosa del debitore. L'esame della disposizione, tuttavia, suggerisce un'interpretazione restrittiva, sicché sembra preferibile attribuire all'elenco in essa contenuto natura tassativa.

In definitiva, nell'elencare i casi di annullabilità e nell'escludere qualsiasi altra causa di nullità, la legge pare aver inteso tessere il regime d'invalidità del concordato omologato entro maglie strette e difficilmente penetrabili. Questa soluzione, a ben vedere, non è irrazionale e risponde all'esigenza di garantire stabilità all'assetto d'interessi convenuto nel concordato.

Volendo ravvisare tratti di somiglianza con altri atti di autonomia privata, la dinamica di approvazione del concordato – più che al procedimento di formazione del contratto di diritto

giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice. Questo regime delle impugnazioni non è privo di risvolti sull'oggetto della nostra trattazione, giacché, stando a questa ricostruzione, il vizio del consenso potrebbe essere sottoposto all'attenzione del giudice in sede di gravame nel solo caso in cui il creditore avesse, prima della omologazione, proposto opposizione. Privo della legittimazione a esperire il reclamo rimarrebbe il creditore che, a causa difetto d'informazione, abbia prestato il consenso per errore e, persistendo nell'erronea rappresentazione della realtà, si sia astenuto dal presentare opposizione all'omologazione. In dottrina si registra l'opinione di chi reputa che, in assenza di opposizioni, non sia esperibile neanche il ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost.; tra le altre ragioni, perché "ammettere al ricorso straordinario colui che non abbia proposto opposizione all'omologazione significherebbe ammettere ad un mezzo di impugnazione riservato a chi è stato parte processuale del precedente grado del procedimento (*i.e.* il ricorso straordinario) un soggetto che parte non è stato (*i.e.* colui che non abbia proposto opposizione): la qualità di parte nel giudizio di omologazione acquistandosi proprio con la opposizione alla omologazione". In questa prospettiva, delineata da D. GRIFFINI, *L'impugnazione del decreto di omologazione in mancanza di opposizioni al concordato*, cit., p. 822, al creditore che, a causa di un difetto informativo, non abbia presentato opposizione, sarebbe precluso anche il ricorso straordinario in Cassazione.

⁹⁴ Parebbe realizzarsi, in questi casi, una scissione tra il piano sostanziale e quello processuale. L'esistenza di una causa di nullità, rilevabile nel giudizio di omologazione, non può più essere pronunciata dopo l'omologazione, se non nelle forme del procedimento di impugnazione del decreto (con tutte le limitazioni che vi accedono, su cui nt. 94). La preclusione del diritto d'azione non elimina, sul piano sostanziale, la causa d'invalidità: altro è la sanatoria del vizio, altro la limitazione della sua azionabilità in giudizio. Queste considerazioni potrebbero suggerire di non escludere l'opponibilità della nullità del concordato sotto forma d'eccezione, al solo fine di paralizzare la domanda dell'attore che agisca per l'esecuzione. Data la diversità delle conseguenze in punto di formazione del giudicato, l'opponibilità in via d'eccezione della causa di nullità non minerebbe la stabilità del concordato cui è preordinata la norma sulla limitazione del diritto di azione. L'opponibilità delle cause di nullità in via d'eccezione nonostante la prescrizione della relativa azione è sostenuta – nel diverso ma analogo contesto della nullità delle delibere assembleari – da V. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, 9, p. 1181. L'A. osserva che l'eccezione di nullità potrebbe ammettersi attraverso l'interpretazione analogica della disposizione dell'art. 1442 cod. civ., che prevede l'opponibilità dell'annullabilità del contratto dalla parte convenuta per l'esecuzione anche quando sia prescritta l'azione per farla valere; l'assenza di una corrispondente disposizione per il caso della nullità trarrebbe origine dall'imprescrittibilità dell'azione di nullità delineata nel codice civile. Sulle ragioni che ci inducono a considerare analoghe le materie del concordato e delle deliberazioni di società v., *infra*, nel testo.



comune – pare contigua all’istituto delle delibere assembleari di società. Come in quelle, anche qui l’esigenza di tutela del singolo, leso dalla decisione, soccombe rispetto alla necessità di una stabilità dell’assetto convenuto⁹⁵. L’unica possibilità che esso, cristallizzatosi con l’omologazione, possa disgregarsi, è che il consenso dei creditori si sia formato in maniera non genuina in ragione di una frode del debitore proponente. Quando, cioè, vi sia *un’alterazione informativa fraudolenta*⁹⁶.

