

gravanti su quest'ultimo (in particolare, la comunicazione del ricorso ai creditori insoddisfatti);  
DISPONE inoltre che, a cura della cancelleria, venga ac-

quisito il certificato penale del fallito e quello dei carichi pendenti e comunicato il presente provvedimento al P.M. in sede.

## Il procedimento di esdebitazione *ante* chiusura

di Carlo Brogioni

Il decreto del G.D. del Tribunale di Firenze emesso a fronte di un'istanza presentata dal fallito prima della chiusura del fallimento costituisce l'occasione per rassegnare alcune riflessioni.

In primo luogo: l'istanza del fallito è sempre necessaria per far conseguire al fallito l'esdebitazione?

È evidente che nella quasi totalità dei casi, in concreto, l'esdebitazione sarà concessa solo ed esclusivamente se il fallito presenterà apposita istanza in tal senso, ma il tenore letterale della norma («Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio delle liberazione dei debiti ...») pare non escludere che l'iniziativa possa essere anche assunta direttamente dal curatore il quale abbia particolarmente apprezzato la condotta del fallito durante lo svolgimento della procedura.

Si tratta infatti di un istituto premiale che, in linea puramente teorica, dovrebbe addirittura essere prevalentemente proposto proprio da chi è in grado di valutare compiutamente l'impegno e la buona fede del fallito, senza necessità di apposita domanda.

C'è chi sostiene che la concessione di un beneficio senza richiesta confliggerebbe con il principio secondo il quale non può essere effettuata una concessione che non sia richiesta o, al limite, non voluta dal soggetto nei cui confronti è stata dichiarata.

Ma tale assunto è privo di pregio perché il debitore non è certo obbligato ad avvalersi del beneficio, al quale può sempre volontariamente rinunciare secondo lo schema delineato dall'art. 2034 c.c.

In ogni caso la norma dell'art. 143 l. fall. è chiarissima: «Il tribunale con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo ...» e prevede, ad avviso di chi scrive, che possa esservi dichiarazione di esdebitazione anche senza domanda del fallito.

Secondo questo schema, la lettera della norma parrebbe indurre alla conclusione che, prima della chiusura del fallimento, il fallito possa rivolgersi direttamente al curatore affinché sia quest'ultimo a sottoporre al tribunale, ove lo ritenga opportuno e se ritenga che il fallito sia meritevole del beneficio, la domanda di chiusura con esdebitazione del fallito stesso.

Certo, niente impedisce di ipotizzare che sia il fallito a rivolgere l'istanza direttamente al Tribunale (come è accaduto nel caso di specie), ma ciò dovrebbe costituire più l'eccezione che non la regola.

La seconda riflessione riguarda il procedimento da seguire affinché ai creditori sia offerta adeguata garanzia di contraddittorio.

È noto che la Corte costituzionale, con sentenza 19 maggio 2008, n. 181 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quella parte della riforma della legge fallimentare nella quale si prevede che, nell'ipotesi di istanza presentata dal debitore dopo la chiusura del fallimento, sia di fatto impedita ai creditori la possibilità di partecipare ed, eventualmente, opporsi, alla concessione del beneficio. E tale illegittimità può essere sanata solo con l'invio della notifica ai creditori dell'istanza del debitore e del provvedimento giudiziale con il quale viene fissata l'apposita udienza di discussione.

La citata sentenza non intravede invece alcuna illegittimità della norma nella parte in cui consente che l'esdebitazione venga pronunciata in sede di chiusura del fallimento.

Si discute se in tal caso si debba procedere o meno alla notificazione ai creditori, come ha disposto il Tribunale di Firenze; secondo taluni, nel caso di presentazione dell'istanza a procedura aperta non dovrebbe sussistere l'obbligo di comunicazione ai creditori perché in tale ipotesi opera la «presunzione di conoscenza e/o di conoscibilità dei provvedimenti assunti o assumibili nel corso della procedura medesima e la pendenza del fallimento giustifica e rende plausibile la previsione di rimedi giurisdizionali di tipo impugnatorio» (1).

Chi scrive auspica dunque che quest'ultima soluzione possa in futuro affermarsi, perché ciò consentirebbe una notevole semplificazione della procedura e la renderebbe assai meno onerosa, specie nell'ipotesi in cui i creditori fossero numerosi.

### Nota:

(1) In tal senso Nardecchia; *Osservazioni a Corte cost.*, sent. 30 maggio 2008, n. 181, in *Il Fallimento*, 2008, 890-892.



