

Omologazione

Cassazione Civile, Sez. I, 12 settembre 2018, n. 29741 - Pres. C. De Chiara - Rel. E. Campese - Eure Inox S.r.l., Metalbrill di G.A.M. & C. S.a.s., Trafilerie Gerosa S.r.l. e Trafilerie San Paolo S.r.l. c. Derk S.r.l. in liquidazione, Derk S.r.l. in liquidazione e concordato preventivo, M.N. (quale commissario giudiziale del concordato preventivo di Derk S.r.l. in liquidazione)

Concordato preventivo - Omologazione - Cessione dei beni - Decreto - Opposizione - Liquidatore giudiziale - Intervento nel giudizio di reclamo - Difetto di legittimazione processuale - Nullità del procedimento - Esclusione

(Legge fallimentare artt. 180, 182 e 183).

Il decreto di omologazione della domanda di concordato preventivo con cessione dei beni ha natura immediatamente esecutiva e investe da subito il liquidatore nominato dal tribunale delle sue funzioni; pertanto, qualora detto organo concorsuale, ancorché privo di legittimazione processuale, intervenga nel giudizio di opposizione all'omologa innanzi alla Corte d'Appello, non si determina alcuna nullità del relativo procedimento di reclamo.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Società di capitali - Decisione dell'amministratore - Verbale notarile - Necessità - Organo amministrativo monocratico - Contenuto generico della determinazione - Irrilevanza

(Legge fallimentare artt. 152 e 161; cod. civ. artt. 2436 e 2479)

Nel concordato preventivo di una società di capitali la decisione di presentare la domanda di ammissione, salvo diversa previsione dello statuto, spetta all'organo amministrativo che delibera sempre con verbale notarile per esigenze di certezza della decisione in considerazione della sua importanza; nel caso di organo amministrativo monocratico, tuttavia, siffatta certezza è assicurata anche nel caso di una generica determinazione di proporre il concordato, in quanto il contenuto effettivo della proposta risulterà comunque dal ricorso sottoscritto dal medesimo legale rappresentante della società proponente.

Concordato preventivo - Deliberazione - votazione - Modifica della proposta - Procedimento di revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall. - Irrilevanza - Limite temporale

(Legge fallimentare artt. 161, 173 e 175).

Nel concordato preventivo di una società di capitali la decisione di presentare la domanda di ammissione, salvo diversa previsione dello statuto, spetta all'organo amministrativo che delibera sempre con verbale notarile per esigenze di certezza della decisione in considerazione della sua importanza; nel caso di organo amministrativo monocratico, tuttavia, siffatta certezza è assicurata anche nel caso di una generica determinazione di proporre il concordato, in quanto il contenuto effettivo della proposta risulterà comunque dal ricorso sottoscritto dal medesimo legale rappresentante della società proponente.

La Corte (*omissis*).

1. Rileva, pregiudizialmente, il Collegio che nessun dubbio può sorgere circa l'ammissibilità dell'odierno ricorso, avendo le Sezioni Unite di questa Corte affermato che il decreto con cui il tribunale definisce (in senso positivo o negativo) il giudizio di omologazione del concordato preventivo, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, ha carattere decisorio, poiché è emesso all'esito di un procedimento di natura contenziosa, ed è, quindi, idoneo al giudicato, ma, essendo reclamabile ai sensi dell'art. 183 l.fall., comma 1, non è definitivo e, quindi, soggetto a ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., comma 7, il quale è, invece, proponibile (come concretamente avvenuto nella specie) avverso il provvedimento della corte d'appello conclusivo del giudizio sull'eventuale reclamo (cfr. Cass., SU, n. 27073 del 2016) [...].

2. Il primo motivo del ricorso principale prospetta "Violazione o falsa applicazione degli artt. 100 e 112 c.p.c., artt. 180 e 182 l.fall. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3). Nullità della sentenza e del procedimento ai sensi dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia su un motivo di gravame (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4). Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)". Si assume che la corte territoriale avrebbe completamente omesso di pronunciarsi sulle eccezioni, tempestivamente proposte all'udienza di discussione del 19 novembre 2015, di carenza di legittimazione processuale del liquidatore giudiziale nel giudizio di opposizione all'omologazione del concordato preventivo e di inammissibilità della doppia costituzione di Derk s.r.l. in liquidazione, con due differenti difensori.

2.1. Tale doglianza è, nel suo complesso, non meritevole di accoglimento [...].

È indubbio che il liquidatore giudiziale nominato dal tribunale contestualmente all'omologazione del concordato preventivo non sia il rappresentante dei creditori concordatari (cfr. Cass. n. 14052 del 2015; Cass. n. 10724 del 2013; Cass. n. 6042 del 1978). Questa Corte, però, ha già affermato, sebbene in tema di concordato fallimentare (con decisione che, seppure risalente nel tempo, non risulta essere stata successivamente smentita), ma il corrispondente principio è agevolmente applicabile, per evidente identità di *ratio*, anche per l'ipotesi di omologazione di concordato preventivo, che, per effetto dell'esecutività della sentenza di omologazione del concordato fallimentare con cessione dei beni, il liquidatore nominato dal tribunale è immediatamente investito delle sue funzioni: pertanto, non inficia in alcun modo il procedimento di omologazione in grado di appello il semplice fatto che egli, quale organo preposto all'esecuzione del concordato, si costituisca in quella sede per chiedere, sulla base del parere già espresso dal commissario giudiziale e di quanti altri elementi egli stesso può fornire al giudice - il quale non è vincolato in questa materia da poteri dispositivi delle parti - che l'omologazione venga confermata (cfr. Cass. n. 6380 del 1979) [...].

3. Il secondo motivo del ricorso principale reca "Violazione o falsa applicazione dell'art. 2436 c.c., art. 152 l.fall. e art. 161 l.fall., comma 4, art. 112 c.p.c. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3). Nullità della sentenza e del procedimento ai sensi dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia su un motivo di gravame (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4). Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)". Si sostiene che la corte milanese avrebbe condiviso, in modo affatto apodittico, le conclusioni del giudice di prime cure quanto alla insussistenza di qualsivoglia legittimazione dei creditori dissenzienti a far valere eventuali irregolarità della Delib. ex art. 152 l.fall. [...]. Si afferma che l'obbligatorietà dell'atto notarile e della pubblicità legale non avrebbero niente a che vedere con la regolazione del potere decisionale, "rappresentando un innegabile *quid pluris*", e che la determina dell'amministratore di voler proporre domanda di concordato, corredata dalle relative condizioni, costituisce un presupposto processuale, sicché la mancata esplicitazione, in essa, di dette condizioni avrebbe dovuto comportare la inammissibilità della proposta [...].

3.2. Va altresì disattesa la censura di violazione degli artt. 152 e 161 nonché dell'art. 2346 c.c.

3.2.1. Giova premettere, in proposito, che, come è noto, ai sensi del combinato disposto dal testo novellato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, - art. 161, comma 4 e art. 152, comma 2, lett. b) e comma 3, - nelle società di capitali la proposta di concordato preventivo, salva diversa previsione dell'atto costitutivo o dello statuto, deve essere sempre deliberata dagli amministratori; in ogni caso, la decisione assunta dall'amministratore unico o la deliberazione del consiglio di amministrazione "deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.". Dunque, non pare possa dubitarsi che, quale che sia la composizione dell'organo gestorio (monocratico o collegiale), la decisione di

proporre una proposta di concordato deve essere sempre assunta mediante verbalizzazione curata da un notaio, e ciò in quanto la legge prescrive - esattamente come nel caso delle decisioni dei soci che comportino modifiche dello statuto sociale - che la deliberazione contenente la volontà degli organi amministrativi di proporre un concordato preventivo (come anche per il concordato fallimentare) debba essere iscritta entro trenta giorni nel registro delle imprese, una volta che il medesimo notaio verbalizzante abbia "verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge"; con la decisiva precisazione (art. 2436 c.c., comma 5) che la deliberazione "non produce effetti se non dopo l'iscrizione".

3.2.2. Scopo della suddetta disposizione, inoltre, è, evidentemente, quello di regolamentare e distribuire, all'interno dell'organizzazione sociale, il potere decisionale e di rappresentanza con riferimento alla delicata fase di "accesso" ad ogni procedura concorsuale (conservativa, liquidativa o riorganizzativa), rispetto alla quale l'impresa (fallita o in crisi) conservi una legittimazione attiva, esclusiva o anche concorrente con altri soggetti. Essa investe, quindi, tanto la scelta in sé, quanto le condizioni economiche giuridiche della soluzione concordataria e dell'eventuale "piano" in concreto adottati per prevenire o eliminare lo stato di insolvenza.

3.3. Anche per le società a responsabilità limitata (quale è, appunto, la Derk), pertanto, la decisione di proporre un concordato preventivo, salvo diversa previsione statutaria, è espressamente riservata all'organo amministrativo, mentre il codice civile riserva alla competenza dei soci, oltre alle nomine di amministratori e sindaci, soltanto le delibere di approvazione del bilancio e sulla distribuzione degli utili (art. 2479 c.c., comma 2, n. 1), nonché quelle che comportano una modifica dell'atto costitutivo o dell'oggetto sociale (art. 2479 c.c., comma 2, nn. 4 e 5), tra le quali non può di certo farsi rientrare la decisione di proporre un concordato ai creditori (cfr. Cass. n. 19009 del 2017). Va, però, precisato che l'attribuzione all'organo amministrativo del potere di deliberare sulla proposta e sulle condizioni del concordato trova pur sempre un limite ove la proposta contenga profili (nel caso di specie insussistenti) di ristrutturazione o operazioni tali da richiedere l'intervento dell'assemblea (quando, ad esempio, vengano in considerazione l'aumento di capitale sociale, l'emissione di obbligazioni, il compimento di operazioni straordinarie, lo scorporo dell'azienda etc.).