La tendenziale intangibilità del concordato omologato, il suo farsi impermeabile ad azioni volte a lamentare vizi della volontà individuale restituisce, ancora più incalzante, la necessità di garantire un’informazione adeguata *durante* il procedimento di formazione del consenso e *prima* dell’omologazione.

11. – S’è detto che la legge pare consentire ai creditori – correttamente informati – di accettare il rischio che il proprio credito sia soddisfatto in percentuale minore rispetto a quella promessa dal debitore. Legittimamente (e insindacabilmente) assunto il rischio, il creditore è, poi, chiamato a *sopportarlo*.

Su questa linea, non pare irragionevole ipotizzare che al giudizio di fattibilità del piano sia ascrivibile l’ulteriore funzione di *rendere giuridicamente tollerabile l’inadempimento*. In altre parole, la valutazione di fattibilità del piano finisce per spiegare giuridica rilevanza, oltre che come grado di completezza dell’informazione, anche come grado di tollerabilità dell’inadempimento, ponendosi come *soglia di gravità dell’inadempimento* ai fini della risoluzione del concordato.

Siffatta dimensione di rilevanza del giudizio di fattibilità si coglie muovendo dalla lettura combinata delle norme sulla relazione e sul parere del commissario giudiziale (art. 172 e 180, co. 2, l. f.) da un lato; della norma sulla gravità dell’inadempimento quale condizione della risoluzione (art. 186 l. f.), dall’altro.

Le parole dell’art. 186, nel recitare che “il concordato non si può risolvere se l’inadempimento ha scarsa importanza”, suonano in chiara assonanza con le disposizioni del codice civile che regolano la risoluzione del contratto per inadempimento. Il confronto con l’art. 1455 cod. civ., come palesa l’identità del linguaggio impiegato, così mostra l’assenza, nella disciplina della risoluzione del concordato, di riferimenti a *parametri d’apprezzamento* della gravità dell’inadempimento. La legge fallimentare tace al proposito, come tace sull’altro fatto cui il codice civile subordina la pronuncia della risoluzione del contratto: l’imputabilità dell’inadempimento al

⁹⁵ Osserva F. D’ALESSANDRO, *Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, in questa *Rivista*, 2003, 6, p. 708, che l’istanza di stabilità della società anzitutto e degli atti da essa compiuti “attraversa tutta la storia della disciplina, se non addirittura dell’intero diritto commerciale. E c’è anzi chi pensa che se questo conserva ancora tratti fisionomici propri, all’interno del più vasto ambito del diritto privato in generale, uno, e uno dei più netti, sia proprio la spiccata esigenza di stabilità”.

⁹⁶ L’art. 138 l.f. si esprime nei termini di ‘scoperta’ di dolosa esagerazione del passivo, sottrazione o dissimulazione di parte di attivo. L’erronea valutazione di fatti conosciuti prima della omologazione non legittima l’annullamento.



debitore⁹⁷.

La carenza di indicazioni normative sui criteri di misurazione della gravità dell'inadempimento, in uno con gli ostacoli che si frappongono al tentativo di colmare le lacune applicando in via analogica le norme sulla risoluzione per inadempimento recate dal codice civile⁹⁸, potrebbero suggerire di dare giuridica rilevanza al fatto che i creditori hanno accettato una proposta, cui accede uno *statuto legale dell'informazione sul rischio di inadempimento*; in più luoghi, infatti, essi hanno avuto la possibilità di figurarsi le concrete prospettive di successo dell'iniziativa e il grado di probabilità di un eventuale inadempimento del debitore.

Si ragioni sul caso in cui vi sia uno scostamento tra la percentuale offerta nella proposta e quella stimata dal commissario. Scostamento, questo, rappresentato ai creditori tramite i giudizi di fattibilità del commissario. Ora, il creditore, quando vota la proposta nonostante la relazione del commissario l'abbia allertato circa (il minore e) l'effettivo grado di soddisfazione che questi deve attendersi, mostra di accettare tanto la proposta quanto il rischio che, nella fase di esecuzione del rapporto, si realizzi lo scostamento prefigurato. Mostra, seppur implicitamente, di reputare di scarsa