### Tribunale di Firenze 11 giugno 2008 (decr.) - Pres. D'Amora - Rel. Riviello

Concordato fallimentare - Art. 124 - Falcidia concordataria - Creditore assistito da privilegio per contributi previdenziali - Possibilità - Sussiste

*L'indisponibilità del credito della pubblica amministrazione, ancorché assistito da privilegio, non preclude la possibilità di falcidia concordataria.*

### Omissis

1. *Considerazioni preliminari.* Il presente procedimento è soggetto alla disciplina dettata dal D.Lgs. n. 5/2006, essendo stata depositata la domanda in data 21 dicembre 2007, con la conseguenza che:

- a) è richiesta la maggioranza dei crediti ammessi al voto;
- b) è richiesta la maggioranza dell'unanimità delle classi, ove previste nella proposta (come nel caso di specie);
- c) si può derogare alla mancanza di voto favorevole del-

la maggioranza di tutte le classi in caso di raggiungimento della maggioranza di cui al primo comma dell'art. 128 l. fall.

Quanto alla formazione delle classi si rileva che, sebbene la parte proponente in sede di proposta concordataria faccia riferimento a due classi (una dei privilegiati falcidiati e una dei chirografi), in realtà debba ritenersi (correttamente) formata una serie di classi omogenee (e, più precisamente, in numero di 5) dei diversi creditori privilegiati falcidiati e una sesta classe di creditori chirografari ed è su tale diversa articolazione delle stesse (ripetesi, formata dalla stessa parte proponente) che deve valutarsi il raggiungimento o meno delle maggioranze e l'opportunità del ricorso al c.d. *cram down*.

## 2. Condizioni di ammissibilità e validità del concordato.

Come risulta dall'esposizione che precede, la proposta di concordato è stata presentata da soggetto legittimato; è stata presentata dopo che il giudice delegato ha dichiarato esecutivo lo stato passivo; contiene l'indicazione delle percentuali offerte ai creditori privilegiati e chirografari e del tempo di pagamento di questa.

La procedura di approvazione, poi, si è svolta regolarmente e sono state raggiunte le maggioranze prescritte al fine in parola, previste dall'art. 128 l. fall.

Dal fascicolo della procedura, invero, risulta che la proposta è stata comunicata a tutti i creditori, unitamente al parere del curatore e del comitato dei creditori; che tale comunicazione riassume esattamente i termini della proposta, contiene l'esposizione dei motivi indicati dal curatore a sostegno del parere favorevole espresso, risulta essere stata inviata in tempo utile perché potessero essere fatte pervenire in cancelleria le dichiarazioni di dissenso. Si deve affermare, quindi, che sono state osservate le prescrizioni di legge per l'ammissione e la validità del concordato.

Per quanto attiene al più specifico profilo delle maggioranze, si rileva che si è raggiunta quella dei crediti ammessi al voto (...).

Per quanto attiene alle classi (nel numero come sopra precisato), posto che non risulta alterato l'ordine dei privilegi, in assenza del voto maggioritario in ciascuna di esse e della proposizione dell'opposizione dell'INPS, occorre verificare da un lato la fondatezza di quest'ultima e, dall'altro, la legittima ricorribilità al *cram down*, di cui espressamente la parte proponente in sede di memoria depositata in sede di udienza collegiale l'11 giugno 2008 chiede farsi applicazione.

Partendo da quest'ultima questione, si rileva che una proposta, come quella di specie, che racchiuda in classi i privilegiati e chieda loro un consenso per una soddisfazione solo parziale, potrebbe avere una certa efficacia persuasiva se si ritenesse applicabile anche a tale speciale classe la cosiddetta clausola di non opportunismo (meglio conosciuta, appunto come *cram down*, contenuta nell'art. 12, comma 7, l. fall.

Detta norma prevede che il tribunale possa approvare la proposta del debitore nonostante il mancato raggiungimento della maggioranza di una delle classi di creditori, se il trattamento loro riservato risulti non peggiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

In prima battuta, il dato normativo non sembra porre distinzioni tra tipologie di classi in relazione al potere-dovere del giudice di soppesare le alternative, mentre il richiamo alla maggioranza potrebbe agevolmente intendersi comprensivo anche delle classi per le quali è richiesto un consenso unanime.