3.4. Muovendo, dunque, da tali premesse, e precisandosi che l'odierna controversia riguarda un concordato preventivo domandato alla stregua di quanto sancito dall'art. 161 l.fall., commi 1 e 2, va subito rilevato che, nella specie, le ricorrenti lamentano che "la determina del liquidatore di Derk s.r.l. non enuncia in alcun modo le "condizioni del concordato"..." (cfr. pag. 10 del ricorso).

3.4.1. Osserva, allora, il Collegio che, quanto al contenuto della determina dell'organo amministrativo, può ragionevolmente distinguersi l'ipotesi in cui essa sia adottata (come avvenuto nella specie, - cfr. *amplius*, pag. 15 del ricorso - incontestata essendo la circostanza che al liquidatore della Derk s.r.l., fosse attribuito anche questo

potere) da un organo amministrativo monocratico da quella in cui un siffatto organo abbia struttura collegiale.

3.4.2. Il requisito di forma (cioè il verbale notarile, non l'iscrizione al registro delle imprese, che attiene alla pubblicità degli atti societari e ne segue ratio e disciplina, qui non rilevanti) della determina, infatti, è chiaramente previsto per esigenze di certezza della decisione in considerazione della sua importanza.

3.4.2.1. Nel caso di organo monocratico, coincidente con l'organo rappresentativo della società, questa esigenza di certezza può, allora, dirsi ampiamente soddisfatta anche con una determina generica di proporre il concordato preventivo, atteso che, poi, il contenuto della proposta è rinvenibile nel ricorso, anch'esso sottoscritto dal debitore, dunque dal rappresentante legale della società (oltre che da iscrivere nel registro delle imprese): nessun senso, quindi, avrebbe, dopo la presentazione della domanda di concordato, il dichiararla inammissibile solo perché la determina riportata nel verbale notarile non ne indicasse il contenuto, essendo ormai quest'ultimo noto, oltre che (per quanto di ulteriore specifico interesse in queste sede) certo che l'avesse deciso l'organo - nella specie, il liquidatore della Derk s.r.l., pacificamente munito del relativo potere - competente.

3.5. Diversa, invece, potrebbe essere l'ipotesi della determina di organo collegiale (consiglio di amministrazione), atteso che, in tal caso, la domanda concordataria è sottoscritta solo dal suo presidente (non da tutto il consiglio) [...].

3.6. Dalle esposte considerazioni deriva, pertanto, l'infondatezza anche di questo profilo del secondo motivo del ricorso principale, e, conseguentemente, l'assorbimento del primo motivo di ricorso incidentale condizionato della Derk s.r.l. in liquidazione e concordato preventivo, denunciante per l'ipotesi di accoglimento del primo motivo di quello principale, la questione se, per effetto dell'introduzione, da parte del d.l. n. 82 del 2012, del comma 6 dell'art. 161 l.fall., - che consente la presentazione della domanda di concordato cd. in bianco, con riserva, cioè, di depositare successivamente la proposta ed il piano concordatario - sia ancora effettivamente sussistente l'obbligo di esplicitare, nella deliberazione ex art. 152, comma 2, lett. e, l.fall., le condizioni della proposta concordataria.

5. Il quarto motivo del ricorso principale prospetta "Violazione o falsa applicazione dell'art. 161 l.fall., comma 3, art. 173 e art. 175 l.fall., comma 2, art. 112 c.p.c. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3). Nullità della sentenza e del procedimento ai sensi dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia su un motivo di gravame (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4) o falsa applicazione di norme di diritto, in particolare dell'art. 38 l.fall. e artt. 115 e 116 c.p.c.". Si sostiene che la corte *a quo* avrebbe, innanzitutto, erroneamente ritenuto che la prestazione delle fidejussioni, da parte del debitore concordatario, era avvenuta prima dell'udienza ex art. 173 l.fall., fissata a seguito dell'apertura d'ufficio nel subprocedimento conseguente alle criticità del piano rilevate dal commissario, mentre, in realtà, ciò era accaduto in pendenza di quel procedimento, la cui apertura, avendo

l'effetto di rendere "inoperante" la procedura di concordato, non permetteva il compimento di operazioni relative al concordato stesso. Si afferma, poi, che altrettanto erroneamente la corte lombarda aveva escluso che la presentazione, in quella sede, delle fidejussioni suddette configurasse una non più consentita modifica dell'originaria proposta concordataria.

5.1. La riportata doglianza è, nel suo complesso, non meritevole di accoglimento [...].

[Il tribunale] assumendo che l'aver la proponente il concordato presentato fidejussioni, nel corso del subprocedimento ex art. 173 l.fall., non costituiva nuova proposta, ma rafforzava e migliorava le prospettive di realizzo dei creditori in base alla proposta già depositata - aveva, invero, dichiarato il non luogo a provvedere in ordine alla segnalazione del commissario giudiziale dalla quale aveva preso avvio il subprocedimento ex art. 173 l.fall., destinato alla verifica delle situazioni negative segnalate dall'organo della procedura ma sul presupposto della permanenza delle ivi evidenziate criticità, le quali, invece, se, come accaduto nelle more, superate, legittimavano a pieno titolo la prosecuzione della procedura [...].

5.3. Va, poi, osservato che, secondo la formulazione dell'art. 175 l.fall., comma 2, nel testo, qui applicabile *ratione temporis*, anteriore alla riforma introdotta dal già citato D.L. n. 83 del 2015, le modifiche alla proposta di concordato sono ammissibili fino al momento di apertura delle operazioni di voto. A sua volta, il subprocedimento ex art. 173 l.fall., investe l'accertamento dei fatti che potrebbero condurre alla revoca dell'ammissione al concordato. Nessuna norma, invece, sancisce che l'apertura del menzionato subprocedimento determini, addirittura, la sospensione della procedura di concordato, né una siffatta affermazione è ricavabile da Cass. n. 8575 del 2015 (richiamata a pag. 23 del ricorso).

5.3.1. Se è vero, dunque, che, pendendo quel subprocedimento, la procedura di concordato non può proseguire (in particolare, non può farsi luogo all'adunanza dei creditori, che, pertanto, va all'occorrenza rinviata), perché sarebbe inutile, ciò, però, non significa che il suo temporaneo arresto comporti, al tempo stesso, l'impossibilità, ancor prima dell'inizio delle operazioni di voto, di iniziative, meramente rafforzative e migliorative delle prospettive di realizzo dei creditori in base alla proposta già depositata, volte a superare la situazione negativa rilevata dal commissario, in conseguenza della quale si è aperto il subprocedimento che potrebbe condurre alla revoca dell'ammissione al concordato. La funzione del suddetto subprocedimento, invero, è proprio quella di accertare non solo se le criticità sussistevano al momento in cui il commissario le ha rilevate, ma anche se continuano ad esistere, essendosi in presenza di condizioni dell'azione necessarie per l'accoglimento della domanda, - che, pertanto, come è noto, è sufficiente che sussistano al momento della decisione - e non di presupposti processuali che, invece, devono esistere al momento della proposizione della domanda.

5.4. È indubbio, poi, che qualsiasi modifica sostanziale della proposta o del piano deve essere accompagnata dalla relazione dell'attestatore, come prevede l'art. 161 l.fall.,

comma 3, ultimo periodo. È anche vero, però, che la relazione dell'attestatore deve riguardare, giusta l'art. 161, comma 3, primo periodo, della citata disposizione, "la veridicità dei dati aziendali" e "la fattibilità del piano".

5.4.1. Può, allora, agevolmente osservarsi che la modifica di cui oggi si controverte (presentazione di fideiussioni) non ha alcuna connessione con i "dati aziendali" e la loro veridicità, né attiene al piano, che non viene modificato, o quantomeno non viene modificato in maniera "sostanziale": resta un piano di liquidazione (come quello originario, rimasto immutato), anche se integrato dalla fideiussione,

la quale, essendo appunto puramente integrativa ed accessoria, non può dirsi sostanzialmente modificativa dello stesso, non imponendosi, pertanto, l'ulteriore attestazione di cui al citato art., comma 3, ultimo periodo [...].

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato della Derk s.r.l. in liquidazione e concordato preventivo [...].
(*omissis*).

Concordato preventivo, organi sociali e deliberazione della proposta

di Federico Canazza

La Corte di cassazione è intervenuta precisando e confermando alcuni principi che contraddistinguono la procedura prevista dall'art. 160 e seguenti della legge fallimentare, prendendo le mosse dalla sua fase introduttiva, ossia ammettendo la possibilità che la determina iniziale *ex art. 152 l.fall.* possa essere caratterizzata da una certa genericità qualora l'organo amministrativo abbia natura monocratica, per poi riconoscere come legittime le modifiche (*rectius* integrazioni) alla proposta concordataria - di natura non "sostanziale" - intervenute nel contesto del *sub*-procedimento disciplinato dall'art. 173, R.D. 16 marzo 1942, n. 267. La Suprema Corte ha altresì confermato in via preliminare l'ammissibilità del ricorso *ex art. 111*, settimo comma, della Costituzione avverso il provvedimento emanato dalla Corte d'Appello in conclusione del giudizio di reclamo di cui all'art. 183 legge fallimentare, ritenendo irrilevante la costituzione - in assenza di legittimazione in tal senso - del liquidatore giudiziale in tale fase.

