

TRIBUNALE DI MILANO
15 dicembre 2005 (decreto)

Pres. rel. QUATRARO

COMMERCIAL PETROLPLUS Soc. a resp. lim. in liquidazione

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Effetti - Trattamento creditori estranei all'accordo - Secondo le regole dell'accordo - Sussistenza

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis legge fallim. vincolano alle regole dell'accordo anche i creditori rimasti estranei⁽¹⁾.

Il Tribunale di Milano (Omissis)

visto l'accordo della ristrutturazione dei debiti proposto dalla soc. a resp. lim. Commercial Petrolplus in liquidazione;

rilevato che tale accordo, la cui attuabilità è confermata dal parere espresso da un esperto nella relazione in proposito redatta, risulta avere riportato l'approvazione della maggioranza di coloro i quali risultano essere creditori della soc. a resp. lim. Commercial Petrolplus in liquidazione; rilevato che relativamente al predetto accordo risultano essere stati compiuti tutti i prescritti adempimenti pubblicitari;

ritenuto che nulla osta alla omologazione dell'accordo;

visto l'art. 182 bis legge fallim.,
omologa l'accordo di ristrutturazione dei debiti proposto dalla soc. a resp. lim. Commercial Petrolplus in liquidazione.

⁽¹⁾ Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallimentare: una occasione da non perdere.

SOMMARIO: 1. Una premessa. - 2. Tratti essenziali dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e della relativa procedura. - 3. Il ruolo del Giudice. - 4. Il regolare pagamento dei creditori estranei. - 5. Il calcolo della maggioranze.

1. **Una premessa.** - L'interesse per una decisione, diciamo così, tanto *zen* (per valorizzare quella essenzialità così in linea con un - mero - decreto di omologa, tra l'altro di una procedura parimenti così essenziale) quale è indubbiamente quella del Tribunale di Milano qui in commento, nasce dalla circostanza che un foro così autorevole, pur non soffermandosi sullo specifico tema, ha approvato un ricorso ex art. 182 bis legge fallim. in cui era stato espressamente proposta ai creditori estranei all'accordo (prelati e chirografari che fossero) la stessa percentuale offerta a quelli (prelati - 100% - e chirografari - percentuale inferiore al 100%) partecipanti all'accordo, offrendo così una delle prime interpretazioni giurisprudenziali dell'inciso «regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo», tra l'altro in netta controtendenza

con la lettura offerta in merito dalla dottrina maggioritaria⁽¹⁾ e dalle altre poche pronunce che risultano allo stato edite⁽²⁾ e che ritengono, al contrario, che i creditori estranei debbano essere pagati in modo integrale (equiparando tale termine al «regolare» usato dal legislatore) perché non chiamati (neppure con una espressione di voto) a partecipare all'accordo.

Torneremo sulla delicata quanto fondamentale tematica nel prosieguo.

Preliminarmente ci sembra, invece, utile evidenziare come il d.lgs. 35/05 (convertito dalla legge 80/05) ha finalmente introdotto due nuovi e più moderni strumenti per affrontare le crisi aziendali: il novellato concordato preventivo ex art. 160 legge fallim. ed il c.d. concordato stragiudiziale omologato di cui all'art. 182 bis legge fallim.

In precedenza la legge mirava a tutelare essenzialmente le ragioni dei creditori e del debitore, non interessandosi invece in modo precipuo delle sorti del bene azienda.

Invero, la legislazione concorsuale di cui al R.D. 16 marzo 1942 n. 267 era, in concreto, inidonea a garantire qualsiasi intervento teso all'eventuale risanamento dell'impresa insolvente, perché, in presenza dell'istituto della revocatoria fallimentare così come configurata dalla normativa del 1942, era sostanzialmente impossibile per ogni fornitore di beni o servizi, come per il sistema bancario, intrattenere rapporti con l'impresa in difficoltà.

Difatti, in caso di successivo fallimento, gli atti, i pagamenti e le garanzie relative a nuove forniture o nuovi finanziamenti sarebbero stati oggetto di sicura revocatoria nell'ipotesi di tentativo, per quanto strutturati, di risanamento dell'azienda in crisi.

Né allo scopo si era rivelata utile la procedura di amministrazione controllata per via dell'eccessiva rigidità procedurale e temporale (e quindi sensatamente ora abrogata dal recente d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006).

Invece oggi, con le nuove forme di concordato preventivo giudiziale e c.d. stragiudiziale omologato ex art. 182 bis legge fallim., così come supportate dal novellato art. 67 legge fallim., nonché dal nuovo art. 182 ter legge fallim., tutto potrebbe cambiare.

⁽¹⁾ Potranno leggersi in proposito gli scritti di S. AMBROSINI-P.G. DENARCI, «Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti», *Giuffrè*, 2005, 177 e seg., 191, 192; L. PANZANI, «Il d.l. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallim.», in www.fallimentonline.it, 2005, nota 3, oppure in Atti del Convegno su «La riforma del diritto fallimentare», Ipsos, Firenze, 6 luglio 2005, 10; G. FAUCIELLA, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005», in *Il Fallimento*, 2005, 1445; A. JONIO, «Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria», in *Il Fallimento*, 2005, 1453; E. FRASCAROLI SANTI, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fidejussori del debitore», in *Dir. Fall.*, 2005, I, 849; M. FABIANI, «Le trasformazioni della legge fallim.», in *Foro It.*, 2005, V, 153; G. LO CASCO, «La nuova legge fallim.: dal progetto di legge delega alla mini-riforma per decreto legge», in *Il Fallimento*, 2005, 361; G. GIANNELLI, «Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto», in *Dir. Fall.*, 2005, I, 1156.

Sembrava esprimersi inizialmente in forma dubitativa M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle imprese fra debitore e creditori: storia italiana della limitazione competitiva*, in *Il Fallimento*, 2005, 587, dubbi che ci paiono ora superati a favore della tesi del decreto qui in commento nel successivo articolo dello stesso autore, *Art. 182 bis. La nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 24 del 28 dicembre 2005, 48.

⁽²⁾ Le decisioni contrarie alla tesi fatta propria dal Tribunale di Milano nella decisione in commento, sono quelle del Tribunale di Salerno, (decreto) 3 giugno 2005, in *Il Fallimento*, 2005, 1297, con nota di G. FAUCIELLA, «Il ruolo del Tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo», del Tribunale di Bari, (decreto) 21 novembre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, 536, con nota di A. CAIAFA, *Accordi di Ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, nonché in *Il Foro it.*, 2006, I, 263 con nota di M. FABIANI, «Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganizzazione», nonché in www.fallimentonline.it 2005, con nota di L. PANZANI, «I nuovi accordi di ristrutturazione», del Tribunale di Roma (ordinanza), 7 luglio 2005, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 24 del 28 dicembre 2005, 47, del Tribunale di Milano, 16 gennaio 2006, *inad.*, su cui vedi M. FABIANI, in *Il Sole-24 Ore* del 16 aprile 2006, 17, nonché del Tribunale di Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fallimento*, 2006, 609 (s.m.).

È vero: senz'altro il legislatore del D.L. 35/05 poteva fare meglio, molto meglio, evitando tra l'altro (se del caso in sede di conversione) macroscopici difetti di coordinamento con la vecchia disciplina⁽¹⁾.

E purtroppo neppure la recentissima riforma del diritto fallimentare di cui al citato d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 è stata utilizzata allo scopo⁽²⁾.