E se non vi sono apparenti ragioni per escludere che il tribunale ammetta e poi omologhi, applicando anche il *cram down*, una proposta che chieda un sacrificio ai privilegiati, vi sono, al contrario, valide ragioni per ritenere che detto risultato sia coerente con il principio della parità di condizioni.

Invero, il tribunale, alla presenza di validi elementi estimativi, potrebbe accertare che, all'esito di una scelta alternativa (prosecuzione della liquidazione nella sede fallimentare), la soddisfazione che i privilegiati otterrebbero sul realizzo dei cespiti sarebbe inferiore (peggiore) rispetto alla percentuale offerta dal debitore o dal terzo assunto, e perciò approvare la proposta così come formulata.

Ipotizzando che si sia proposto il pagamento ai privilegiati in base al valore di realizzo dei beni, l'ammissione alla procedura e la successiva applicazione del *cram down* (in ipotesi di mancato conseguimento del consenso unanime della classe) eliminerebbero il grave difetto alla corretta e concreta applicazione dei criteri legali di distribuzione secondo l'ordine dei privilegi che, nella normativa precedente, conseguiva alla rigida regola del pagamento integrale dei privilegiati.

Orbene, nel caso di specie il curatore ha espressamente affrontato la questione posta dal citato comma 7 dell'art. 125 l. fall., quando afferma, al § 4 del suo parere, che risultano giacenti presso le casse del fallimento disponibilità liquide per euro 18.672,23, che non risultano altri beni, mobili o immobili, da liquidare, che i crediti residui da riscuotere di euro 4.374,49 (per residue due rate di transazione), di euro 7.537,00 verso altra procedura concorsuale (...) e di euro 6.823,00 quale credito I.V.A., salvo aumento dello stesso per ulteriori crediti su notule liquidate, per un totale astrattamente raggiungibile di euro 30.583,72, insufficiente a coprire la totalità delle prededuzioni (per euro 18.590) e della spese di procedura (quantificabili in circa euro 17.850), mentre con la proposta del P. (versamento della somma di euro 45.000) si perviene al conseguimento di una disponibilità liquida attuale di euro 18.672,23 + 45.000 = euro 63.672,23, con la conseguenza che la «proposta concordataria rappresenta ... l'unica possibilità ad oggi per un riparto (ancorché ridotto) nei confronti dei creditori privilegiati residui e chi chirografari», ottenendosi, altresì, il risultato di «chiudere a breve la procedura che, in caso

contrario, dovrebbe rimanere aperta fino all'avvenuto rimborso del credito I.V.A. di competenza (...)».

Sotto questo profilo, quindi, appare del tutto conveniente il ricorso al *cram down* per pervenire alla delibera di omologa del presente concordato fallimentare.

Quanto all'opposizione proposta dall'INPS si rileva che essa non appare fondata per un triplice ordine di motivi: da un lato non risulta sancito un divieto generalizzato di abbattimento dei crediti assistiti da privilegio generale (e, anzi, l'inserimento di una siffatta possibilità generalmente ritenuta praticabile per effetto del correttivo approvato con D.Lgs. n. 169/2007 - vedasi art. 124, comma 3, dove si fa riferimento generico a crediti assistiti da privilegio, pegno e ipoteca senza ulteriore specificazione, con una norma che appare chiarificatrice di un aspetto problematico - induce a ritenere che il legislatore abbia voluto esplicitare e chiarire una possibilità che già per via interpretativa era praticabile in forza del D.Lgs. n. 5/2006); dall'altro, in presenza di una norma che in via generale ammette la falcidia, non si contrappongono oggettive ragioni di esclusione di una categoria di crediti in presenza anche di assenza di un divieto di valutazione del patrimonio della società; dall'altro ancora si rileva che l'interpretazione che qui si propugna appare comunque più favorevole per il ceto creditorio, che, nella specie, ottiene il pagamento di una sia pur minima frazione del proprio credito che, altrimenti, con la prosecuzione della procedura di liquidazione fallimentare non otterrebbe, il che connota della carenza di interesse l'opposizione proposta dall'INPS.

3. *Merito e garanzie della proposta.* La proposta prevede:

a) pagamento integrale delle spese di procedura e di giustizia, del compenso al curatore e dei creditori in prededuzione sino alla concorrenza delle somme espressamente indicate a pag. 3 della proposta (euro 18.590,00 per l'avv. P. ed euro 20.808,00 per il curatore, entrambi gli importi essendo comprensivi di CAP, e IVA, oltre a esborsi necessari per la definizione della procedura quantificati in euro 2.000,00 e sino a tale concorrenza) entro 45 gg. dal passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato.

b) pagamento dei creditori privilegiati e chirografari in percentuali decrescenti dal 7% all'1% per le diverse categorie (...) entro il medesimo termine.