Ricorribilità per cassazione della decisione assunta dalla Corte d'Appello *ex art. 183 l.fall.*

La Suprema Corte, nell'affrontare le tematiche sottoposte alla sua attenzione, ha preso in esame - in via pregiudiziale - la questione afferente alla ricorribilità per cassazione, o meno, della decisione emessa dalla Corte d'Appello al termine della procedura di reclamo avverso il decreto con il quale il Tribunale ha deciso in ordine all'omologazione della procedura concordataria *ex art. 180*, comma 5, l.fall.

I Giudici di legittimità, al riguardo, hanno inteso ribadire il principio procedurale dai medesimi già affermato in passato, ossia che la decisione della Corte d'Appello che conferma il rigetto dell'opposizione all'omologa del

concordato preventivo è soggetta a ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost. (1).

La predetta conclusione, invero, non si discosta dai precedenti che hanno riconosciuto l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso tutti quei provvedimenti che, pur avendo forma diversa dalla sentenza, presentino tuttavia i requisiti della decisorietà e della definitività (2).

Il rimedio in parola è infatti ammesso avverso quei provvedimenti che abbiano il carattere della decisorietà, che consiste nell'attitudine del provvedimento medesimo ad incidere sui diritti soggettivi delle parti con la peculiare efficacia che deriva dal passaggio in giudicato del provvedimento stesso (3), il quale, a sua

(1) Cfr. F. Rasile, *Reclamo*, in Aa.Vv., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 768; P.F. Censoni, *La revoca del concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio - B. Sassani, IV, Milano, 2016, 352; F.S. Filocamo, *Art. 183. Reclamo*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 2647; E. Frascaroli Santi, *Il giudizio di omologazione. L'esecuzione. La risoluzione e l'annullamento*, in Aa.Vv., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, IV, Torino, 2014,

756, e G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 626 e 627.

(2) A. Audino, *Art. 183. Reclamo*, in Aa.Vv., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2009, 1093.

(3) Cass. 1° dicembre 1994, n. 10254, in *Pluris*, ha precisato che, affinché un provvedimento abbia natura decisoria - e sia quindi impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. -, non è sufficiente che "il provvedimento incida su diritti soggettivi

volta, è effetto tipico della giurisdizione contenziosa, di quella, cioè, che si esprime su una controversia, anche solo potenziale, fra parti contrapposte, chiamate perciò a confrontarsi in contraddittorio nel processo.

L'impugnabilità in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. di un provvedimento che non riveste la forma della sentenza non è peraltro indotta in via esclusiva dal suo carattere decisorio: è, infatti, altresì necessario che lo stesso abbia un ulteriore requisito, quello della definitività, ossia che non sia soggetto a un diverso mezzo d'impugnazione (*i.e.* appello, reclamo, ecc.), dovendosi in tal caso esperire anzitutto tale mezzo.

In una recente pronuncia, le Sezioni Unite hanno condensato i principi testé delineati, da un lato, ribadendo che “un provvedimento, ancorché emesso in forma di ordinanza o di decreto, assume carattere decisorio - requisito necessario per proporre ricorso ex art. 111 Cost. - quando pronuncia o, comunque, incide con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, con la conseguenza che ogni provvedimento giudiziario che abbia i caratteri della decisorietà nei termini sopra esposti, nonché della definitività - in quanto non altrimenti modificabile - può essere oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost.” e, dall'altro, precisando che “se il provvedimento al quale il processo è preordinato non ha carattere decisorio perché, non costituendo espressione del potere-dovere del giudice di decidere controversie tra parti contrapposte, in cui ciascuna tende all'accertamento di un proprio diritto soggettivo nei confronti dell'altra, non ha contenuto sostanziale di sentenza” (4).

La *ratio* della conclusione adottata con la pronuncia n. 29741 del 12 settembre 2018 è da ricondurre ad un'analisi delle caratteristiche e delle peculiarità del giudizio di omologazione della proposta di concordato e dell'eventuale fase di reclamo avanti la Corte d'Appello avendo a

mente i principi sopra rammentati, tant'è che la Suprema Corte è giunta ad affermare la ricorribilità per cassazione del provvedimento che conclude il procedimento di cui all'art. 183 l.fall. attraverso la comparazione con il decreto con cui il Tribunale definisce il giudizio di omologazione del concordato preventivo, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore (5).

La struttura della procedura ex art. 180 l.fall., infatti, ha carattere contenzioso e si contraddistingue per l'esistenza di un vero e proprio contraddittorio tra parti contrapposte (6).

Il decreto del Tribunale che conclude il procedimento ex art. 180 l.fall., però, pur essendo idoneo al giudicato ed assumendo carattere decisorio, non risulta impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. alla luce del fatto che difetta del requisito della definitività, in quanto è espressamente soggetto al reclamo di cui al primo comma dell'art. 183 l.fall. (fermo il fatto che tale considerazione è valida limitatamente all'ipotesi nella quale siano state proposte opposizioni, posto che, in caso contrario - e, quindi, in difetto di opposizioni -, ai sensi dell'art. 180, comma 3, l.fall., il tribunale omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame: in tal caso, “è ammissibile il ricorso immediato per cassazione ex art. 111 Cost., trattandosi di decreto dotato dei caratteri della decisorietà e della definitività, in quanto obbligatorio per i creditori, di cui determina una riduzione delle rispettive posizioni creditorie” (7)).

Al contrario, il provvedimento emesso dalla Corte d'Appello, all'esito del giudizio sul reclamo, pur avendo in comune con il decreto *ab origine* impugnato il carattere decisorio, non essendo altrimenti impugnabile - e a prescindere dalla circostanza di non avere la forma della sentenza (8) -, avendo natura potenzialmente definitiva (9), potrà essere oggetto di

(ciò accadendo anche per la giurisdizione cautelare o esecutiva e anche per gli atti non giurisdizionali), ma occorre che esso decida una controversia su diritti soggettivi o status, con attitudine al giudicato o, quanto meno, con preclusione pro iudicato”.

(4) Cass., SS.UU., 2 febbraio 2016, n. 1914, in *Giur. it.*, 2016, 1371.

(5) Cfr. Cass., SS.UU., 28 dicembre 2016, n. 27073, in *Foro it.*, 2017, I, 1338.

(6) I. Pagni, *Articolo 183. Reclamo*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, 2582 e 2583, la quale reputa che “[L]’adozione delle forme camerale per il primo ed il secondo grado di giudizio, pur con la ricorribilità in cassazione del provvedimento che quel giudizio conclude, permette di dipingere l’omologazione come forma

di intervento giurisdizionale tutto interno al sistema fallimentare, privo di attitudine al giudicato e tuttavia dotato di ... stabilità”.

(7) Cfr. Cass. 8 gennaio 2019, n. 208, in *Pluris*, e Cass. 15 maggio 2011, n. 15699, in questa *Rivista*, 2011, 1291, la quale ha affermato il predetto principio riferito all'ipotesi in cui sia la stessa debitrice a censurare il decreto di omologa, con il che potrebbe dubitarsi che il creditore, che non abbia proposto opposizione, possa ricorrere direttamente in cassazione.

(8) Sulla natura sostanziale dei provvedimenti ricorribili per cassazione, si veda I. Pagni, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato e accordi nella prospettiva delle Sezioni unite*, in questa *Rivista*, 2017, 542 ss.

(9) S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in Aa.Vv. *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, tomo II, Torino, 2009, 1887 e 1888; *contra* A.M. Perrino, *Articolo*

ricorso straordinario per cassazione (nel termine di trenta giorni (10)).

Il procedimento di omologazione, alla luce della possibilità - ammessa dalla Suprema Corte - di promuovere ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. avverso il provvedimento della Corte d'Appello che definisce la fase di reclamo, risulta quindi potenzialmente connotato da tre "gradi": due di merito, ossia il giudizio di omologazione avanti il Tribunale e quello di reclamo in Corte d'Appello, ed uno di legittimità (11).

Irrilevanza della carenza di legittimazione processuale del liquidatore nel giudizio ex art. 183 l.fall.

La Suprema Corte, confermata la propria autorità a conoscere del giudizio *de quo*, ha esaminato la questione attinente alla legittimazione, o meno, del liquidatore a costituirsi - e, quindi, a partecipare - al giudizio di reclamo di cui all'art. 183 l.fall.

Al riguardo, in via preliminare, occorre invero rammentare come l'art. 182 l.fall. disponga che, qualora siano previste cessioni di beni, il Tribunale - con il decreto di omologazione - debba nominare uno o più liquidatori (oltre al comitato dei creditori) (12).

Tale norma va letta unitamente al comma 5 dell'art. 180 l.fall., il quale, oltre a disporre che il Tribunale - all'esito del giudizio di omologazione - provvede con decreto motivato comunicato al debitore e al commissario giudiziale (che - a sua volta - ne dà notizia ai creditori), precisa che il decreto in parola "è *pubblicato a norma dell'articolo 17 ed è provvisoriamente esecutivo*" (13).

Così disponendo la legge fallimentare, non può revocarsi in dubbio l'affermazione dei Giudici di legittimità secondo la quale, per effetto dell'esecutività del provvedimento di omologazione del concordato fallimentare con cessione dei beni, il liquidatore nominato dal Tribunale viene immediatamente investito delle sue funzioni (14).