Ma, senz'altro, la «*mini-riforma per decreto legge*»⁽³⁾ poteva essere accolta più costruttivamente – essendo pur sempre una Legge da applicare ed in un delicatissimo settore quale è quello dell'impresa in crisi – dai primi autorevoli commentatori⁽⁴⁾, come da alcune delle prime pronunce⁽⁵⁾, ricercando letture interpretative più in linea con la *ratio* sottesa a norme da così tanto tempo attese e che, pur nei loro evidenti limiti⁽⁶⁾, hanno comunque l'indubbio pregio di rappresentare una svolta in un sistema legislativo da tanto, troppo, tempo immobile rispetto alle dinamiche economiche regolate dall'antecedente normativa e che nel corso di oltre mezzo secolo sono mutate enormemente⁽⁷⁾.

Diversamente opinando si rischia di prestare il fianco a quelle critiche che già serpeggia-

⁽¹⁾ Si pensi, ad es., al rinvio effettuato dal novellato art. 163 legge fallim. all'inesistente comma quarto dell'art. 173 legge fallim. Vedi anche sul punto l'esussivo elenco redatto da L. PANZANI, «*Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallim.*», cit.

⁽²⁾ Va costituito ancora una volta di più che il nostro legislatore, delegante o delegato che sia, è ormai poco avvezzo al rispetto della buona tecnica redazionale delle norme. Nel caso di specie anche con riguardo al rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al comma sesto dell'art. 1, legge 14 maggio 2005, n. 80. Infatti l'occasione del recente d.lgs. 5/06 era ghiotta per eliminare gli evidenti refusi e difetti di coordinamento contenuti nelle norme in materia di concordato preventivo emanate con il d.lgs. 35/05 e con la l. n. 80/05. Invece nulla è stato fatto in merito come forse un attentissimo legislatore delegato poteva scegliere di fare per non cedere alla delega conferta che, infatti, in alcun modo faceva riferimento al concordato preventivo. Pectore che poi l'eccesso è avvenuto in modo macroscopico e sostanziale con l'emanazione tanto dell'art. 182 *ter* legge fallim., quanto con la incisiva modifica dell'art. 167 legge fallim.

⁽³⁾ Così come criticamente definita e commentata da G. LO CASCIÒ, «*La nuova legge fallim.: dal progetto di legge delega alla mini-riforma per decreto legge*», cit.

⁽⁴⁾ In particolare G. LO CASCIÒ, «*La nuova legge fallim.: del progetto di legge delega alla mini-riforma per decreto legge*», cit., 361; L. PANZANI, «*Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallim.*», cit., 10 e M. FABIANI, «*Le trasformazioni della legge fallim.*», cit. e «*L'alfabeta della nuova revocatoria fallimentare*», in *Il Fallimento*, 2005, 573.

⁽⁵⁾ Basti pensare alle «*origoristiche*» decisioni rese da alcuni Tribunali sul concetto di «*stato di crisi*», che, ove travalichi nell'insolvenza, non consentirebbe il ricorso al concordato preventivo: Tribunale di Treviso (decreto *per le crisi*), in *Il Sole-24 Ore*, n. 311 del 16 novembre 2005, 31. Fortunatamente il legislatore di fine d'anno ha pensato bene di stroncare sul nascere una tale inaccettabile interpretazione mediante l'inscrimento, ad opera dell'art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, di un ultimo comma all'art. 160 legge fallim., il quale ha normativamente chiarito che «*ai fini del comma 1 per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*», codificando così una lettura comunque agevolmente ricavabile dal sistema, vista anche la definizione di «*situazione di crisi*» di cui all'art. 1, lett. «c», del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 emanato a seguito della legge delega 2 agosto 2004, n. 210 concernente la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire.

⁽⁶⁾ Compito dell'operatore di diritto è quello di cercare «*di fare qualsiasi sforzo per tentare di trovare un coordinamento tra le nuove norme e la militante restante disciplina al fine di dare unitarietà ad un sistema che ne è ormai privo*». Ed ancora: «*ritengo che compito dell'interprete sia quella di denunciare sì le discrasie della legge ma di cercare nel contenuto di *supervacuis* in tali termini si è costruttivamente espresso G. BOZZA, «*Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*», in *Il Fallimento*, 2005, 952.*

⁽⁷⁾ Sempre sullo stesso solo è stato evidenziato che «*salmeno sul contenuto, la mini-riforma non dovrebbe però incontrare pregiudiziali dissensi. Le cose giuste non sono né di destra né di sinistra: sono giuste e basta e il Paese non poteva più attendere per l'incapacità del Parlamento di darsi carico dei problemi del mondo e delle imprese*», così L. STANGHELLINI, «*Fallimenti, riforma a piccoli passi*», in *Atti del Convegno su «La riforma del diritto fallimentare*», Ipsos, Firenze, 6 luglio 2005, 8.

no tra gli operatori e che ipotizzano una difesa «corporativa» di una parte della magistratura, non disposta ancora ad accettare l'evidente degiurisdizionalizzazione insita nelle scelte di fondo del legislatore della riforma⁽¹⁰⁾.

E pensare che ancora non si sono spente le eco della decisione a sezione unite della Suprema Corte che, già *ante* novella, non aveva avuto timore a ricordare la natura essenzialmente privatistica e, appunto, per certi versi degiurisdizionalizzata, del concordato preventivo⁽¹¹⁾.

Certo, di fronte ad un nuovo concordato preventivo che non richiede più la sussistenza del requisito della meritevolezza, è comprensibile il timore di abusi da parte di imprenditori sleali⁽¹²⁾.

Timore comprensibile, ma non fondato.

Infatti il Giudice potrà in qualunque momento far cessare la procedura concordataria ove accerti, anche *ante* omologa ex art. 173 legge fallim., atti in frode o il venir meno della condizioni di ammissibilità⁽¹³⁾.

D'altra parte la nuova normativa non ha certo portato alla abrogazione della disciplina penalistica di cui all'art. 236 legge fallim., che, quindi, senz'altro continuerà a rappresentare un importante deterrente.

Va inoltre aggiunto che, come *ante* novella, resta in ogni caso fermo il diritto di ogni singolo creditore di agire con azione di responsabilità⁽¹⁴⁾ nei confronti dell'organo amministrativo, liquidatorio e di controllo, della società debitrice concordataria, con l'aggiunta, grazie alla riforma societaria del 2003, dell'azione diretta ex art. 2476, comma settimo, cod. civ. contro il socio di soc. a resp. lim.

⁽¹⁰⁾ Come criticamente evidenziato anche nel parere sulla riforma reso dal CSM in data 9 novembre 2005, in www.magistraturademocratica.it/md.php/10/851. Negli stessi termini vedi anche M. FABIANI, «*L'alfabeta della nuova revocatoria fallimentare*», cit., 573.

⁽¹¹⁾ Cassazione, 27 luglio 2004, n. 14083, in *Il Fallimento*, 2005, 131 con nota G. LO CASCIÒ.

⁽¹²⁾ Come giustamente evidenziato, vi è il rischio di traghettare nel salvataggio dell'impresa «*anche imprenditori sleali e deliberatamente artefici delle insolvenze sopratutto verso creditori istituzionali (fisco, previdenza) o involontari danneggiati da attività produttive pericolose*». Così, con riferimento alla scelta del legislatore concordatario della possibilità di dividere i creditori anche per classi, M. FERRARO, «*I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza concorsuale*», cit.