⁹⁷ Nel regime previgente al d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, la risoluzione del concordato preventivo era del tutto disancorata tanto dalla gravità dell'inadempimento quanto dall'imputabilità di questo al debitore. Il giudice doveva pronunciare la risoluzione tutte le volte in cui fosse accertato l'inadempimento, senza alcun margine di discrezionalità in ordine alla valutazione della sua gravità e addebitabilità al debitore. Così, *ex multis*, Cass. civ. 7 giugno 2007, n. 13357, in *Giust. civ.*, 2008, 6, p. 1528, con nota di L. D'ORAZIO, *La risoluzione d'ufficio del concordato preventivo con cessione dei beni e la sentenza di fallimento dopo il d. lgs. n. 169 del 2007*; Cass. civ. 27 dicembre 1996, n. 11503; Cass. civ. 18 luglio 1979, n. 4169. La dottrina maggioritaria reputa che nella scelta d'inserire la norma sulla gravità dell'inadempimento vi sia la contestuale conferma dell'intendimento normativo di mantenere irrilevante il fatto della colpevolezza del debitore. Di questo avviso G. B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 3, p. 260; G. RAGO, *La risoluzione del concordato preventivo tra passato, presente e ... futuro*, in *Fallimento*, 2007, 10, p. 1215; Peraltro, alla scelta di dare rilievo alla gravità dell'inadempimento è stato attribuito il significato di un elemento che, conflueno nel solco di una modifica in senso spiccatamente negoziale del concordato, apre il varco a "una nuova iniezione di principi contrattualistici, e tra questi quello della necessità di accertare la imputabilità dell'inadempimento". In questo senso M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2007, V, p. 3405.

⁹⁸ Ci riferiamo, in particolare, alla norma che descrive il canone soggettivo di apprezzamento della gravità dell'inadempimento, disponendo che la gravità dell'inadempimento di una parte sia valutata "avuto riguardo all'interesse dell'altra" (art. 1455 cod. civ.). L'art. 186 l. f., nel subordinare la risolubilità del concordato alla non scarsa importanza dell'inadempimento – con ciò mutuando il linguaggio del codice civile – non ha replicato l'inciso relativo all'apprezzamento dell'interesse della parte *in bonis* all'adempimento. All'applicabilità in via analogica dell'ultima parte dell'art. 1455 cod. civ. potrebbe indurre la Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 169 del 2007, dove si legge che "di notevole importanza è la disposizione che, in coerenza con l'accentuata natura privatistica del concordato preventivo, condiziona la risoluzione del concordato alla non scarsa importanza dell'inadempimento. Si chiarisce, infatti, in aderenza ai principi generali, che il concordato preventivo non si può risolvere se l'inadempimento risulta essere di scarsa importanza. Si recuperano, in questo modo, tutti i principi sull'importanza dell'inadempimento contrattuale elaborati con riferimento alla norma generale di cui all'articolo 1455 del cod. civ.". Se l'esplicito riferimento alle norme del codice civile suggerisce di tentare l'*argumentum a simili* (come per l'ultima parte dell'art. 1455 così per le altre norme sulla risoluzione del contratto), da ciò dissuade l'osservazione che la disciplina della risoluzione del contratto è concepita per i contratti a prestazioni corrispettive. Il fondamento delle regole sulla risoluzione, si osserva, è proprio la reazione al malfunzionamento del sinallagma contrattuale; la difficoltà di riferire il concordato al sinallagma contrattuale classico rende problematico l'apprezzamento della gravità dell'inadempimento sia sotto il profilo dell'entità oggettiva del nocumento apportato all'equilibrio economico dell'affare, sia sotto quello dell'interesse dell'altra parte all'adempimento. Sotto il profilo oggettivo, è dubbio se la gravità dell'inadempimento debba parametrarsi all'entità della singola prestazione rimasta inadempita o all'economia generale del concordato; sul versante soggettivo (ove si ritenga di dover apprezzare anche l'interesse dei creditori all'adempimento, come riteniamo preferibile), si pone il problema dell'opportunità di guardare all'interesse del solo creditore che agisca per la risoluzione o se venga in rilievo un interesse *lato sensu* creditorio all'adempimento. Su questi due profili e sulle posizioni della dottrina sul punto cfr. le note che seguono e in part. nt. 42.



importanza l'inadempimento che consista nel pagamento di una percentuale minore di quella promessa eppure uguale o superiore a quella ipotizzata dal commissario.