Alla luce di tale premessa, prescindendo dalla qualificazione giuridica che si vuole attribuire al liquidatore - mandatario del debitore (15), organo della procedura (16), ovvero coadiutore del Tribunale (senza rivestire la carica di pubblico ufficiale) (17) - e dall'assenza di un rapporto organico tra società sottoposta a procedura e il liquidatore stesso (18), ciò che la pronuncia in commento evidenzia è la circostanza che, nonostante non manchino sentenze che hanno considerato il liquidatore alla stregua di un mandatario dei

183. *Reclamo*, in Aa.Vv., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa Transfrontaliera. Normativa Tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 2534, la quale ritiene che "[Q]ualora sia impugnato il decreto di omologazione e la corte di appello rigetti il reclamo, il provvedimento non sembra ricorribile in cassazione perché privo di definitività, essendo rimessa al tribunale la gestione della risoluzione della crisi d'impresa".

(10) C. Palmerio, *Le fasi della procedura*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 745. In giurisprudenza, Cass. 21 giugno 2016, n. 12819, in *Pluris*, ha precisato che: "[I]n tema di concordato preventivo, al decreto emesso, ai sensi dell'art. 183, 1° comma, l.fall., dalla corte d'appello, che decida sul reclamo avverso il decreto di omologazione, si applica il rito camerale di cui agli art. 737 e seg. c.p.c., sicché è ricorribile per cassazione entro il termine ordinario di sessanta giorni, decorrenti dalla data di notificazione dello stesso, non potendo applicarsi per analogia la disciplina prevista per il concordato fallimentare dall'art. 131 l.fall. e riformata con il D.Lgs. n. 169 del 2007, attesa la compiutezza della disciplina del concordato preventivo e la diversità dei presupposti oggettivi in cui interviene la rispettiva omologazione (impresa fallita da un lato e *in bonis* dall'altro)".

(11) C. Rivolta - P. Pajardi, *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in Aa.Vv., *Codice del fallimento*, a cura di M. Bucchiola - A. Paluchowski, Milano, 2013, 2019.

(12) La medesima previsione è dettata dall'art. 114, comma 1, del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza".

(13) Cfr. F.S. Filocamo, *Art. 180. Giudizio di omologazione*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 2647S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 541; M. Vitiello, *L'omologazione del concordato*, in S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M. Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 179 e 205;

A. Caiafa, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Roma, 2016, 492; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 623; C. Palmerio, *Le fasi della procedura*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 743; S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in Aa.Vv. *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 1885; I. Pagni, *Articolo 179. Mancata approvazione del concordato - Articolo 180. Giudizio di omologazione - Articolo 181. Chiusura della procedura*, in Aa.Vv., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 124-215 e Disposizioni Transitorie*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 734, e S. Casonato, *Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 579.

(14) Pare che la tesi possa trovare conferma anche per il futuro, in quanto l'art. 48, sesto comma, del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza" prevede che la sentenza che omologa il concordato produca i propri effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p.c., ossia dal deposito in cancelleria (fermo restando che gli effetti nei riguardi dei terzi si produrranno dalla data di iscrizione nel registro delle imprese).

(15) Cass. 9 maggio 1958, n. 1519, in *Riv. it. dir. comm.*, 1959, II, 85.

(16) C. Celoria - P. Pajardi, *Commentario della legge fallimentare*, Milano, 1963, 926-965.

(17) C. Rivolta - P. Pajardi, *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in Aa.Vv., *Codice del fallimento*, a cura di M. Bucchiola - A. Paluchowski, Milano, 2013, 2022.

(18) A.M. Perrino, *Articolo 182. Cessioni*, in Aa.Vv., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa Transfrontaliera. Normativa Tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 2373 e 2374.

creditori (19), egli non può essere ritenuto in alcun modo come un “*rappresentante dei creditori concordatari*”.

Al riguardo i Giudici di legittimità richiamano la distinzione recentemente operata in tema di successioni tra procedure concorsuali e dei relativi organi, che riconosce una diversità sostanziale tra il liquidatore, tipico del concordato preventivo con cessione dei beni, e il curatore, proprio del fallimento, in quanto, mentre quest'ultimo rappresenta il ceto creditorio e sta in giudizio nelle controversie patrimoniali relative al fallimento, nel concordato preventivo rilevano esclusivamente i singoli creditori - e non la massa - così che il debitore non perde la sua capacità processuale (20).

Tale interpretazione trova la propria *ratio* in (almeno) due, specifiche, considerazioni, ossia:

(i) l'inopportunità di procedere ad un'equiparazione assiomatica della procedura di concordato preventivo (con cessione dei beni) al fallimento, atteso che la procedura concordataria non comporta la perdita della capacità processuale e/o della legittimazione attiva o passiva dell'imprenditore, sicché non può ravvisarsi in capo al liquidatore giudiziale un potere analogo a quello che, nel fallimento, spetta al curatore;

(ii) la procedura di concordato preventivo mediante cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione (21), con la conseguenza che il debitore cedente conserva il diritto di esercitare le azioni e di resistervi, nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio, e, solo quando il debitore ammesso al concordato con cessione dei beni sia convenuto in giudizio con azione di condanna, si è talora ritenuta necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti del liquidatore nominato

dal Tribunale, qualora la controversia investa lo scopo liquidatorio della procedura (22).

La Suprema Corte è più volte intervenuta per delineare la “linea” che separa - nell'ambito del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori - la legittimazione originaria del debitore da quella del liquidatore, precisando, da un lato, che il liquidatore stesso non ha la legittimazione ad agire o resistere, in relazione ai giudizi di accertamento delle ragioni di credito e pagamento dei relativi debiti, ancorché influenti sul riparto che segue le operazioni di liquidazione, potendo, al più, spiegare intervento, in quanto la legittimazione processuale spetta all'imprenditore sottoposto al concordato preventivo, che, invero, prosegue l'esercizio dell'impresa durante lo svolgimento della procedura (23), e, dall'altro, che, qualora il creditore agisca proponendo non solo una domanda di accertamento del proprio diritto, ma anche una domanda di condanna o comunque idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato, alla legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca quella del liquidatore giudiziale dei beni, quale contraddittore necessario (24).

In definitiva, non attribuendo l'art. 182 l.fall. alcun potere di rappresentanza della massa dei creditori al liquidatore, la legittimazione processuale di quest'ultimo dovrà ritenersi limitata a quei giudizi attinenti allo scopo liquidatorio della procedura e che si sostanziano nell'acquisizione di beni alla massa attiva, ovvero nella possibilità di alienare gli stessi (25).

In tale contesto, non può negarsi che, nel giudizio di reclamo avverso il provvedimento di omologa, legittimati passivi risultano essere il debitore, il commissario giudiziale e le parti costituite (26), ma non il liquidatore (27).

Ciò detto, la Suprema Corte, ponendosi sostanzialmente in linea con i principi sopra richiamati e con

(19) Trib. Roma 16 aprile 2003, in questa *Rivista*, 2003, 1233 e, più recentemente, Cass. 13 dicembre 2013, n. 27897, in *Pluris*.

(20) Cass. 8 maggio 2013, n. 10724, in *Pluris*.

(21) P. Marano, *Articolo 182. Provvedimenti in caso di cessione dei beni*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, 2529.

(22) Cfr. Cass. 12 maggio 2010, n. 11520, in *Pluris*.

(23) Cass., Sez. trib., 28 luglio 2017, n. 18823, in *Mass. Foro it.*, 2017, 625, e Cass. 4 settembre 2015, n. 17606, in *Mass. Foro it.*, 2015, per la quale: “[I]n caso di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, il liquidatore ha legittimazione processuale nelle sole controversie relative a questioni liquidatorie e distributive, e non anche in quelle di accertamento delle ragioni di credito e pagamento dei relativi debiti, ancorché influenti sul riparto che segue le operazioni di liquidazione, atteso che, in queste ultime può, ove esperite nei confronti del debitore

cedente, spiegare intervento senza essere litisconsorte necessario”.

(24) Cass., Sez. lav., 27 luglio 2006, n. 17159, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1557.

(25) S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, 141; A. Caiafa, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Roma, 2016, 497, e C. Palmerio, *Le fasi della procedura*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 722 e 747.

(26) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 626, e S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in Aa.Vv. *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, tomo II, Torino, 2009, 1887.

(27) A. Audino, *Art. 183. Reclamo*, in Aa.Vv., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2009, 1092.

una propria, risalente, pronuncia in termini (28), ha ritenuto, fermo il riconoscimento dell'immediata investitura del liquidatore a seguito dell'esecutività che caratterizza il decreto emesso ai sensi del comma 5 dell'art. 180 l.fall., che, seppur non legittimato, in quanto la procedura di reclamo di cui all'art. 183 l.fall. non è in alcun modo assimilabile ai giudizi attinenti allo scopo liquidatorio del concordato preventivo con cessione di beni, qualora il liquidatore si costituisca nel procedimento di omologazione in grado di appello, ciò non potrà comportare alcuna nullità del relativo giudizio, in quanto - nella sostanza - l'intervento spiegato dal liquidatore non può che essere inteso come *ad adiuvandum*, senza poter così incidere in alcun modo sulla sostanza del procedimento e senza poter quindi determinare alcuna conseguenza negativa rispetto alla ritualità del giudizio *de quo*.

Ammissibilità della proposta concordataria in caso di determina generica dell'organo amministrativo monocratico

Ulteriore questione affrontata dalla Corte di cassazione riguarda l'ammissibilità, o meno, della proposta concordataria qualora questa sia stata preceduta da una determina dell'amministratore unico della società debitrice nella quale le condizioni caratterizzanti il piano concordatario non siano state debitamente esplicitate.