⁽¹³⁾ Sulla indubbia applicabilità e sulla fondamentale funzione di permanente sistema di controllo nella fase tra l'ammissione e l'omologa dell'art. 173 legge fallim., si è subito manifestata una convergenza tra i primi commentatori della riforma. Vedi in particolare, S. PACCHI, «*Il nuovo concordato preventivo*», in *Atti del Convegno su «La riforma del diritto fallimentare*», Ipsos, Firenze, 14 ottobre 2005, 119; M. FERRARO, «*I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza concorsuale*», cit., 587; G. BOZZA, «*Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*», cit., 952, il quale inoltre acutamente osserva che con la riforma del d.lgs. 30/05, non richiedendosi più necessariamente per l'ammissione al concordato lo stato di insolvenza, essendo sufficiente anche il mero rischio dell'insolvenza stessa, «*la proposta di concordato non può in alcun modo essere considerata antistitutiva del dissenso né l'ammissione allo stesso può presupporre una decisione accertativa di tale stato, sicché il giudizio sui requisiti del fallimento diventa molto più pregnante nel nuovo sistema facendo perdere alla conversione (ndr: ex art. 173 legge fallim.) quel carattere punitivo e sanzionatorio con funzione anche preventiva di deterrente per il debitore a compiere atti di frode o altro. Di modo che, se, in passato era immaginabile, per il quasi automatismo della conversione la giurisprudenza era pervenuta, che il debitore che avesse compiuto uno degli atti indicati dall'art. 173 non fosse dichiarato fallito, in futuro potrà accadere che lo stesso imprenditore possa non essere dichiarato fallito ove non sia accertato che tali atti, o altri elementi, abbiano determinato lo stato di insolvenza, con l'ulteriore conseguenza che quel debitore, non essendo più richieste le condizioni soggettive di ammissibilità, potrebbe ripresentare immediatamente una nuova proposta*».

⁽¹⁴⁾ È ormai consolidato convincimento della Suprema Corte che l'azione ex art. 2394 cod. civ. non abbia natura surrogatoria (cfr., ex multis, Cassazione, 22 ottobre 1998, n. 10488). Da ciò consegue che, durante la procedura concordataria e, successivamente, anche dopo l'omologa, i creditori sociali mantengono il pieno diritto di agire nei confronti degli organi amministrativi, liquidatori e di controllo della società debitrice. In dottrina, vedi

2. *Tratti essenziali dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e della relativa procedura.* - In un solo articolo (il 182 bis) il sintetico Legislatore della novella del 2005 ha collocato la procedura in esame, già battezzata «concordato preventivo semplificato»⁽¹⁵⁾, o, come preferito anche da chi scrive, «concordato stragjudiziale omologato»⁽¹⁶⁾, dando vita ad una procedura snella, forse anche troppo per certi versi⁽¹⁷⁾, in cui finalmente hanno trovato patria gli alquanto pericolosi concordati stragjudiziali⁽¹⁸⁾.

Q. D'ANGELO, «Azione di responsabilità e concordato preventivo», in *Dir. Fall.*, 1993, I, 598; A. FRANGINI, «Riflessioni e spunti ricostruttivi in tema di azione ex art. 2394 cod. civ. e concordato preventivo», in *Giust. Civ.*, 1993, II, 367; G. LO CASCO, «Il concordato preventivo», Giuffrè, 2002, 672. In giurisprudenza, vedi Tribunale di Bologna, 8 agosto 2002, in *Giur. It.*, 2003, 1649; Tribunale Torino, 28 maggio 1997, in *Giur. It.*, 1997, I, 2, 625; Appello Milano, 14 gennaio 1992, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 63.

⁽¹⁵⁾ Mutuando così un'espressione utilizzata in forma dubitativa da L. PANZANI, «Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallim.», cit., 10. Ancora più suggestiva e per certi versi più in linea con il dettato normativo che impone una più elevata maggioranza rispetto al concordato di cui all'art. 160 legge fallim., appare la definizione di «concordato rafforzato» usata, pur se in chiave interrogativa, da M. FERRO, «I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della limitazione della liquidazione», cit., 587, il quale rinuncia più volte nel proprio scritto alla similitudine tra la procedura di cui all'art. 182 bis legge fallim. ed il concordato preventivo ex art. 160 legge fallim., tanto da affermare che «moltiplici fattori fanno propendere per uno strumento rafforzativo della domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, stante la facoltà per il debitore di depositare l'accordo di ristrutturazione esclusivamente con la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161 e tenuto conto dell'ibridazione stessa dell'art. 182 bis», che non a caso - si osserva - precede (anche) l'art. 184 legge fallim.

⁽¹⁶⁾ Così si esprime E. FRASCAROLI SANTI, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fidejussori del debitore», cit., secondo la quale «con la svolta legislativa attuata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80), che ha introdotto l'art. 182 bis nella legge fallim., i c.d. concordati stragjudiziali sono entrati, dunque, nel sistema concorsuale italiano».

⁽¹⁷⁾ Pone, infatti, seri dubbi di costituzionalità la decorrenza, dal deposito dell'accordo presso il Registro delle imprese, del termine di 30 giorni per l'opposizione all'omologa, ed ancor di più il termine di 15 giorni previsto dall'art. 183 legge fallim. per il reclamo contro il decreto relativo all'omologa stessa. Difatti, deve ritenersi irrinunciabile il mantenersi sul solo dell'insegnamento tracciato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 12 settembre 1974, n. 295 (in *Giur. Comm.*, 1975, II, 285), che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 183 legge fallim. nella parte in cui, per le parti costituite, fa decorrere il termine per la proposizione dell'appello, non dalla data di ricezione della comunicazione del dispositivo, bensì dall'affissione della sentenza. E tutto ciò a maggior ragione ove si ritenga, come chi scrive, che l'accordo ex art. 182 bis legge fallim. produce gli effetti di cui all'art. 184 legge fallim. anche per i creditori estranei, estranei anche nel senso che, a differenza di quelli del concordato preventivo ex art. 160 legge fallim., neppure destinatari della comunicazione di cui all'art. 171 legge fallim.

Sembra sulla stessa linea M. R. GROSSI, «La riforma della legge fallimentare. Commenti e formule della nuova revocatoria e del nuovo concordato preventivo», Giuffrè, 2005, 334.

Un'efficace soluzione pratica per la risoluzione del problema viene prospettata da G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», in *Dir. Fall.*, 2005, 865, il quale propone «una temporanea e formale comunicazione a tutti i creditori (ndr.: estranei) della avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo in parola e del termine entro il quale è possibile presentare opposizione; la questione di costituzionalità, infatti, se presentata, non avrebbe rilevanza nel caso di specie» poiché, come osservato sempre dallo stesso autore in nota n.14, «il sindacato di legittimità costituzionale non può essere invocato se esso non fosse rilevante ai fini della decisione», ex art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 879.

Tale interessante spunto è stato già colto dalla giurisprudenza: v. Tribunale di Roma 7 luglio 2006, cit. D'altra parte una scelta di tal genere sarebbe in linea con la ratio seguita dal legislatore della riforma societaria del 2003 nella redazione di art. 2500 quinquies, comma secondo, cod. civ. concernente la liberazione della responsabilità per le obbligazioni sociali dei soci illimitatamente responsabili in caso di trasformazione della società.