La somma di euro 45.000,00, secondo quanto dichiarato dal curatore nel parere 21 febbraio 2008, è già stata depositata presso lo studio del legale del proponente, avv. V.T., a mezzo libretto bancario intestato alla procedura e a disposizione del curatore.

Stante la regolarità della procedura e l'esito della votazione il concordato deve essere omologato.

4. *Modalità di esecuzione.*

Per le modalità di pagamento delle somme dovute ai creditori in esecuzione del concordato, il curatore, l'assuntore, salva la facoltà del giudice delegato di provvede-

re alla risoluzione delle questioni che dovessero sorgere dopo l'omologazione, erogherà le somme ricavate dalla liquidazione o messaggi a disposizione dell'assuntore nel seguente ordine:

- 1) per il pagamento delle spese;
- 2) per il pagamento dei creditori aventi diritto di prelazione secondo l'ordine assegnato dalla legge;
- 3) per il pagamento dei creditori chirografari, mediante assegni circolari non trasferibili, da spedirsi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ovvero con bonifici bancari.

Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali od irreperibili, ove esistenti, saranno depositate presso l'istituto di credito che verrà indicato dal giudice delegato su tanti libretti a risparmio da intestarsi a ciascun interessato.

### P.Q.M.

Omologa a tutti gli effetti il concordato fallimentare proposto da W.P., nato a (...) residente a (...), nella procedura fallimentare a carico della Discoblu s.n.c. di M.G. & C. e di G.M. e D.F., dichiarati falliti con sentenza del Tribunale di Firenze del 3 ottobre 1997; dispone nei sensi di cui in motivazione per quanto riguarda le modalità di pagamento delle somme dovute ai creditori in esecuzione del concordato.

## Anche l'I.N.P.S. subisce la falcidia concordataria

di Antonio Pezzano

Interessante decreto del Tribunale di Firenze, che continua ad essere tra i più attenti alle svariate tematiche poste dalla recente riforma fallimentare.

Infatti con il decreto in commento il Giudice mediceo ha stabilito, in materia di concordato fallimentare (1), proposto non dal debitore ma da un terzo (2), tre importanti principi:

1) che in presenza di creditori con gradi di privilegi differenti tra loro, in caso di falcidia dei relativi crediti, la domanda deve necessariamente prevedere classi differenziate (3) tante quanti sono i diversi gradi di privilegio e con pagamenti che comunque non alterino «l'ordine delle cause legittime di prelazione», chiarendo il significato di tale ultimo inciso dell'art. 124, comma 3, l. fall.;

2) che la falcidia concordataria può riguardare sia i creditori prelatizi speciali, sia i creditori privilegiati generali (4);

3) che anche ai creditori previdenziali, alla stregua di un qualsiasi prelatizio, può essere offerto un pagamento stralciato.

Quanto al primo principio, le conclusioni cui giunge il Tribunale appaiono condivisibili, poiché risulta evidente che solo così operando, da una parte si consente ai prelatizi per la parte impagata di votare, e dall'altra viene rispettato il precetto di cui all'ultimo inciso dell'art. 124, comma 3, l. fall., secondo cui «il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione». Quindi per pagare in maniera differenziata un creditore rispetto ad un altro, il passaggio obbligato è quello della formazione di classi e differenziate «secondo la posizione giuridica» propria (*rectius*: differente) di ciascun creditore privilegiato di grado diverso (5).

Non solo: per il Tribunale, unicamente attribuendo di più a ciascun creditore di grado superiore rispetto a quelli di grado inferiore, si rispetta il principio di cui al citato art. 124 l. fall.

Ma ciò impone che il creditore prelatizio di grado superiore debba comunque essere pagato per intero prima che possa essere attribuita una qualche percentuale al creditore prelatizio di grado inferiore?

No. Sarà infatti sufficiente, perché l'ordine delle cause legittime di prelazione sia rispettato, che il creditore prelatizio di grado superiore venga pagato un x% maggiore rispetto a quello di grado inferiore, a prescindere dal fatto che poi il prelatizio di grado superiore non risulti integralmente soddisfatto (6).