Il quesito coinvolge, sotto il profilo delle fonti, la corretta interpretazione ed applicazione del disposto dell'art. 152 l.fall. - espressamente richiamato dal comma 4 dell'art. 161 l.fall. -, che, in tema di approvazione e sottoscrizione della domanda, prevede che la proposta di concordato sia sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza della società e che, specificamente, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, la proposta stessa e le connesse condizioni siano deliberate dagli

amministratori (29), dovendo, la relativa decisione o deliberazione risultare da verbale redatto da notaio ed essere depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c. (30).

Quanto sopra rappresenta l'abbandono - rispetto al passato - della regola secondo la quale la proposta e le condizioni del concordato nelle società di capitali dovevano essere approvate dall'assemblea straordinaria, salvo delega espressa agli amministratori: la scelta di "sovvertire" il sistema testé rammentato è stata dettata dalla volontà, per un verso, di favorire l'adozione di procedure semplificate per ricorrere a soluzioni concordatarie dell'insolvenza nonché, dall'altro, di aderire al principio di c.d. "spettanza esclusiva" agli amministratori dei poteri di gestione dell'impresa in coerenza con quanto previsto dall'art. 2380 *bis* c.c. (31).

La stessa Relazione governativa al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha espressamente indicato come si fosse ritenuto preferibile, in adesione alla "tendenza" legislativa che emergeva dalla riforma del diritto societario, assegnare agli amministratori delle società di capitali il potere di richiedere l'ammissione al concordato.

Alla luce di quanto precede può condividersi l'affermazione dei Giudici di legittimità secondo la quale il proposito dell'art. 152 l.fall. è di regolamentare e distribuire, all'interno dell'organizzazione sociale, il potere decisionale e di rappresentanza con riferimento alla fase di "accesso" alla procedura concorsuale.

La previsione di cui all'art. 152 l.fall. non pare però - per certi versi - considerare adeguatamente le peculiarità delle società a responsabilità limitata che, spesso, si connotano per la sussistenza di un rapporto assai stringente tra soci ed amministratori che può condurre ad ingerenze, ovvero a sovrapposizioni di ruoli, soprattutto qualora si consideri il dettato dell'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., che attribuisce alla competenza esclusiva dei soci le decisioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (32).

(28) Cass. 10 dicembre 1979, n. 6380, in *Pluris*, la quale per prima rilevò che, per effetto dell'esecutività del provvedimento di omologazione in caso di concordato con cessione dei beni, "il liquidatore è immediatamente investito delle sue funzioni: e non inficia in alcun modo il procedimento di omologazione in grado di appello il semplice fatto che egli, quale organo preposto, da quella sentenza, all'esecuzione del concordato si costituisca in quella sede per chiedere, sulla base del parere già espresso dal commissario giudiziale e di quanti altri elementi egli stesso può fornire al giudice (il quale, peraltro, in questa materia non è vincolato da poteri dispositivi delle parti) che l'omologazione venga confermata".

(29) Cass. 31 luglio 2017, n. 19009, in *Pluris*.

(30) Cfr. M. Nobili, *Domanda di concordato e sua ammissibilità o inammissibilità*, in Aa.Vv., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 678.

(31) F. Guerrera, *Articolo 152. Proposta di concordato*, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, 2210 e 2211.

(32) Cfr. E. Bertacchini, *Art. 152. Proposta di concordato*, in Aa. Vv., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2009, 903 e 904.

La Corte di cassazione, al riguardo, ha ritenuto di puntualizzare che la riserva di competenza attribuita ai soci dal codice civile non può *in thesi* - e come nel caso di specie - interessare la decisione di proporre un concordato ai creditori, precisando che il principio testé richiamato trova un limite qualora la proposta contenga profili di ristrutturazione o preveda operazioni tali da richiedere l'intervento dell'assemblea, come nel caso in cui vengano in considerazione l'aumento di capitale sociale, l'emissione di obbligazioni, il compimento di operazioni straordinarie, ecc. (33). La circostanza, poi, che la decisione o la deliberazione dell'organo amministrativo - sia esso di natura collegiale, ovvero monocratico (34) - debba risultare da verbale redatto da notaio ed essere depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c. garantisce non solo adeguata pubblicità, ma, soprattutto, certezza in ordine alla decisione e alla successiva proposta in considerazione della loro importanza.

La Suprema Corte, nel ribadire come la disciplina dettata dall'art. 152 l.fall. sia rivolta all'organo amministrativo delle società di capitali - sia esso di natura collegiale ovvero monocratico -, ha precisato che, in tal ultimo caso, l'esigenza di certezza sopra descritta - e che si concretizza nell'obbligo della verbalizzazione notarile ex art. 2436 c.c. - può considerarsi soddisfatta anche nel caso in cui la determina riguardante la volontà di proporre il concordato preventivo risulti generica, in quanto il contenuto della proposta sarà rinvenibile nel ricorso, che verrà sottoscritto dal medesimo soggetto, senza così lasciare adito a dubbi sulla conoscenza effettiva da parte di costui dei contenuti del piano concordatario.

La Corte di cassazione ha, poi, - correttamente - evidenziato come la conclusione testé riportata non possa invece trovare applicazione qualora risulti

indeterminata o, comunque, non contenga le condizioni della proposta la delibera assunta dall'organo amministrativo nel caso in cui quest'ultimo abbia natura collegiale: in tale ipotesi, invero, solo il legale rappresentante della società che andrà a sottoscrivere il piano concordatario avrà contezza dei suoi contenuti, mentre non potrà dirsi lo stesso per gli altri membri dell'organo amministrativo, il che condurrebbe, evidentemente, a ritenere inammissibile la proposta.

A tale esito pare si debba ragionevolmente pervenire (anche) in tutti i casi, sebbene non richiamati nella sentenza in commento, in cui lo statuto sociale preveda - ai sensi e per gli effetti dell'art. 2475, comma 3, c.c. - l'attribuzione dei poteri gestori in via disgiunta tra le persone che costituiscono l'organo amministrativo.

Pare opportuno altresì un accenno ad un quesito che la Corte ha ritenuto assorbito nella decisione testé esaminata concernente la legittimità di una determina dell'amministratore unico della società debitrice nella quale le condizioni caratterizzanti il piano concordatario non siano state compiutamente esplicitate, ossia la questione se, per effetto dell'introduzione, da parte del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, del comma 6 dell'art. 161 l.fall. (35), che consente la presentazione della domanda di concordato c.d. "in bianco" (con riserva, cioè, di depositare successivamente la proposta ed il piano concordatario), sia ancora sussistente l'obbligo di esplicitare, nella deliberazione ex art. 152, comma 2, l.fall., le condizioni della proposta concordataria.

La discussione che verte sostanzialmente sulla necessità di rispettare le formalità previste dalla legge fallimentare, ossia l'assunzione della decisione da parte dell'organo competente, la verbalizzazione notarile e la pubblicità, anche ai fini della

(33) Cfr. G. Minutoli, *Art. 152. Proposta di concordato*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 1953.

(34) L. Gaffuri, *Del fallimento delle società*, in Aa.Vv., *Codice del fallimento*, a cura di M. Bucchiola - A. Paluchowski, Milano, 2013, 1837, e V. Caridi, *Articolo 152. Proposta di concordato*, in Aa.Vv., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, tomo II, Torino, 2006, 941.

(35) In futuro, il concordato c.d. "in bianco" verrà disciplinato in maniera simile ad oggi dell'art. 44 del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza", che, al primo comma, lett. a), prescrive che il tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronunci decreto con il quale, "se richiesto, fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni, entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art.

39, comma 1 [id est: le scritture contabili e fiscali obbligatorie; le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata; i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività; l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto; nonché un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi], oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti" e, all'ultimo comma prevede che, per le società, la domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti e la domanda di concordato preventivo debbano essere approvate e sottoscritte a norma dell'articolo 265, il quale, a sua volta, riprende l'attuale formulazione dell'art. 152 l.fall.

presentazione della domanda di concordato con riserva, può trovare (almeno) tre differenti risposte. Una prima soluzione risiede nella constatazione che la *ratio* sottesa al predetto art. 152 l.fall. è quella di garantire che un passo importante, quale - per l'appunto - quello dell'accesso al concordato preventivo, in quanto la proposizione della domanda c.d. "con riserva" comporta non solo l'esteriorizzazione dello stato di crisi, ma effetti sostanziali, quali - a titolo esemplificativo - l'assoggettamento del debitore al controllo del commissario giudiziale nominato dal Tribunale (art. 161, comma 6, l.fall.), l'obbligatorietà della richiesta di autorizzazione al Tribunale da parte del debitore per compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione (art. 161, comma 7, l.fall.), l'assolvimento degli obblighi informativi periodici fissati dal Tribunale (art. 161, comma 8, l.fall.) e l'obbligatorietà della richiesta di autorizzazione al Tribunale da parte del debitore per sciogliersi dai contratti in corso (art. 169 bis l.fall.).

Tali considerazioni, che porterebbero quindi ad affermare che le formalità di cui all'art. 152 l.fall. dovrebbero essere rispettate (solo) al momento della presentazione della domanda "con riserva" (36), non tengono debitamente conto del fatto che la norma contenuta nell'art. 161, comma 4, l.fall. deve essere interpretata nel senso che fra la proposta di concordato e la sua deliberazione da parte dell'organo sociale vi debba essere perfetta coincidenza di contenuto in quanto al momento della delibera i soggetti coinvolti devono essere debitamente informati non solo delle intenzioni "di massima", ma anche dei contenuti della proposta (37).