Peraltro, non operare in maniera efficace affinché i creditori estranei siano messi realmente nelle condizioni di avere conoscenza dell'accordo de qua, ha portato addirittura a ritenere che solo per tale aspetto non procedura de qua non abbia, anche per i creditori estranei, gli effetti di *cras-doun* di cui all'art. 184 legge fallim. Cfr. M. CAFFI, «Considerazioni sul nuovo art. 182 bis legge fallim.», in *Dir. Fall.*, 2005, I, 876.

⁽¹⁸⁾ Pericolosi - ed in alcuni casi anche per lo stesso professionista - essendo privi degli effetti fondamen-

Infatti, ciò che distingue decisamente tale procedura, rispetto a quella di cui all'art. 160 legge fallim., è l'esistenza, già all'atto del deposito della domanda e dei documenti di cui all'art. 161 legge fallim., di un accordo tra debitori e (tutti o almeno il 60% (19) dei) creditori, negozio necessitante unicamente dell'omologa del Tribunale e non invece di una (mera) proposta del debitore, prima da ammettersi a cura del Tribunale, poi da approvarsi da (tutti o almeno il 50%+1) i creditori, per essere infine omologato sempre a cura del Tribunale.

Accordo che, sin dal deposito in Cancelleria, oltre che previamente presso il Registro delle imprese⁽²⁰⁾, dovrà essere supportato dalla relazione di un non meglio precisato «esperto»⁽²¹⁾ che dovrà attestare la «attendibilità del piano» con particolare riguardo alla «sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei», senza, comunque, che tale professionista debba necessariamente scendere anche sul dato della «veridicità dei dati aziendali», requisito invece richiesto all'esperto di cui all'art. 160 legge fallim.

I creditori (ovviamente estranei all'accordo) e comunque ogni interessato (ad es. un fideiussore) potranno proporre opposizione entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accordo presso il Registro delle imprese.

tali, a valenza anche protettiva, propri del concordato preventivo ex art. 160 legge fallim.: tanto civilistici che penalistici ex lege fallimentare.

Sulla tematica in genere dei concordati stragjudiziali, cfr., ex multis, A. JORIO, «Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria», cit.; S. BONVATTI, «Gli accordi stragjudiziali per la composizione della crisi di impresa nei progetti di riforma della legge fallim.», in *Dir. Fall.*, 2003, I, 113; L. PANZANI, «La gestione stragjudiziale dell'insolvenza», in *Il Fallimento*, 1997, 553; F. BONELLI, «Nuove esperienze nella soluzione stragjudiziale delle crisi delle imprese», in *Giur. Comm.*, 1997, I, 488; G. ROSSI, «Crisi delle imprese: la soluzione stragjudiziale», in *Riv. Soc.*, 1996, 321; S. AMBROSINI-P. G. DEMARCHI, *op. cit.*

Vedi in giurisprudenza Cassazione, 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Riv. Dir. Impri.*, 1991, 332, con commento di A. JORIO, «Gruppo di imprese, holding e socio tiranno», nonché in *Giur. Comm.*, 1991, II, 366, con nota di N. RONDINONE, «Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale»; Cassazione, 18 marzo 1979, in *Giust. civ.*, 1979, I, 951. Va dato atto della sussistenza di un diverso indirizzo secondo cui la validità del concordato stragjudiziale è subordinata al consenso di tutti i creditori: cfr. Cassazione, 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fallimento*, 1993, 352; Tribunale Roma 5 marzo 1982, in *Riv. Dir. Comm.*, 1983, II, 255, con commento di B. LIGNATI, «Insolvenza di gruppo e revocatoria ex lege n. 95 del 1979».

⁽¹⁹⁾ Nel silenzio dell'art. 182 bis legge fallim. deve ritenersi che nel montecredito non debbano considerarsi i crediti con causa prelativa, né possa operarsi una suddivisione per classi. Sembra orientarsi in senso opposto, S. D'AMORA, «Note esecutive sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti», in *www.fallimentonline.it*, 2005. Sullo stesso solo, v. G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione dei debiti», in *legge fallim.*, cit., 865. Invece, con riguardo alla sola possibilità della divisione per classi, cfr. M. FERRO, «I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della limitazione della liquidazione», cit., 587.

⁽²⁰⁾ Sulla circostanza che la domanda debba depositarsi prima presso il Registro delle imprese e solo successivamente in Cancelleria, cfr. S. D'AMORA, «Note esecutive sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti», cit., precisandosi che il deposito presso il Registro delle imprese riguarda unicamente l'accordo ma non l'allegata documentazione, che va conservata esclusivamente in Cancelleria, come giustamente osservato da G. FAUCELLA, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005», cit.

⁽²¹⁾ Considerato il mancato richiamo all'art. 28 legge fallim., effettuato invece dall'art. 161 legge fallim. in relazione al «professionista» ivi richiamato, non sembra dubitabile che l'esperto di cui all'art. 182 bis legge fallim. sia figura che non debba possedere i requisiti di cui al citato art. 28 legge fallim.: cfr. più in generale sulla responsabilità dell'esperto de qua le interessanti considerazioni di M. FERRO, «Il piano attestato di risanamento», in *Il Fallimento*, 2005, 1353, nonché S. AMBROSINI-P. G. DEMARCHI, *op. cit.*, 191, e 192.

Peraltro, secondo G. FAUCELLA, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005», cit., 1445, l'esperto deve comunque essere un professionista iscritto nella sezione A dell'albo dei dottori commercialisti e dei ragionieri, considerato che a questi professionisti sono dalla legge attribuite competenze in tema di istruttoria per l'accesso ai contributi finanziari e le successive rendicontazioni per la valutazione dei requisiti in tema di project financing. Essendo senz'altro applicabili i principi generali in materia di responsabilità professionale, l'esperto di

delle prime decisioni che risulta edita in argomento⁽²⁷⁾, che il controllo del Tribunale si estrinsecherà nel *verificare la regolarità della maggioranza, l'autenticità dei consensi*⁽²⁸⁾, lo *sostamento economico* (ndr: riteniamo anche attraverso C.T.U. concernente la relazione dell'esperto⁽²⁹⁾) *delle percentuali rispetto ad un passivo che, in ipotesi, risulti ben maggiore, la sussistenza delle condizioni procedurali*⁽³⁰⁾.

Nel silenzio della legge il Giudice non potrà, come d'altro canto in caso di concordato preventivo ex art. 160 legge fallim.⁽³¹⁾, soffermarsi sulla meritevolezza (del debitore) e sulla convenienza (dell'accordo).

Né alcun recupero di tale ultimo requisito oggettivo potrà avvenire con la valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle classi, non prevedendo la norma in esame la possibilità di divisione per classi, neppure indirettamente, atteso che l'art. 182 bis legge fallim. richiama esclusivamente l'art. 161 legge fallim., e non, invece, l'art. 160 legge fallim., né i collegati artt. 177 e 180 legge fallim., cioè le uniche norme che nella procedura di concordato preventivo fanno riferimento alla divisione per classi⁽³²⁾.

Durante tutta la procedura *de qua*, e fino all'avvenuta omologa, resterà fermo – ed ecco la risposta al secondo dei due quesiti iniziali – il potere ex art. 173 legge fallim. del Giudice, non rinvenendosi ragioni per escludere l'applicazione di una norma di chiusura quale è quella

di ristrutturazione di debiti nella legge n. 80/2005, cit., 1445. Per completezza va dato conto delle conclusioni piuttosto severe di G. Bozza, «*il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio*», in *Il Fallimento*, 2005, 1325, il quale infatti giunge ad affermare che con la procedura di cui all'art. 182 bis si è pervenuti alla «*sostanziale eliminazione di ogni controllo giudiziario*».