D'altra parte l'eventuale creditore prelatizio appartenente ad una classe dissenziente che ritenesse che la liquidazione ordinaria fallimentare gli garantirebbe un pagamento superiore (7) rispetto a

### Note:

(1) La disciplina del concordato fallimentare, in vigore dal 1° gennaio 2008, è il frutto di due importanti interventi legislativi che hanno fatto assumere all'istituto in esame un'impronta marcatamente privatistica, grazie soprattutto all'esaltazione della volontà negoziale delle parti e al ridotto potere d'intervento e di controllo degli organi giurisdizionali: il primo, è il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 con il quale si è proceduto ad una prima rivisitazione dell'istituto sotto vari aspetti, sia per quanto riguarda i soggetti legittimati a presentare domanda di concordato, sia con riferimento al contenuto della domanda, anticipando la possibilità di presentare l'istanza sin dalla dichiarazione di fallimento; il secondo, è il decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169

con cui il legislatore è nuovamente intervenuto, correggendo alcune critiche evidenziate dalla dottrina nel corso dei numerosi dibattiti tenutisi all'indomani della legge di riforma. Per una più attenta analisi delle novità introdotte dal D.Lgs. n. 169/2007 si veda, S. Bonfatti, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008; S. Ambrosini, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008; M. Montanari, *La verifica del passivo fallimentare nell'assetto scaturito dal decreto correttivo della riforma*, in *Il Fallimento*, 2008, 495; F. Guertera - M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, Studio n. 77-2007/I del Consiglio Nazionale del Notariato.

(2) Mentre in passato, per opinione pressoché unanime, si tendeva a riconoscere una legittimazione esclusiva del fallito (era del tutto isolata la tesi favorevole ad estendere tale legittimazione anche al terzo, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 558), il finalmente novellato art. 124, comma 1, l. fall. amplia, invece, il novero dei soggetti legittimati alla proposta di concordato, stabilendo che «La proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché sia stata tenuta la contabilità ed i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato». Aggiungendo in via sostanzialmente residuale che «Essa non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo».

(3) In tal senso si esprime, e condivisibilmente, L. Stanghellini, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, in *Il Fallimento*, 2006, 1061 ss.

(4) In dottrina nello stesso senso si vedano le interessanti considerazioni di P. Catalozzi, *La falcidia concordataria dei creditori assistiti da prelazione*, in *Il Fallimento*, 2008, 1009 ss.; vedi anche C. Moscarello, *Il concordato fallimentare: le novità del decreto «correttivo»*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2008, 461 ss. *Contra* F. Guerra, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del «decreto correttivo»*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 821 ss.; N. Nisvocchia, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 76 ss.

(5) Per una disamina pressoché completa e aggiornata sul tema delle formazioni delle classi, vedi P. Catalozzi, *op. cit.*, 1011, nota 12.

(6) In questo senso, C. Ferri, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2006, 695; L. Stanghellini, *Commento all'art. 124, in Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, M. Fabiani, Bologna 2006, 1973 ss.; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 346 ss. *Contra*, G. Bozza, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Il Fallimento*, 2005, 1208 ss.; A. Paluchowski, *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 589 ss.

(7) Quindi, anche se paritetica, deve preferirsi comunque la soluzione concordataria, avendo il Legislatore della riforma fallimentare (ora con il «correttivo» anche rispetto a quello preventivo, come anche in sede di liquidazione coatta amministrativa attraverso la novella dell'art. 214 l. fall.) effettuato una precisa scelta di campo a favore delle c.d. procedure concorsuali minori che, ove ancora definibili tali, vanno comunque preferite al fallimento ogni qual volta si appalesino per i creditori foriere, non solo di maggiori, ma anche solamente di eguali risultati rispetto alla c.d. procedura concorsuale maggiore. Non solo: non più secondo una rile-

(segue)

quanto otterrebbe dalla liquidazione concordataria (8), potrebbe senz'altro sempre opporsi al concordato invocando a proprio favore, come nella fattispecie esaminata dal Tribunale, il sistema del *cram down*, per dimostrare che, facendo ricorso all'applicazione dei principi di cui agli artt. 52, 53 e 54 l. fall., l'opponente avrebbe diritto a ricevere, in sede di liquidazione ordinaria fallimentare, un pagamento maggiore di quello ricavabile in sede di liquidazione concordataria (9).

Trattasi di novità introdotta dal decreto correttivo, poiché il legislatore del 2006 aveva invece demandato al potere d'ufficio del Tribunale la possibilità di far ricorso al *cram down* ogniqualvolta il Giudice, che, pur in assenza di un'opposizione del creditore dissenziente, avesse rilevato «che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» (art. 129, penultimo capoverso, l. fall. ante decreto correttivo) (10).