Una seconda tesi, che ha trovato spazio in giurisprudenza, sul presupposto che la terminologia utilizzata dall'art. 152 l.fall. non tiene conto della distinzione, successivamente introdotta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, tra "domanda", ossia l'istanza rivolta al tribunale tramite il ricorso per l'ammissione e l'omologazione del concordato, "proposta", ossia le modalità quantitative, qualitative e temporali di soddisfacimento dei creditori e "piano", ossia, ancora, l'insieme delle attività attraverso le quali il debitore si propone

di ottenere il verificarsi delle condizioni per l'adempimento della proposta, considera che il requisito di cui all'art. 152, comma 3, l.fall. sarebbe necessario non solo per la sottoscrizione della proposta e delle condizioni del concordato, ma anche per la sottoscrizione ed il deposito della "domanda" propriamente detta (38).

Recentemente, invece, sulla base di una pronuncia della Suprema Corte, la quale ha precisato che, ai fini della presentazione della domanda di concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, l.fall., attesa la scissione tra il momento del deposito della domanda di concordato con riserva da quello del deposito della proposta, oltre che del piano e della documentazione, nel termine fissato dal giudice, è sufficiente che il ricorso sia sottoscritto dal difensore munito di procura, non occorrendo che sia personalmente sottoscritto anche dal debitore (39), la medesima Corte ha affermato che le formalità prescritte dall'art. 152 l.fall. devono essere rispettate solo al momento del successivo completamento della domanda con il deposito della proposta (40).

Limite temporale e legittimità delle modifiche apportate alla proposta concordataria

La Corte Suprema, da ultimo, affronta la questione riguardante la legittimità, o meno, della prestazione di garanzie in pendenza del *sub*-procedimento di cui all'art. 173 l.fall., dovendosi pronunciare in ordine all'asserita configurazione - secondo la tesi sostenuta dalle ricorrenti - di una non più consentita modifica alla proposta di concordato.

Nel caso di specie è bene rammentare come si fosse giunti all'apertura della *sub*-procedura ex art. 173 l.fall. alla luce del fatto che, nell'ambito dell'attività del commissario giudiziale avente ad oggetto le verifiche in ordine alle poste patrimoniali ed ai criteri gestionali che avrebbero dovuto assicurare l'attivo concordatario (così da consentire ai creditori di valutare consapevolmente se le prospettive di soddisfacimento fossero maggiori in sede concordataria piuttosto che in sede fallimentare) (41), il

(36) Trib. Pisa 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Nocera Inferiore 21 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Benevento 29 agosto 2013, in *www.ilcaso.it*, e Trib. Mantova 14 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*.

(37) Trib. Roma 29 luglio 2010, in *www.ilcaso.it*.

(38) Trib. Modena 28 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*, e Trib. Massa 29 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*, per il quale "[N]el concordato con riserva ex art. 161, comma 1, l.fall. il debitore, ai sensi del

combinato disposto degli artt. 161, comma 4, e 152, comma 3, l.fall., deve formalizzare con atto notarile sia la domanda introduttiva sia, all'esito del deposito di proposta e piano, la decisione relativa alle condizioni del concordato".

(39) Cass. 12 gennaio 2017, n. 598, in questa *Rivista*, 2017, 672.

(40) Cass. 4 settembre 2017, n. 20725, in *Giur. it.*, 2017, 2669.

(41) Cfr. Trib. Chieti 15 ottobre 2013, in *Dir. fallim.*, 2014, II, 670.

commissario medesimo ebbe ad evidenziare alcune criticità per le quali il piano non appariva coerente con la proposta, ossia serio e concretamente realizzabile sulla base delle risorse presenti nel patrimonio aziendale e di quelle realizzabili un'attività liquidatoria, così da risultare a rischio - nello specifico - la possibilità di soddisfare i creditori chirografari. La fattispecie in questione rientra nell'alveo del disposto dell'art. 173 l.fall., in quanto, se, per un verso, prevede l'attivazione della procedura di revoca dell'ammissione al concordato preventivo nelle ipotesi di occultamento o dissimulazione dell'attivo, di dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, di esposizione di passività insussistenti, di compimento di atti non autorizzati a norma dell'art. 167 l.fall. ovvero diretti a frodare le ragioni dei creditori, per altro verso, al suo ultimo comma, contempla il medesimo procedimento qualora manchino - o vengano, comunque, meno - le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (42).

Nonostante il venir meno di qualsivoglia riferimento normativo alla "meritevolezza", quale condizione per procedere con il concordato preventivo (e la limitazione dell'analisi del Tribunale agli aspetti sostanzialmente formali della proposta), il richiamo alle condizioni di ammissibilità della procedura deve leggersi altresì come rimando ad una valutazione di fattibilità (43), ossia di praticabilità (44)/attuabilità (45), nonché di attendibilità, del piano, che, nel caso di specie - e con riferimento alla disciplina in allora in vigore -, volgeva a considerazioni in ordine alla mancanza di risorse sufficienti a garantire un qualche pur minimo pagamento a favore dei creditori chirografari (46).

La giurisprudenza, nel corso degli ultimi anni, ha più volte confermato la necessità - in sede di omologazione del concordato preventivo mediante cessione dei beni - di verificare la fattibilità del concordato, identificando l'oggetto del sindacato in questione (anche) nell'aspetto economico-giuridico della

(42) La medesima fattispecie di cui trattasi potrebbe ragionevolmente verificarsi anche nel prossimo futuro, in considerazione del fatto che l'art. 106 del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza" prevede che il commissario giudiziale, accertato che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, debba riferirne immediatamente al tribunale, il quale provvederà - con sentenza - a dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori (fermo il fatto che la comunicazione ai creditori sarà eseguita dal commissario giudiziale). La predetta norma estende la disciplina in parola anche al caso in cui "il debitore comp[ia] atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risult[is] che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato", precisando che, all'esito del procedimento, il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, aprirà la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del debitore. La relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155 chiarisce che l'art. 106 disciplina le conseguenze della scoperta, da parte del commissario giudiziale, di atti di frode o del compimento di atti di straordinaria amministrazione non autorizzati, specificando che la norma riprende l'impostazione dell'art. 173 l.fall.: l'unica modifica significativa è prevista dall'ultimo comma che prevede, invece della revoca del concordato preventivo, che il tribunale proceda all'accertamento delle condizioni per l'apertura della liquidazione giudiziale informando il pubblico ministero e, in via telematica, i creditori. La disposizione, quanto all'individuazione dei suoi presupposti di applicazione, va letta in rapporto all'art. 44 del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza", che prevede l'obbligo, in capo al commissario, di segnalare tempestivamente ogni atto di frode del debitore non dichiarato nella domanda, così esplicitamente aderendo alla nozione di atto di frode inteso come condotta volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, con valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicarne il consenso informato, che si è andata negli anni delineando in giurisprudenza. Le stesse disposizioni si applicano se, in qualunque momento, si accerti che mancavano le condizioni per l'apertura del concordato.

(43) G. Fauda, *Le ipotesi di insuccesso dell'iniziativa concordataria e relative conseguenze*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre*

procedure concorsuali, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 774; P.F. Censoni, *La revoca del concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio - B. Sassani, IV, Milano, 2016, 291 e ss.; F.S. Filocamo, *Art. 173. Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 173-175; F. Allegriti, *Articolo 173. Dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *Il nuovo fallimento*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, 742; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, 90 e 91; U. De Crescenzo, *Articolo 173. Dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, 2470; M. Padellaro, *Articolo 173. Dichiarazione del fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, tomo II, Torino, 2006, 1051 e 1052, e C. Palmerio, *Gli organi della procedura*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 717; si vedano, in senso critico, L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015, 337 e 338, e S. Casonato, *Dei provvedimenti immediati*, in Aa.Vv., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 543. In relazione, in particolare modo, alla rilevanza della clausola del 20%, si veda V. Zanichelli, *La revoca dell'ammissione per non fattibilità del piano*, in Aa.Vv., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, diretto da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 178 e ss.

(44) M. Gaboardi, *Articolo 173. Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 124-215 e Disposizioni Transitorie*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 641.

(45) A. Audino, *Art. 175. Discussione della proposta di concordato*, in Aa.Vv., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2009, 1005.

(46) Cfr. Trib. Como 3 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*, che ha stabilito - in relazione alla normativa precedentemente in vigore - la revocabilità dell'ammissione al concordato preventivo qualora emerga l'esistenza di un credito che impedisca una sia pur minima soddisfazione dei creditori chirografari.

procedura, ossia nell'accertamento, da un lato, della conformità alla legge degli atti in cui si articola il piano concordatario e della loro rispondenza alla "causa concreta" della procedura (47) e, dall'altro, della potenziale realizzazione della finalità di assicurare il superamento della crisi (48) (attraverso - al tempo - una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari (49)).