⁽²⁷⁾ Cfr. Tribunale di Salerno, (decreto) 2 giugno 2005, cit.

⁽²⁸⁾ Sullo specifico punto della forma – autenticata – che dovranno rivestire le firme dei sottoscrittori l'accordo, si veda anche Tribunale Bari, (decreto) 21 novembre 2005, cit.

⁽²⁹⁾ D'altro canto opinare diversamente significherebbe svuotare di sostanziale contenuto il procedimento (pur se) camerale *de quo* in cui, come è stato giustamente osservato, devono essere assicurate in ogni caso «*le garanzie minime, tra le quali deve essere compreso il diritto alla prova ed al contraddittorio*»; così M. FABIANI, «*Ristrutturazione dei debiti con omologazione obbligatoria*», cit., 22.

⁽³⁰⁾ Così si è espresso il Tribunale di Salerno, (decreto) 2 giugno 2005, cit.

⁽³¹⁾ Aspetto assolutamente pacifico. È peraltro interessante segnalare che secondo P.F. CENSONI, «*Il nuovo concordato preventivo*», in *Giur. Comm.*, 2005, I, 723, esiste un'eccezione rispetto al requisito della meritevolezza. Infatti, può comunque esservi un *recupero* grazie all'art. 173 legge fallim. allorché si accerti un atto in frode ex art. 173 legge fallim. anche durante il giudizio di omologa. E d'altra parte soprattutto grazie all'art. 173 legge fallim. che le prime pronunce in materia di concordato preventivo hanno chiarito che il controllo del Giudice non è solo formale, ma anche sostanziale, sia sulla fattibilità del piano che sulla veridicità dei dati aziendali e deve esplicarsi durante tutta la procedura sino all'avvenuta omologa. Cfr. in argomento, Tribunale di Pescara (decreto) 20 ottobre 2005, in *www.fallimentonline.it*, 2005; Tribunale di Monza, 16 ottobre 2005, cit.; Tribunale di Salomona, (decreto) 6 giugno 2005, in *Il Fallimento*, 2005, 793, con nota di G. Bozza, «*L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*»; Tribunale di Torino, 17 novembre 2005, cit.

Rispetto alla procedura di concordato preventivo (e solo rispetto a questa, non essendovi in quella di cui all'art. 182 bis legge fallim. la fase del voto) va comunque dato atto dell'acuto punto di vista espresso dal giudice medico in un recentissimo ed inedito (allo stato) decreto – 8 febbraio 2006, rep. 59 – secondo cui il potere di intervento del giudice per atti in frode ex art. 173 legge fallim. trova un limite nell'avvenuta approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori purché sulla base di un «consenso informato».

Tale conclusione è convincente perché è coerente con l'accentuata natura privatistica dell'istituto e perché, diversamente, si darebbe rilievo ad una aspetto (quello della meritevolezza) non più considerato quale presupposto della procedura *de qua*, ma che senz'altro può e deve recuperarsi rispetto agli atti in frode ex art. 173 legge fallim., purché i creditori, ormai fondamentali protagonisti della nuova procedura, una volta informati del compimento di tali atti, non li abbiano comunque reputati pregiudizievole rispetto alle loro ragioni tanto da esprimere voto positivo nei confronti della proposta concordataria.

⁽³²⁾ Vedi anche *supra* nota n. 18.

Trascorso tale termine inizierà il giudizio di omologa, anche in caso di insussistenza di opposizioni⁽²³⁾ e nonostante sul punto l'infelice formulazione della norma⁽²⁴⁾, giudizio che porterà rapidamente, stante il prescelto rito camerale, alla pronuncia di un decreto motivato, reclamabile in Corte d'appello entro 15 giorni dalla pubblicazione presso il Registro delle imprese.

La scelta del rito camerale, pur nel *mix* conseguente al rinvio all'art. 183 legge fallim. prevedente un giudizio a cognizione piena quando per il reclamo in fase cautelare esiste una norma *ad hoc* che è l'art. 739 cod. proc. civ.⁽²⁵⁾, va accolta con favore, atteso che permetterà di far ricorso a quella quasi ontologicamente necessaria – considerata la peculiarità natura delle procedure concorsuali – libertà procedimentale tipica di tale rito (considerazione valevole a maggior ragione in sede di sub-procedimento ex art. 173 legge fallim.)⁽²⁶⁾.

3. *Il ruolo del Giudice.* – Ma in cosa si estrinsecherà il controllo del Giudice durante la fase di omologa?

Ed inoltre potrà anche esplicitarsi prima?

Sul primo quesito deve concludersi, in sintonia con la generalità degli autori⁽²⁶⁾ e di una

cui all'art. 182 bis legge fallim. potrà certamente essere soggetto ad azione risarcitoria tanto, in via contrattuale, da parte del debitore quanto, in sede extraccontrattuale, da parte dei creditori. Invece tale esperto, così come il professionista di cui all'art. 161 legge fallim., non sarà soggetto alla responsabilità penale conseguente al mancato inquadramento della propria figura in quella di cui all'art. 64 legge fallim., nel cui alveolo ricade invece l'esperto dei c.d. piani attestati di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, legge fallim. Cfr. sull'argomento L. MANDRIOLI, «*I piani di risanamento e di ristrutturazione*», in *Atti Convegno su «La riforma del diritto fallimentare»*, Ipsos, Firenze, 14 ottobre 2005, nonché M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della limitazione competitiva*, cit., 587.

La relazione dell'esperto, di cui all'art. 182 bis legge fallim., nonostante la diversa formulazione normativa, è ontologico che abbia lo stesso contenuto di quella del professionista di cui all'art. 161 legge fallim.. Diversamente, infatti, risulterebbe impossibile, per i creditori estranei prima e per il Tribunale poi, verificare, sia la reale entità del montecrediti ai fini del calcolo della maggioranza del 60%, sia apprezzare la fattibilità del piano di ristrutturazione, soprattutto ai fini del pagamento dei creditori estranei, pur se con un giudizio di seria verosimiglianza da effettuarsi comunque con una valutazione *quo ante*. Vedi in tal senso G. FAUGELIA, «*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*», cit., 1445; G. VERNÀ, «*Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*», cit., 865; contra D. GALLETTI, «*I piani di risanamento e di ristrutturazione*», in *Atti del Convegno su «La riforma del diritto fallimentare»*, Ipsos, Firenze, 14 ottobre 2005, 214, secondo il quale la relazione del professionista di cui all'art. 161 legge fallim. deve avere ben più ampio ambito di prospettive, atteso che l'effetto della procedura di concordato ex art. 160 legge fallim. «*può essere anche, e normalmente sarà, una modifica delle ragioni di tutti o taluni creditori, senza limiti prestabiliti*».

⁽²³⁾ Vedi in argomento, tra gli altri, L. PANZANI, «*Il d.l. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallim.*», cit.; G. FAUGELIA, «*Gli accordi di ristrutturazione di debiti nella legge n. 80/2005*», cit., 1445; M. FABIANI, «*Ristrutturazione dei debiti con omologazione obbligatoria*», in *Il Sole-24 Ore*, n. 5, 6 gennaio 2006, 22.

⁽²⁴⁾ Pena, in difetto, l'impossibilità di accedere, in caso di fallimento, al beneficio dell'esenzione dalla revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. «e», legge fallim., che espressamente richiama i soli accordi ex art. 182 bis legge fallim. omologati.