In altri termini, ci sembra evidente che il legislatore della novella del 2007, al fine di favorire la soluzione delle crisi d'impresa, ha effettuato una precisa scelta di campo *pro* concordato, imponendo al creditore dissenziente l'onere di formulare l'opposizione per dimostrare la maggiore convenienza per lui della procedura liquidatoria ordinaria fallimentare rispetto a quella concordataria. Quanto al secondo principio affermato dal Tribunale di Firenze, che ha confermato che la falcidia concordataria può riguardare sia i creditori prelatizi speciali, sia i creditori privilegiati generali, va detto che, *prima facie*, l'art. 124, comma 3, l. fall. sembra riferirsi esclusivamente ai creditori privilegiati speciali, vale a dire muniti di pegno, ipoteca o privilegio speciale, e sembrerebbe impedire la falcidia concordataria dei creditori assistiti da privilegi generali.

In dottrina, nonostante l'assenza di un'espressa previsione normativa, si riscontra un consenso pressoché unanime riguardo alla possibilità di non offrire un pagamento integrale anche ai creditori muniti di privilegio generale (11).

Un contributo essenziale, al riguardo, si rinviene proprio nel decreto in commento del Tribunale di Firenze, dove viene affermato con chiarezza che la falcidia concordataria può riguardare sia i creditori muniti di prelazione speciale, sia i creditori muniti di privilegio generale. Infatti secondo il Giudice fiorentino, quanto stabilito dall'art. 124, comma 3, l. fall., deve essere considerato un principio di carattere generale, attraverso il quale il legislatore, con il correttivo approvato con il D.Lgs. n. 169/2007, ha voluto chiarire una possibilità che già per via interpretativa era considerata applicabile in forza del D.Lgs. n. 5/2006.

La terza tematica esaminata dal Tribunale mediceo è quella, che per certi versi consegue all'affermazione dei primi due principi sopra esaminati, relativa alla parificazione del creditore privilegiato INPS rispetto agli altri creditori privilegiati e prelatizi in genere, senza quindi che l'INPS possa invocare alcuno speciale trattamento.

Nella specie, infatti, l'INPS si era opposto fermamente all'omologa del concordato, sostenendo l'assoluta indisponibilità del credito previdenziale in forza della natura fortemente pubblicistica ex art. 38 Cost., natura, quindi, tale da renderlo diverso rispetto ad ogni altro credito prelatizio (fatta eccezione per quello similare erariale, ma rispetto al quale, non caso, il Legislatore aveva - sempre

secondo la tesi dell'INPS - previsto una deroga *ad hoc* con la recente introduzione dell'art. 182-ter l. fall.).

#### Note:

(segue nota 7)

vazione operabile d'ufficio, ma unicamente allorché il comitato dei creditori (nel solo caso di concordato fallimentare) abbia espresso (anche) sul punto parere favorevole ovvero un creditore appartenente ad una classe dissenziente (in tutte e tre le procedure concordatarie) abbia proposto opposizione contestando la convenienza - per lui e nel senso predetto - del concordato. Questo favor per le soluzioni concordate delle crisi d'impresa - corroborato dall'introduzione dei c.d. piani attestati di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. e dalla procedura ex art. 182-bis l. fall. - rappresenta la vera scelta epocale della riforma fallimentare, scelta che per essere «metabolizzata» richiederà qualche tempo, dovendosi quasi imporre un cambio culturale atteso che - per citare le parole proprio di uno dei Padri della riforma - «sessantanni di attrazione per una mentalità sostanzialmente avversa all'operare del mercato nella crisi d'impresa non vengono cancellati da una serie di tratti di penna del legislatore» (L. Stanghellini, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fallimento*, 2008, 1075 ss.).

(8) Abbiamo parlato di liquidazione anche per la procedura concordataria fallimentare, perché si tratta senz'altro della procedura liquidatoria per eccellenza della legge fallimentare se si pensa che l'art. 104-ter l. fall. prevede al comma 2 lett. b) la necessità per il curatore di precisare, proprio «nel programma di liquidazione», l'eventuale «sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto».

(9) E. Norelli, *Il concordato fallimentare «riformato» e «correttivo»*, in *www.judicium.it*.