La "causa concreta", necessario oggetto di individuazione per definire i margini di intervento del giudice nell'ambito a lui riservato della valutazione della fattibilità giuridica del concordato, deve intendersi come l'insieme delle modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti del procedimento intendono realizzare la composizione dei rispettivi interessi: poiché il Legislatore non ha inteso predeterminare il contenuto della proposta e non è, quindi, possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini dell'intervento del giudice, si dovranno considerare - di volta in volta - le concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria, fermo restando che - come sopra rilevato - la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto il superamento della crisi e - avendo a mente la disciplina anteriore all'intervento portato dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (conv., con modif., dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) - la soddisfazione in qualche misura dei creditori (50). Ciò significa che il Giudice, ai fini dell'ammissibilità del debitore al concordato preventivo, oltre a valutare l'idoneità della documentazione prodotta (in termini di completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori (51), è tenuto ad una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario: da un lato, infatti, deve vagliare, senza essere costretto da particolari limiti di indagine, la fattibilità giuridica - intesa come accertamento della non incompatibilità del piano con norme inderogabili -, e, dall'altro, deve

"soppesare" la fattibilità economica - intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo -, dovendosi, in tal caso, limitare al controllo della sussistenza, o meno, di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in relazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi (52).

Si tratta, quindi, di un giudizio avente ad oggetto - per quanto attiene agli aspetti economici della proposta - la concreta sostenibilità del piano e la coerenza del programma indicato dal debitore rispetto agli elementi del passivo e, soprattutto, dell'attivo (53), nel cui ambito di controllo rientrano, a titolo esemplificativo, (i) la correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano, (ii) l'eventuale impossibilità giuridica di dare esecuzione, sia pure parziale, alla proposta di concordato, (iii) l'eventuale inidoneità della proposta, se emergente *prima facie*, a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati (restando, invece, riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio) (54).

A seguito dell'introduzione, nel concordato liquidatorio, della percentuale minima di pagamento del venti per cento dell'ammontare complessivo dei creditori chirografari (art. 160, comma 4, l.fall.) e, con riferimento a tutti i tipi di concordato, dell'obbligo di assicurare un'utilità specifica ed economicamente valutabile (art. 161, comma 2, lett. e), l.fall.), la giurisprudenza più recente è giunta ad affermare che la valutazione del giudice in ordine alla fattibilità del concordato preventivo non è più limitata alla verifica della incompatibilità del piano con norme inderogabili (c.d. fattibilità giuridica) od alla assoluta e manifesta inettitudine dello stesso a raggiungere gli obiettivi prefissati (c.d. fattibilità economica): con le modifiche di cui al D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (conv., con modif., dalla L. 6 agosto 2015 n. 132), invero, sarebbero stati attribuiti al tribunale più penetranti poteri di indagine tra i quali quello di verificare la fattibilità *tout court* del piano valutando tutti gli

(47) M. Nobili, *Domanda di concordato e sua ammissibilità o inammissibilità*, in Aa.Vv., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 690.

(48) Cass. 28 settembre 2017, n. 22691, in *Pluris*.

(49) Cass. 9 giugno 2017, n. 14444, in *Corr. giur.*, 2018, 62; Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in *Mass. Foro it.*, 2014, 387, e Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Pluris*.

(50) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1534.

(51) Cfr. Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Mass. Foro it.*, 2013, 417.

(52) Cass. 7 aprile 2017, n. 9061, in questa *Rivista*, 2017, 923; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, in questa *Rivista*, 2017, 925, e Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015, II, 53.

(53) M. Gaboardi, *Articolo 173. Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 124-215 e Disposizioni Transitorie*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 656.

(54) Cfr. A.M. Perrino, *Articolo 173. Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in Aa.Vv., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa Transfrontaliera. Normativa Tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 2257.

elementi a disposizione, senza alcun vincolo che non sia quello del canone del prudente apprezzamento di cui all'art. 116 c.p.c. (55).

Definiti i confini di operatività dell'indagine sottesa al dettato dell'art. 173 l.fall., è bene considerare come il *sub*-procedimento di cui alla predetta norma sia soggetto all'iniziativa officiosa del Tribunale su segnalazione del commissario giudiziale e si caratterizzi per un modello processuale cognitorio nel quale viene espressamente riconosciuto il diritto di difesa del debitore, il quale - in tale contesto - può essere esercitato anche attraverso la modifica, ovvero l'integrazione, della proposta concordataria (56).

Alla luce di quanto precede, in contrasto con quella giurisprudenza di merito che afferma che la proposta concordataria può essere modificata solo qualora non sia stato (in precedenza) attivato il procedimento di revoca *ex art.* 173 l.fall. (in quanto, in tal caso, secondo la tesi in parola, "la procedura entr[erebbe] in una fase di "limbo"" (57)), precisato che l'apertura della *sub*-procedura in parola - come correttamente statuito dai Giudici di legittimità - non determina la sospensione della procedura di concordato, la Suprema Corte ha riconosciuto al debitore la possibilità di prestare garanzie in pendenza del predetto *sub*-procedimento, ritenendo, peraltro, che tale condotta non integri alcuna modifica (sostanziale) alla proposta di concordato.

Nello specifico, la Corte di cassazione ha richiamato il disposto dell'art. 175 l.fall., riconoscendo che la prestazione delle fidejussioni a garanzia dell'esecuzione del piano concordatario era comunque intervenuta prima del termine ultimo entro il quale la predetta norma ammetteva - *ratione temporis* - le modifiche alla proposta, ossia prima dell'inizio delle operazioni di voto.

L'osservanza del predetto termine, così come di quello - più limitativo - oggi previsto dall'art. 172,

comma 2, l.fall., consente, da un lato, il rispetto del principio secondo cui, sino a quando la proposta non venga accettata, la stessa - come ogni altra forma di contratto - sarà modificabile (e revocabile) (58), ma, soprattutto, permette al commissario giudiziale di illustrare correttamente i contenuti del piano (59) e ai creditori di avere il tempo necessario per esaminare e comprendere appieno la proposta stessa.

Sotto diverso profilo, sulla scorta del fatto che l'art. 175 l.fall. (*ratione temporis* applicabile) (60) poneva un mero limite temporale alla possibilità di modificare la proposta di concordato, i Giudici di legittimità si sono interrogati in merito alla sussistenza, o meno, della necessità di dover accompagnare (nuovamente) la proposta (modificata) dalla relazione dell'esperto volta ai sensi dell'art. 161 l.fall. ad attestare la veridicità dei dati aziendali e - attraverso un giudizio prognostico - la fattibilità del piano medesimo.

Sulla questione, in passato, alcuni Giudici di merito si erano espressi fornendo risposta negativa, ossia affermando che non è necessario che la modificazione della proposta di concordato preventivo sia accompagnata dalla relazione dell'esperto prevista dall'art. 161 l.fall. (61), in quanto, sul piano sistematico, una volta aperto il concordato preventivo, entrano in funzione gli organi della procedura - commissario giudiziale ed autorità giudiziaria -, i cui compiti e poteri renderebbero superflua la rinnovazione delle valutazioni già compiute dal c.d. "attestatore" (62): per un verso, infatti, il commissario, ai sensi degli artt. 172 e 173 l.fall. redige una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori e, qualora accerti che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode,

(55) App. Lecce 26 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*.

(56) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 550 e 551.

(57) Trib. Napoli 4 dicembre 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Parma 2 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*, per il quale "[L]a modifica della proposta di concordato preventivo presentata successivamente all'attivazione del giudizio di revoca di cui all'articolo 173, legge fallimentare deve considerarsi inammissibile soprattutto nel caso in cui l'attivazione del procedimento *ex art.* 173 si fondi sulla commissione di atti di frode", e App. Milano 29 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*, che precisa: "[L]a procedura *ex art.* 173, legge fallimentare rende inoperante la procedura di concordato preventivo con la conseguenza che non possono essere introdotte modifiche a proposte che riguardino una procedura che non è in corso".

(58) S. Casonato, *Della deliberazione del concordato preventivo*, in Aa.Vv., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 560.

(59) Cfr. S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 530.

(60) La stessa considerazione può effettuarsi in relazione all'attuale art. 172, secondo comma, l.fall., il quale si limita a precisare che la proposta di concordato può essere modificata fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori.

(61) Trib. Siracusa 2 maggio 2012, in *Dir. fallim.*, 2013, II, 386; Trib. Sulmona 5 dicembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 822; Trib. Palermo 18 maggio 2007, in questa *Rivista*, 2008, 75, e Trib. Milano 20 ottobre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 578.

(62) Cfr. P. Genoviva, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2009, 1225, e A. Penta, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, in questa *Rivista*, 2008, 91.

deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori, mentre, per altro verso, il tribunale, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall., dichiara il fallimento del debitore qualora quest'ultimo, durante la procedura di concordato, compia atti non autorizzati a norma dell'art. 167 l.fall. o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o qualora risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (63).

I dubbi in ordine alla correttezza della soluzione testé richiamata sono stati superati grazie all'intervento del Legislatore, il quale con l'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. nella L. 7 agosto 2012, n. 134) ha introdotto un secondo periodo all'art. 161, comma 3, l.fall., prescrivendo che ogni modifica sostanziale del piano o della proposta debba essere accompagnata dalla relazione dell'esperto: al fine di far sorgere il predetto obbligo d'integrazione documentale è pertanto sufficiente che le variazioni riguardino uno dei due profili nei quali si articolava la domanda, vale a dire il piano e la proposta (64).

In tale contesto, la Suprema Corte ha precisato che non trattandosi, nel caso di specie, di una modifica sostanziale, ma - più propriamente - di un'integrazione migliorativa e rafforzativa della proposta, volta a rimuovere gli elementi negativi rilevati dal commissario giudiziale, che non incideva sui "dati aziendali", non era necessaria alcuna nuova relazione del professionista, che, diversamente, il debitore avrebbe dovuto nuovamente coinvolgere (65).