⁽²⁵⁾ Proprio grazie a ciò si è ritenuto integrabile la relazione del professionista; cfr. Tribunale di Bari (decreto) 21 novembre 2005, cit. Analogamente in sede di concordato preventivo, ex art. 160 legge fallim.: Tribunale di Milano, (decreto) 27 ottobre 2005, in *Guida al Diritto*, n. 46, 3 dicembre 2005, 50, con nota di S. DE MATTEIS, «*La relazione tecnica del professionista non condiziona l'ammissibilità dell'isurto*». Incidentalmente, ma chiaramente nello stesso senso, cfr. Tribunale di Torino, 17 novembre 2005, in *www.fallimentonline.it*, 2005.

Parimenti si è ritenuto modificabile *in post* la proposta di concordato preventivo ex art. 160 legge fallim., con obbligo in tal caso di far rivisitare i creditori: cfr. Tribunale di Ancona, (decreto) 13 ottobre 2005 e Tribunale di Monza, (ordinanza) 28 settembre 2005, con nota di S. DE MATTEIS, «*Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*», in *Il Fallimento*, 2005, 1402.

⁽²⁶⁾ Cfr., ex multis, M. FABIANI, «*Le trasformazioni della legge fallim.*», cit., 153; G. FAUGELIA, «*Gli accordi*

di specie e che permetterà al Tribunale, in qualunque momento della procedura e fino all'omologazione, di bloccarla subito, ove ne vengano meno i presupposti⁽³³⁾.

Così come resterà fermo il potere del Giudice di intervenire con gli strumenti della risoluzione (ex art. 137 legge fallim.) ovvero dell'annullamento (ex art. 138 legge fallim.) dell'accordo di ristrutturazione di debito. Infatti, dopo l'omologazione dello stesso, la relativa fase attuativa vedrà senz'altro applicabili, nei limiti dell'obiettivamente compatibile, le previsioni di cui all'art. 186, comma primo, legge fallim.⁽³⁴⁾.

4. *Il regolare pagamento dei creditori estranei.* — È finalmente scendiamo nell'esame della tematica fondamentale che il decreto di omologazione qui in commento pone attraverso l'approvazione di un ricorso ex art. 182 bis legge fallim. basato sul pagamento «secondo le regole dell'accordo»⁽³⁵⁾ anche per i creditori estranei all'accordo stesso.

L'art. 182 bis legge fallim. prevede nella parte finale del comma 1 che la relazione redatta dall'esperto sulla attuabilità dell'accordo si soffermi soprattutto sulla idoneità del piano «ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei».

Ma quale è il significato da attribuire all'inciso «regolare pagamento dei creditori estranei»?

Come visto, per una parte significativa dei primi commentatori, nonché delle prime pronunce editte rinvenute⁽³⁶⁾, «regolare» equivale ad «integrale» e pertanto i creditori estranei all'accordo dovranno essere pagati al 100%, siano o meno creditori prelati.

Secondo invece l'opinione, cui si ritiene di aderire, di altra dottrina, nonché della pronuncia qui in commento⁽³⁷⁾, non può essere questa la corretta interpretazione della norma *de qua*, pena, peraltro, svuotarla di qualsiasi significato e comunque speranza applicativa.

Quindi i creditori rappresentanti il 40% del montecrediti partecipano anch'essi alla pro-

cedura concorsuale (perché tale è, pur se minore, rispetto alla già ... minore concordataria di cui all'art. 160 legge fallim.) *de qua*, nel senso che anche detti creditori, in linea con il precetto generale di cui all'art. 2741 cod. civ. (e della lettera della rubrica dell'art. 182 bis legge fallim.: «accordi di ristrutturazione dei debiti», quindi di tutti debiti non di una parte), dovranno regolarmente ricevere lo stesso trattamento della maggioranza dei creditori.

In altri termini — e parafrasando così l'art. 2741 cod. civ. — «salvo le legittime cause di prelazione», «tutti i restanti creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore», anche se questi — aggiungiamo noi — ristrutturano tutti (l'art. 182 bis legge fallim., come accennavamo, non parla di parte dei) i propri debiti con l'accordo della maggioranza dei creditori e sotto il controllo del Giudice.

Si sostiene che una lettura di tal genere non potrebbe mai condividersi perché esproprierebbe dal relativo diritto creditori, non solo non partecipanti all'accordo, ma neppure chiamati a votare⁽³⁸⁾.

Orbene, è facile obiettare che, a prescindere dal rimedio dell'opposizione all'omologazione, il creditore non partecipante all'accordo si trova comunque ad essere favorito rispetto ai «collegati» di cui alla procedura ex art. 160 legge fallim., atteso che in tal ultimo caso, ove anche voti in contrario, basterà che il 50%+1 la pensi diversamente per subire la regola della maggioranza, mentre negli accordi ex art. 182 bis legge fallim. risulterà molto più tutelato perché, per subire l'accordo, sarà necessaria la più ampia maggioranza del 60%.

Insomma, è come se si dicesse che il socio di minoranza di una soc. a resp. lim. risulti maggiormente tutelato da una decisione assembleare al 50%+1 anziché da una decisione mediante consultazione scritta tra soci richiedente la maggioranza del 60%.

D'altra parte, ove non si acceda a detta interpretazione, risulterebbe sostanzialmente sempre preferibile la scelta verso il c.d. «piano unilaterale di risanamento ragionevole» di cui all'art. 67, comma terzo, lett. «d» legge fallim., fruente anch'esso della esenzione dalla revocatoria fallimentare al pari, ai sensi della lettera «e» del citato art. 67 legge fallim., dell'accordo omologato ex art. 182 bis legge fallim.

Infatti, perché ricorrere alla procedura di cui all'art. 182 bis legge fallim., necessitante comunque di un accordo con i creditori rappresentanti il 60% del montecrediti, oltre che di un successivo controllo giudiziale, quando sarebbe molto più agevole trovare un esperto, se non compiacente, comprensibilmente ben disposto verso il proprio mandante⁽³⁹⁾, che attesti la ragionevolezza del piano, vale a dire l'unico requisito⁽⁴⁰⁾ richiesto dalla citata lettera «d» dell'art. 67 legge fallim. per beneficiare dell'esenzione della revocatoria?

Ma a parte queste considerazioni, diciamo così, di buon senso interpretativo (o meglio di interpretazione sistematica visto che lo stesso legislatore non può aver emanato due discipline di cui una priva di valenza applicativa ove comparata all'altra quanto agli effetti: sostanzialmente gli stessi se si accedesse alla tesi qui criticata), ve ne sono delle ulteriori che appaiono decisive ove, *in primis*, si concluda che gli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim. individuano, pur se in forma semplificata, una procedura di concordato preventivo della cui normativa, quindi, mutano la disciplina non prevista nell'articolo in esame.

⁽³³⁾ Cfr. M. FABIANI, «Le trasformazioni della legge fallim.», cit., 153.

⁽³⁴⁾ Va infatti ricordato che, ai sensi del disposto dell'art. 2501 *revix* cod. civ. (richiamato dall'art. 2501 bis cod. civ. di cui all'art. 67 comma 3 lett. «d» legge fallim.), l'esperto *de qua*, in caso di società di persone o di soc. a resp. lim. (e quindi probabilmente nella maggioranza di cui), viene scelto dall'imprenditore e non indicato dal Tribunale.