(10) Mentre ora il *cram down* è attivabile dal tribunale solo «se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta» (penultimo capoverso del novellato art. 129 l. fall.). Non solo, la valutazione che il Tribunale deve fare afferisce unicamente al singolo credito del soggetto opponente e non invece, come in precedenza, l'intera totalità dei creditori della classe dissenziente: infatti «il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito - ndr del creditore opponente - possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» (da penultimo capoverso novellato art. 129 l. fall.). Disciplina assolutamente uguale è stata prevista nel novellato comma 4 dell'art. 180 l. fall. in materia di concordato preventivo.

(11) M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, 1700 ss.; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, 275 ss.; L. Stanghellini, *op. cit.*, 1972, il quale individua due percorsi alternativi mediante i quali è possibile, anche per i creditori muniti di privilegio generale, dare prova che essi sarebbero parzialmente insoddisfatti nello scenario di una liquidazione concordataria: «a) il proponente presenta una relazione giurata di stima riferita all'intero complesso di beni su cui i creditori muniti di privilegio generale hanno diritto di prelazione, oppure; b) il proponente forma un'apposita classe composta dai creditori in questione, con la conseguenza che, in caso di dissenso di tale classe, il tribunale potrà approvare il concordato solo se consti che a loro è riservato un trattamento non peggiore di quello che otterrebbero in caso di liquidazione». Vedi anche C. Moscarello, *op. cit.*, 461 ss.; E. Norelli, *op. cit.* Significativa sul punto è, tra l'altro, la Relazione Ministeriale al c.d. «decreto correttivo» concernente la novella dell'art. 124 l. fall., che espressamente chiarisce che: «al terzo comma in accoglimento delle osservazioni della Camera, si precisa che il debitore ha la possibilità di offrire un pagamento in percentuale non solo ai creditori muniti di privilegio speciale, nella parte in cui il credito sia incapiente, ma anche a quelli muniti di un privilegio generale, sempre nella misura in cui tale credito non risulti capiente». Contra G. Lo Cascio, *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Il Fallimento*, 2007, 870 ss.

Il Tribunale ha invece affermato che «da un lato non risulta sancito un divieto generalizzato di abbattimento dei crediti assistiti da privilegio generale (*omissis*) dall'altro, in presenza di una norma che in via generale ammette la falcidia, non si contrappongono oggettive ragioni di esclusione di una categoria di crediti» (*omissis*) «dall'altro ancora si rileva che l'interpretazione che qui si propugna appare comunque ancora più favorevole per il ceto creditorio, che, nella specie, ottiene il pagamento di una sia pur minima frazione del proprio credito che, altrimenti, con la prosecuzione della procedura di liquidazione fallimentare non otterrebbe», concludendo, così, per il rigetto dell'opposizione dell'INPS. Quanto infine al richiamo effettuato dall'INPS all'art. 182-ter l.fall. deve osservarsi che trattasi di norma che riguarda il concordato preventivo (12), e quindi richiamata dall'INPS in modo inconferente nell'ipotesi concordataria fallimentare *de qua*.

Ricordiamo infatti che la norma in esame è stata introdotta dal D.L. n. 5/2006 per permettere in sede concordataria preventiva il pagamento stralciato del credito privilegiato erariale che, secondo opinione pacifica, non sarebbe potuto avvenire in difetto di un'espressa previsione legislativa, tenuto anche conto che prima del decreto correttivo la normativa di cui agli artt. 160 ss. l. fall. non aveva previsto espressamente la possibilità del pagamento parziale dei creditori prelatizi (13).

#### Note:

(12) E ora, dopo il decreto correttivo, anche la procedura di cui all'art. 182-bis.

Si è provato così a rivitalizzare un istituto che, soprattutto a causa dell'interpretazione restrittiva fino ad oggi data all'inciso «regolare pagamento dei creditori estranei» (per scelta, essendo essenziale previamente parteciparli della possibilità di aderirvi) all'accordo, non ha trovato sostanziale applicazione nei nostri Tribunali, come subito supposto da questo autore («Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: un'occasione da non perdere»; in *Dir. fall.* 2006, 674 ss.), il quale è da sempre sostenitore della tesi, peraltro del tutto mi-