Il giudice, nel valutare la gravità dell'inadempimento del debitore, dovrà considerare che l'eventualità di uno scostamento di quanto effettivamente ricevuto da quanto promesso – se in una misura compresa nella relazione del commissario giudiziale⁹⁹ – è stata prevista dai creditori e tuttavia non ha costituito un ostacolo all'espressione di un voto favorevole alla proposta.

Il giudizio di fattibilità, quindi, può operare come *soglia di gravità dell'inadempimento*, se si conviene sulle seguenti osservazioni: (i) che i creditori *prevedono* il rischio d'inadempimento, perché questo è lo specifico oggetto del giudizio di fattibilità del piano; (ii) che essi, approvando la proposta, mostrano di considerare sopportabile, e quindi tollerabile (*id est* non grave), l'eventuale inadempimento consistente nella percezione della (minor) percentuale prefigurata dal commissario.

A conforto di questa configurazione può soccorrere il rilievo per cui, in materia di risoluzione del contratto, la gravità dell'inadempimento è misurata proprio in relazione all'idea di errore di previsione del contraente *in bonis*¹⁰⁰. È stato autorevolmente osservato, al proposito, che “quando la nostra giurisprudenza deve indicare quale sia la gravità che dà luogo alla risoluzione, ricorre talora a una espressione che ci pare felice, parlando di inadempimento tale che la parte offesa, se lo avesse previsto, non avrebbe stipulato”¹⁰¹. Ebbene, come può non rilevare il fatto che qui la parte *in bonis* ha senz'altro previsto (quel)l'inadempimento, e *nonostante ciò ha stipulato?*

Alle stesse conclusioni non può pervenirsi nel caso in cui il commissario giudiziale, nella sua relazione, non si discosti dalla percentuale di soddisfazione promessa dal proponente. In questo caso, in vero, ai creditori non è sottoposta alcuna misurazione (né può darsi ponderazione e tantomeno accettazione) di un rischio d'inadempimento. Semplicemente, con l'approvazione della proposta i creditori non si esprimono sull'eventualità di ricevere una percentuale diversa da quella promessa. Né può immaginarsi che l'allineamento del commissario al proponente possa certificare il 'rischio zero' dell'operazione, che è evidentemente imprevedibile, data l'ineliminabile alea connaturata a ogni obbligazione¹⁰².

In questo caso, quindi, il giudice dovrà decidere della gravità dell'inadempimento facendo impiego dei comuni canoni d'apprezzamento oggettivo¹⁰³ e soggettivo¹⁰⁴. E qui, più che nell'ipotesi

⁹⁹ Va da sé che questo meccanismo non opera dove l'inadempimento consista nel pagamento in misura inferiore rispetto alla percentuale di soddisfazione prefigurata dal commissario.

¹⁰⁰ R. SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento* in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XVIII, p. 60

¹⁰¹ R. SACCO, *op. cit.* p. 61.

¹⁰² Se è vero che l'accettazione del rischio d'inadempimento da parte dei creditori vale come implicita indicazione di volontà sulla sua scarsa importanza, non può inferirsi il contrario, e cioè che qualsiasi scostamento dalla percentuale promessa dal debitore, da cui non si sia disallineato il commissario giudiziale, costituisca senz'altro inadempimento grave.

¹⁰³ Questo canone di valutazione ha riguardo all'entità della violazione in relazione all'economia generale del negozio, sì da accertare se l'inosservanza della condotta doverosa alteri in maniera definitiva il sinallagma contrattuale, rendendo non più giustificato il vincolo della parte *in bonis*. Così A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, ed. 2004, p. 698. Il criterio oggettivo, secondo



precedente (dove c'è un'indicazione, ancorché implicita, del ceto creditorio), i problemi interpretativi sui parametri cui ancorare la gravità dell'inadempimento si fanno più gravi, per l'accennata difficoltà di applicare al concordato criteri ritagliati sui contratti commutativi¹⁰⁵.

È appena il caso di segnalare, infine, che questo ragionamento non autorizza a reputare che il debitore sia libero di adempiere nella percentuale promessa o di pagare la minore percentuale indicata dal commissario. Egli è, e resta obbligato secondo quanto promesso nella proposta di concordato, così come potrebbe rimanere esposto alla domanda di risoluzione del concordato per inadempimento all'obbligo di esecuzione in buona fede delle obbligazioni¹⁰⁶ e a quella risarcitoria.