Tale interpretazione si pone in un *continuum* con quella giurisprudenza che considera la prestazione di garanzie così come la riduzione dei tempi di esecuzione del piano quali meri elementi integrativi delle modalità esecutive della proposta, incidendo in senso positivo sulla fattibilità dell'originaria - ed immutata - proposta concordataria: in tale contesto, qualora l'attestazione sia stata ritenuta valida per la proposta "originaria", non avrebbe senso richiederne una ulteriore e/o, comunque, suppletiva a fronte di una proposta integrativa che prospetti *sic et simpliciter* dei

miglioramenti consequenziali alla prestazione di maggiori garanzie e/o minori tempi di adempimento, che nulla potrebbe aggiungere, soprattutto qualora le "integrazioni" risultino essere espressione di un adeguamento del debitore a "richieste" e/o "sollecitazioni" provenienti dal commissario e contenute nella relazione *ex art.* 172 l.fall. (66): al contrario, ogni qual volta le modifiche sovvertono le premesse in fatto e/o in diritto della proposta si renderà necessario la "ripetizione" della relazione da parte del professionista (67). Le variazioni del piano concordatario le quali, pur non comportando un mutamento della percentuale di soddisfacimento offerta ai creditori, attengono alle modalità di attuazione del piano concordatario, incidendo non solo sui tempi della liquidazione, ma anche sulla fruttuosità della stessa, e quindi sulla fattibilità economica del concordato, non possono, invero, considerarsi indifferenti per i creditori, i quali devono essere adeguatamente ragguagliati in ordine alle prospettive temporali ed economiche di realizzazione del piano, per la cui valutazione non può ritenersi sufficiente la relazione predisposta dal commissario giudiziale, essendo, invece, necessario un aggiornamento della relazione redatta ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.fall. dal professionista attestatore designato dal debitore (68).

Le modifiche che possono definirsi come "sostanziali" - volendo escludere interpretazioni tautologiche (69) - e che, in quanto tali, comportano la necessità di procedere con un'integrazione della relazione del professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano *ex art.* 161, comma 3, l.fall., qualora si riferiscano al piano, devono coinvolgerne la struttura stessa - e, quindi, possono riguardare il passaggio da un'ipotesi di continuità "pura" a quella di continuità c.d. "indiretta", ossia operata attraverso una cessione dell'azienda, o, ancora, ad una liquidazione atomistica, l'utilizzo, o meno, di c.d. "nuova finanza" proveniente da terzi, l'introduzione o, al contrario, l'espunzione di qualsivoglia forma di garanzia, mentre, nel caso riguardino la proposta, devono essere idonee ad incidere in maniera apprezzabile sul trattamento riservato ai creditori (si pensi, ad esempio,

(63) Trib. Pescara 16 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 1216.

(64) S. Ambrosini - M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/423.pdf>, 4 marzo 2014, 4, e C. Palmerio, *Le fasi della procedura*, in Aa.Vv., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 742.

(65) O. De Cicco, *Articolo 175. Discussione della proposta di concordato*, in Aa.Vv., *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 124-215 e Disposizioni Transitorie*, diretto da C. Cavallini,

Milano, 2010, 679, e P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 1020.

(66) App. Firenze 18 febbraio 2014, in <https://www.unijuris.it>.

(67) G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2006, 584.

(68) Cass. 28 aprile 2015, n. 8575, in questa *Rivista*, 2016, 29.

(69) C. Rivolta - P. Pajardi, *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in Aa.Vv., *Codice del fallimento*, a cura di M. Bucchiola - A. Paluchowski, Milano, 2013, 1892.

all'introduzione o all'eliminazione della suddivisione in classi, alla modifica sostanziale delle percentuali di soddisfacimento dei creditori chirografari o, ancora, all'inserimento della previsione concernente la c.d. "falcidia" dei crediti privilegiati) (70).

Qualora l'intervento del debitore sia tale da implicare un mutamento qualitativo dell'offerta rivolta ai creditori, incidendo in maniera significativa sulla natura di quest'ultima, si dovrebbe parlare di "nuova" proposta, anziché di semplice modifica di quella originaria: in tal caso, occorrerebbe corredare la documentazione della domanda con una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, ai sensi dell'art. 161, lett. a), l.fall., con uno stato analitico ed estimativo delle attività, con un elenco nominativo dei creditori, nonché con una nuova relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario, come previsto dall'art. 161, comma 3, l.fall. (71).

In una situazione come quella testé richiamata, l'iter procedurale dovrebbe essere interrotto, nel senso che occorrerebbe revocare il precedente provvedimento di ammissione, sospendere l'adunanza dei creditori già fissata e sottoporre la "nuova" proposta al giudizio di ammissibilità.

Restano invece escluse dal perimetro della necessaria rinnovazione dell'attestazione le semplici chiarificazioni della domanda, al pari - come nel caso di specie - delle modifiche di mero dettaglio, per loro natura incapaci d'incidere sulla sostanza dell'operazione concordataria.

Brevi note conclusive

La Suprema Corte, con la pronuncia n. 29741 del 12 settembre 2018, oltre ad affermare, in via pregiudiziale, - conformemente ai propri precedenti - la ricorribilità per cassazione ai sensi del comma 7 dell'art. 111 Cost. del provvedimento emesso dalla Corte d'Appello a conclusione del giudizio di reclamo ex art. 183 l.fall. (72), ha avuto occasione di ribadire alcuni condivisibili principi in materia di concordato preventivo, puntualizzando alcuni specifici aspetti che è stato possibile valutare in parte alla luce del fatto che la

debitrice era una società a responsabilità limitata gestita da un amministratore unico.

Tale circostanza ha invero consentito ai Giudici di legittimità di ribadire che la proposta di concordato, nel caso di società di capitali, deve essere oggetto di delibera da parte dell'organo amministrativo e deve risultare da verbale notarile ai sensi e per gli effetti dell'art. 2436 c.c. (salvo il caso, per quanto attiene alle società a responsabilità limitata, delle ipotesi in cui il piano concordatario contenga profili di ristrutturazione o contempra operazioni di natura straordinaria che richiedano l'intervento dell'assemblea) e ciò per ragioni di certezza, riconoscendo infine come queste ultime possano considerarsi soddisfatte - qualora l'organo amministrativo sia monocratico - anche nel caso in cui la determina riguardante la volontà di proporre il concordato preventivo risulti generica, in quanto il contenuto della proposta sarà esplicitata nel ricorso, che verrà sottoscritto dal medesimo soggetto.

In tema di legittimazione processuale del liquidatore, poi, la Corte ha preliminarmente confermato che l'investitura delle funzioni in capo al liquidatore è - stante il disposto dell'art. 180, comma 5, l.fall. - immediata conseguenza della pubblicazione del decreto di omologazione e che il liquidatore non è un rappresentante dei creditori concordatari, giungendo poi ad affermare la carenza di legittimazione processuale del liquidatore stesso con riferimento al giudizio di reclamo ex art. 183 l.fall., ma ammettendo al contempo che, qualora agli si costituisca (comunque) *ad adiuvandum* nel predetto procedimento, ciò non potrà comportare alcuna nullità del giudizio *de quo*.

Infine, nel prendere in esame la questione concernente la legittimità della prestazione di garanzie in pendenza del *sub*-procedimento di cui all'art. 173 l.fall., la Suprema Corte ha evidenziato come se è vero che qualsiasi modifica sostanziale della proposta o del piano deve essere accompagnata dalla relazione dell'attestatore di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., è altrettanto vero che qualora la modifica *de qua* non abbia alcuna connessione con i "dati aziendali" e/o la loro veridicità, né attenga al piano, che non viene modificato, o - quantomeno - non viene modificato in maniera "sostanziale", non occorre richiedere alcuna ulteriore integrazione dell'attestazione del professionista.

(70) C. Ravina, *Modifica della proposta di concordato*, in *ilfallimentarista.it*, 19 febbraio 2019, e S. Ambrosini - M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/423.pdf>, 4 marzo 2014, 5.

(71) M. Terenghi, *Effetti delle modifiche della proposta concordataria sull'attestazione e sul sindacato giurisdizionale di ammissibilità*, in *ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012.

(72) Soluzione questa fatta propria dall'art. 51 del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza", il quale, oltre a prevedere che contro la sentenza del tribunale che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo le parti possono proporre reclamo avanti la corte d'appello, precisa (i) che il termine per proporre il ricorso per cassazione contro la sentenza emessa dalla corte d'appello stessa è di trenta giorni dalla notificazione e (ii) che il ricorso per cassazione non sospende l'efficacia della sentenza.

La soluzione accolta dalla Suprema Corte deve, peraltro, ritenersi coerente anche con il futuro assetto normativo, in quanto l'art. 87, comma 2, del c.d. "codice della crisi e dell'insolvenza" non solo prevede che il debitore debba depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ma conferma che analoga relazione dovrà essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

Al riguardo, la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155 chiarisce che "[L]a norma, ponendosi in linea di continuità con la disciplina previgente, attribuisce ad un professionista indipendente il

compito di redigere una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. L'esperienza maturata dai professionisti specializzati in materia concorsuale ha reso la relazione dell'attestatore uno strumento d'ausilio importante per il tribunale che, in una procedura doverosamente connotata da esigenze di celerità, può fruire immediatamente di un'analisi particolarmente attendibile della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, utile per la verifica di fattibilità giuridica ed ora anche economica, prodromica all'apertura del concordato. In questa prospettiva, nell'esercitare la delega, si è scelto di mantenere l'obbligatorietà dell'attestazione e di prevedere che essa debba essere aggiornata nell'ipotesi di modifiche sostanziali della proposta o del piano".