noritaria, che «regolare pagamento dei creditori estranei» non può significare «integrale» pagamento dei creditori estranei all'accordo, bensì pagamento secondo le «regole del concorso fallimentare». Conclusione che, dopo il decreto correttivo, deve sostenersi con ancora più forza, nel senso che, se è vero che il legislatore ha ora espressamente sancito anche in sede di concordato preventivo e di liquidazione coatta (dopo averlo fatto in quella fallimentare) il principio che i creditori prelatizi possono essere pagati in misura parziale purché «in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione» ordinaria fallimentare (art. 160, pen. cap., l. fall., è indubbio che, di fronte al (maggiore sacrificio richiesto, pur se accettato, dai creditori partecipanti all'accordo ex art. 182-bis l. fall., quelli estranei all'accordo stesso - che tra l'altro ben potrebbero essere, anche o solo, chirografari - non potranno mai pretendere più di quanto potrebbe spettare loro secondo, appunto, il «regolare» concorso liquidatorio fallimentare e di cui agli artt. 52, 53 e 54 l. fall. Con la conseguenza che la relazione dell'esperto di cui all'art. 182-bis l. fall. dovrà attestare, alla stregua dell'esperto previsto dal citato penultimo capoverso dell'art. 160 l. fall., quale è il ricavato massimo che, in caso di liquidazione ordinaria fallimentare, i creditori estranei all'accordo potrebbero conseguire. E tale ricavato è il quantum massimo di pagamento che, secondo il regolare concorso fallimentare, i creditori estranei all'accordo debbono e possono ricevere, *rectius*: pretendere. Altrimenti, se si aderisse alla tesi che «regolare» pagamento equivale a «integrale» pagamento, dovrebbe anche in tali casi pronunciarsi una dichiarazione di fallimento, che però in ogni caso porterebbe ai «creditori estranei» non più di quanto supra detto ex artt. 52, 53, 54 l. fall. Insomma, avremmo un fallimento che verrebbe ad essere decretato, non solo in contrasto con la volontà del 60% dei creditori sacrificati in misura maggiore rispetto a quelli non partecipanti all'accordo, ma anche contro la *ratio* di fondo della novella che, come già detto e come è pacifico, attribuisce al fallimento il ruolo di ipotesi ultima fra le procedure concorsuali ogni qual volta il ricavato per i creditori non sarebbe maggiore rispetto a quello delle cosiddette procedure concorsuali minori.

(13) Va però detto che il Tribunale di Firenze, con pregevole intuizione, aveva già da tempo precorso la novella, indirizzandosi nel senso di permettere il pagamento stralciato dei creditori prelatizi ogni qual volta la procedura liquidatoria fallimentare fosse risultata comunque non in grado di offrire somme maggiori: cfr. Trib. Firenze 28 ottobre 1999, n. 2416, inedita; dopo la novella, ma sempre prima del decreto correttivo, cfr. Trib. Firenze 2 ottobre 2007, c.p. n. 909 (decr.) inedito.



#### Tribunale di Siena 18 aprile 2008 (decr.)

Concordato preventivo - Prededuzione ex art. 111 l. fall. del finanziamento da parte di socio per il versamento delle spese di procedura - Insussistenza

*La provvista messa a disposizione da parte di un socio di una società che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo al fine di consentirle di effettuare il deposito delle spese per la procedura non sono prededucibili in quanto si tratta di spese da sostenere nell'interesse del debitore.*

#### Omissis

Vista l'istanza trasmessa al Commissario Giudiziale in data 14 aprile 2008 dal liquidatore della società (...) s.r.l. ammessa al concordato preventivo;

Visto il parere del Commissario Giudiziale in data 18 aprile 2008.

Rilevato che questo giudice delegato non ritiene di dissentire dalla giurisprudenza della Suprema Corte (da ultimo Cass. n. 13056/2002 conforme alle precedenti) che ha negato la prededucibilità del debito contratto dall'imprenditore per soddisfare il pagamento delle spese di giustizia determinate nel decreto di apertura, trattandosi di obbligazione propria dell'imprenditore medesimo; che infatti tale pagamento costituisce condizione di procedibilità del concordato ed è interesse del debitore eseguirlo al fine di evitare la dichiarazione di fallimento e non può essere pertanto assimilato ai debiti contratti nell'interesse della procedura o dei creditori (i quali avevano, nel caso de quo, insistito per la immediata dichiarazione di fallimento); che, come si legge nella citata pronuncia «l'interesse dei creditori assume concreta rilevanza giuridica solo allorché nella fase successiva alla approvazione esso si rende manifesto all'interno del procedimento»; che peraltro l'assenza della autorizzazione alla prededuzione non è di ostacolo alla effettuazione del finanziamento specie nel caso in esame in cui la persona fisica