Le riflessioni svolte finora paiono autorizzare la conclusione che il giudice – fermo il potere officioso di 'amministrare' il procedimento di formazione del consenso – non possa, d'ufficio e *contro* la determinazione dei creditori, rifiutarsi di omologare il concordato sol perché reputa che il debitore non sarà in grado di tener fede agli impegni presi.

Ogni valutazione in merito alla convenienza della proposta formulata dal debitore è riservata dalla legge ai creditori, i quali – una volta che siano stati adeguatamente e correttamente informati in ordine al grado di fattibilità del piano proposto dal debitore – con il proprio voto favorevole assumono su di sé anche il rischio relativo agli scostamenti che, in concreto, potrebbero registrarsi tra la prestazione promessa dal debitore e la prestazione da lui effettivamente adempiuta.

Il giudizio di fattibilità, in questa prospettiva, s'inserisce nel procedimento di omologazione del concordato a servizio di una duplice finalità: rendere avvertiti i creditori della misura del rischio

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 2001, p. 962, non andrebbe riferito a qualificazioni astratte, come a es. la natura accessoria della prestazione rimasta inadempita, ma "*alla funzione e al peso che la prestazione inadempita ha nel quadro dell'economia complessiva del contratto, valutata in concreto*" (corsivo nel testo).

¹⁰⁴ Con questo criterio si apprezza l'interesse che la parte *in bonis* aveva all'adempimento della prestazione. A questo proposito V. ROPPO, *op. cit.*, p. 962, osserva come esso sia lo strumento con cui i motivi che hanno indotto la parte a stipulare il negozio, di regola irrilevanti, acquistano, in certa misura, rilevanza giuridica. In giurisprudenza è frequente l'affermazione per cui i due canoni di apprezzamento, soggettivo e oggettivo, andrebbero sempre applicati congiuntamente. Per tutti, Cass. civ. 28 marzo 1995, n. 3669, in *Arch. civ.*, 1996, p. 78.

¹⁰⁵ S'è visto come il tema dell'apprezzamento della gravità dell'inadempimento riguardi sia il profilo dell'entità oggettiva della violazione, sia quello dell'entità della violazione in relazione all'interesse del creditore. Il silenzio della legge potrebbe autorizzare, oltre al tentativo dell'applicazione analogica delle norme sulla risoluzione del contratto, l'elaborazione di autonomi criteri di determinazione della gravità dell'inadempimento. Il problema si lega all'individuazione dell'interesse cui avere riguardo per giudicare della gravità dell'inadempimento: se tale interesse assuma rilievo nella sua dimensione individuale o collettiva. Il punto è molto delicato perché, ove si ritenga che la gravità dell'inadempimento vada apprezzata con riguardo al solo interesse dell'attore, questi potrebbe caducare il concordato anche per una violazione che, seppure grave avuto alla sua posizione, sia di scarsissima influenza rispetto alla complessiva operazione concordataria. Viceversa, il canone di gravità commisurato alla complessiva economia dell'affare potrebbe autorizzare comportamenti arbitrari del debitore in sede di esecuzione del concordato. Considera irrilevante l'elemento soggettivo G. RAGO, *La risoluzione nel concordato preventivo fra passato, presente e...futuro*, *Fallimento*, 2007, 10, p. 1214, il quale s'interroga, tra le altre cose, sull'eventualità che la scarsa importanza dell'inadempimento vada valutata in relazione all'adempimento dell'intero concordato ovvero in relazione al singolo obbligo concordatario che si assume inadempito, concludendo in quest'ultimo senso. Per l'interesse al quale raffrontare l'inadempimento e per le relative indicazioni bibliografiche G. B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, *cit.*, p. 259.

¹⁰⁶ A questa conclusione dovrebbe giungersi ove si convenisse con l'opinione che vede nell'obbligo di comportarsi in buona fede nell'esecuzione del contratto, un autonomo dovere giuridico di fonte legale (art. 1375 cod. civ.) che vale a integrare il regolamento contrattuale (art. 1374 cod. civ.). La sua violazione potrebbe legittimare, stante la gravità dell'inadempimento, la risoluzione del concordato. Sulla buona fede quale criterio integrativo del regolamento contrattuale per tutti M. BIANCA, *Diritto civile*, III, 2° ed., Milano 2000, p. 501.



che, a giudizio degli organi della procedura, si lega all'esecuzione del concordato, sì da garantire l'effettività del loro consenso; fissare la soglia di gravità dell'inadempimento del debitore.