⁽³⁵⁾ Requisito che comunque, in caso di fallimento, dovrà sopportare la prova di resistenza dell'effettiva ragionevolezza. Cfr. in argomento D. GALLETI, «I piani di risanamento e di ristrutturazione», in Atti del Convegno su «La riforma del Diritto fallimentare», Ipsos, Firenze, 14 ottobre 2005, cit.; nonché M. FERRI, «Il piano attestato di risanamento», cit., 1353, autore che evidenzia anche la possibilità di contestazione in via autonoma del piano.

⁽³⁶⁾ Sembra orientarsi in tal senso, M. FERRI, «I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziale dell'interesse fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva», cit., 587, nonché S. AMBROSINI-P. G. DEMARCHI, op. cit., 194.

⁽³⁷⁾ Anche perché solo ricorrendo allo strumento della risoluzione dell'accordo ex art. 137 legge fallim. potrà sempre riconoscersi, pur se nel ristretto ambito temporale ivi previsto, tutela ai creditori non soddisfatti secondo l'accordo omologato, ove anche l'indebitamento all'accordo stesso risulti «non grave» ex art. 1455 cod. civ. (v. nello stesso senso sulla specifica tematica, la recente decisione del Tribunale di Sulmona 14 luglio 2004, in *Il Fallimento*, 2005, 811, con nota di A. C. MAROLLO, «Il concordato preventivo e la figura del liquidatore giudiziale»). Benché tale conclusione rischi di minare la natura fortemente negoziale della procedura in esame, tuttavia detto aspetto privatistico deve trovare un ragionevole compromesso con la funzione di procedura concorsuale, e quindi anche a valenza pubblicistica, dell'istituto *de qua*. Peraltro, accedendo alla tesi della risoluzione secondo la normativa civilistica, ciascun creditore avrebbe a disposizione addirittura dieci anni per far «salire» un accordo di carattere concorsuale e quindi collettivo. Con buona pace della sicurezza dei traffici giuridici tanto perseguita anche dal legislatore fallimentare del 2006 attraverso la riduzione dei termini per agire in via revocatoria e di cui al nuovo art. 69 bis legge fallim. Invece, alla disciplina civilistica dovrà farsi riferimento per vizi afferenti la genesi dell'accordo, purché non ritrovanti già tutela attraverso l'applicazione delle previsioni di cui agli artt. 173 e 138 legge fallim., in quanto norme, come l'art. 137 legge fallim., aventi carattere speciale rispetto a quelle con contenuto generale previste nella normativa del cod. civ. Sembra essersi espresso in senso contrario alla tesi qui sostenuta si è espresso L. PANZANI, «Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallim.», cit., 10; analogamente G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», cit., 865.

⁽³⁸⁾ La frase è di G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», cit., 865.

⁽³⁹⁾ V. note n. 1 e 2.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, M.R. GROSSI, op. cit., 337; G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», cit., 865; S. D'AMORA, «Note esecutive sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti», cit.; B. QUATRARO, «Il giudizio di omologazione», relazione tenuta al «Forum sulla riforma della legge fallim.», Sinergia Formazione, Milano, 18/21 ottobre 2005, 36.

4A) - Il nuovo articolo 1 della legge fallim. e la nuova rubrica del titolo III della legge fallim. - Un primo ausilio all'interpretazione da noi proposta viene offerto dal novellato art. 1, comma primo, della legge fallim., nonché dal relativo titolo III.

Infatti, il novellato art. 1 richiama, tra le procedure minori, unicamente quella del concordato preventivo e non quella dell'art. 182 bis legge fallim., che, invece, viene espressamente richiamata nella rubrica del titolo III accanto alla procedura del concordato preventivo.

Insomma, se mai davvero il legislatore dell'art. 182 bis legge fallim. avesse inteso dar vita con detta norma ad una procedura ontologicamente diversa dal concordato preventivo di cui all'art. 160 legge fallim. (cioè priva dell'essenziale regola sancita dall'art. 184 legge fallim.), non l'avrebbe di certo inserita nella stessa rubrica della legge fallim., riguardante, appunto, il concordato preventivo, ma, più ragionevolmente, o in un titolo autonomo, ovvero in quello della soppressa amministrazione controllata, cui la procedura ex art. 182 bis legge fallim. si sarebbe avvicinata, ove davvero «regolare» fosse stato da interpretare alla stregua di «integrale».

Al contrario, attraverso l'inserimento della procedura *de qua* nel titolo concernente il concordato preventivo (tra l'altro, come visto, unica procedura minore richiamata nel comma primo del novellato art. 1 legge fallim.), risulta evidente che, per tutto quanto non previsto nello stringato art. 182 bis legge fallim., non può che farsi rinvio alle norme tutte del concordato preventivo, in quanto applicabili.

In linea con tale tesi è anche la scelta legislativa di cui all'art. 1, lettera «c» del d.lgs. 122/05 (emanato peraltro dopo il D.L. 35/05 e concernente, come è noto, la definizione di «situazione di crisi» degli imprenditori e delle cooperative edilizie che promettono e vendono immobili da costruire)⁽⁴¹⁾, che richiama ancora una volta unicamente la figura del concordato preventivo, pur essendo evidente che in tale richiamo sia rimpresata la figura degli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim., essendo tale procedura concorsuale significativa di uno stato di crisi ben più pregnante di quello che usualmente può caratterizzare una mera esecuzione immobiliare individuale, che viene parimenti richiamata dal cit. art. 1 lettera «c» come uno degli eventi conclamanti, appunto, una «situazione di crisi»⁽⁴²⁾.

Altrimenti, ove non si acceda a tale interpretazione, chi è il «debitore» genericamente richiamato nell'art. 182 bis legge fallim.? Anche un mero imprenditore agricolo ovvero un piccolo imprenditore commerciale?

E poi: è un debitore che deve trovarsi anche in stato di crisi oppure potrebbe far ricorso alla procedura in questione ove anche decida di farlo per ragioni diverse e trovi dalla sua parte soggetti rappresentanti il 60% dei crediti (ad es. ristrutturazione dei debiti per sviluppare un nuovo piano industriale, cui anche i creditori hanno fiducia)?⁽⁴³⁾

È evidente che la norma parli *tout court* di «debitore», perché è norma inserita in un determinato titolo (quello III appunto del concordato preventivo), che esclusivamente nell'art. 160 legge fallim. ci dice che deve trattarsi di un debitore «imprenditore commerciale in stato di crisi» (e ciò anche attraverso il richiamo al comma primo dell'art. 1 della legge fallim.).

⁽⁴¹⁾ Per uno dei primi commenti alla normativa *de qua*, vedi F. APRILE, «Acquisiti di immobili da costruire: nuova tutela», in *Il Fallimento*, 2005, 1123.

⁽⁴²⁾ Vedi nota sub n. 6.

⁽⁴³⁾ Secondo L. PANZANI, «I Nuovi accordi di ristrutturazione», cit., il debitore può ricorrere alla procedura in esame ove anche neppure versi in stato di crisi. Sembra in senso sostanzialmente analogo M. FABIANI, «Le trasformazioni della legge fallim.», cit. 153. Contra G. BOZZA, «Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato», in *Il Fallimento*, 2005, 954; S. ANAKOSINI-P.G. DIMARCHI, op. cit., 190; G. FAUCILLA, «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005», cit., 1445. Nello stesso senso le due decisioni richiamate supra sub nota n. 35.

Non a caso tutte le norme successive all'art. 160 legge fallim., e fino all'art. 184 legge fallim., parlano esclusivamente di «debitore», con ciò volendosi chiaramente riferirsi al «debitore» di cui al combinato disposto degli artt. 160 e 1 legge fallim.

4B) - La collocazione dell'art. 182 bis legge fallim. rispetto all'art. 184 legge fallim. - Le sue estese argomentazioni sembrano essere già alquanto esaustive per giungere alla conclusione che, non essendovi, tra l'altro, equivalenza etimologica tra «regolare» ed «integrale»⁽⁴⁴⁾, «regolare pagamento dei creditori estranei» significa «pagamento dei creditori secondo le regole dell'accordo»⁽⁴⁵⁾ o, forse ancora meglio, essendo pur sempre una procedura concorsuale quella di cui all'art. 182 bis legge fallim., pagamento secondo «le regole del concordato»⁽⁴⁶⁾ fra tutti i creditori, così come sancito, in via generale, dall'art. 2741 cod. civ.

Tali conclusioni trovano in ogni caso una conferma decisiva nella collocazione dell'art. 182 bis legge fallim. rispetto all'art. 184 legge fallim. che, come è noto, prevede gli effetti del concordato preventivo.

Ed *in primis*, tra detti effetti, la natura vincolante della proposta concordataria omologata per tutti i creditori, anche se dissenzienti o non votanti. Il tutto in linea con la *ratio* che sta alla base del concorso fra i creditori stessi e di cui al citato art. 2741 cod. civ., che, come già osservato, sancisce, da una parte, che *tutti i creditori* hanno ugual diritto di essere soddisfatti e, dall'altra, che tale soddisfacimento deve avvenire su *tutti i beni del debitore*, salve le legittime cause di prelazione.

Principio che, traslato in sede concorsuale concordataria preventiva, significa, appunto, il prodursi per tutti i creditori degli effetti, diciamo così, egualitari, di cui al citato art. 184 legge fallim.

Orbene, se effettivamente la volontà del legislatore fosse stata quella di escludere, per gli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim., i predetti effetti, avrebbe collocato l'articolo in esame *dopo* tale art. 184 legge fallim., dando, ad esempio, vita all'art. 184 bis legge fallim., o prevedendo un meccanismo espresso di esclusione rispetto a detti effetti.

Avendo invece scelto di inserire l'art. 182 bis legge fallim. *prima* dell'art. 184 legge fallim., o di redigerlo senza prevedere alcuna disposizione di esclusione degli effetti *de quibus*, è evidente che giammai potrebbe concludersi che *regolare* pagamento dei creditori non partecipanti all'accordo equivalga a pagamento *integrale*, quindi, differenziato rispetto a quello concernente i creditori partecipanti all'accordo poi omologato.

Vendendosi tra l'altro a porre una siffatta interpretazione in palese odio della previsione del più volte richiamato art. 2471 cod. civ., atteso che avremmo creditori chirografari, partecipanti all'accordo omologato, pagati in una certa percentuale e creditori chirografari, non partecipanti all'accordo, pagati in misura integrale, e, quindi, pur non essendolo, alla stregua di creditori *prelatizi*.

4C) - La maggioranza prevista dall'art. 182 bis legge fallim. - Un ulteriore argomento *lita pro tesi* fin qui sostenuta. Infatti, quale senso mai avrebbe avuto prevedere addirittura una maggioranza più ampia rispetto a quella di cui all'art. 177 legge fallim., se poi gli effetti fossero stati così diversi?

Anzi, addirittura logicamente inversi: se minore è la maggioranza - come nel concordato preventivo ex art. 160 legge fallim. - gli effetti del concordato sono valevoli per tutti i creditori chirografari, se invece la maggioranza è più elevata - come nella procedura ex art.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto è sufficiente una rapida lettura del - ben diverso - significato fra i due termini, su G. DI VOTO-G. C. OLIV, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1995, 1002 (per voce «integrale») e 1616 (per voce «regolare»).

⁽⁴⁵⁾ Così G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», cit., 865.

⁽⁴⁶⁾ In tali termini, cfr. S. D'AMORE, «Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti», cit.

182 bis legge fallim. — gli effetti medesimi sarebbero invece limitati ai soli creditori partecipanti all'accordo.

Giungere ad una tale conclusione dovrebbe creare il serio dubbio di costituzionalità delle due normative, apparendo una siffatta differenza del tutto irragionevole ex art. 3 e/o 24 Costituzione.

Né potrà giustificarsi tale più elevata maggioranza con l'asserito minor potere valutativo affidato in sede di accordi ex art. 182 bis legge fallim. all'Autorità Giudiziarie, la quale invece, come visto *supra* sub 3, risulta senz'altro munita di adeguati poteri allo scopo.

D'altra parte solo nella procedura ex art. 182 bis legge fallim. il Tribunale, anche a mezzo di C.T.U., potrà sempre valutare (a differenza probabilmente che nel concordato preventivo in cui ciò potrà avvenire solamente in caso di divisioni per classi ed alcune delle classi abbiano votato no alla proposta concordataria), se l'accordo assicuri il regolare (*rectius*: secondo le regole del concorso) pagamento dei creditori rimasti estranei, anche così comandandosi il vuoto «negoziabile» derivante dal fatto che tali creditori non sono stati chiamati a votare (*rectius*: a partecipare all'accordo) ovvero, pur previamente sentiti dal debitore per parteciparvi⁽⁴⁷⁾, si siano rifiutati di accettarlo, salva in ogni caso la possibilità per detti creditori di opporsi alla omologa dell'accordo⁽⁴⁸⁾. Peraltro è bene evidenziare che il nostro ordinamento concorsuale conosce anche ipotesi in cui l'accordo vincola tutti senza neppure che sia richiesta una maggioranza. Basti pensare al concordato di cui all'art. 214 legge fallim. (tra l'altro non molto dissimile nella procedura a quello di cui all'art. 182 bis legge fallim.) ovvero a quelli previsti dagli artt. 78 e 79 del d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

4D) — *L'espresso richiamo alla domanda/ricorso di cui all'art. 161 legge fallim. come forma per accedere alla procedura ex art. 182 bis legge fallim.* — Alle su estese considerazioni confortanti l'assunto qui sostenuto, se ne aggiunge ancora una: l'art. 182 bis legge fallim. fa espresso riferimento alla domanda/ricorso di cui all'art. 161 legge fallim.

(47) Come si appaleserà saggio fare a cura di un debitore lungimirante, il quale proporrà sempre a tutti i propri creditori di partecipare all'accordo ex art. 182 bis legge fallim. (meglio ancora allegando all'accordo/proposta anche la relazione dell'esperto).

Avendone infatti tutto l'interesse:

— sia se si ritenga che l'accordo non vincoli i non partecipanti, per cercare di estenderne la base, riducendo al contempo il numero dei possibili soggetti legittimati all'opposizione all'omologa;

— sia qualora si reputi che l'accordo con creditori rappresentanti (almeno) il 60% dei crediti, vincoli anche i non partecipanti, per comunque ridurre il numero di tali possibili oppositori.

In tutti i casi per svuotare di rilevanza una delle principali argomentazioni di chi sostiene (tra l'altro sembrando quasi misconoscere le forti analogie sul punto con il c.p. di cui all'art. 214 legge fallim.) che l'accordo ex art. 182 bis legge fallim. non vincola i creditori non partecipanti all'accordo (v. sul punto, M. FABIANI, *Le trasformazioni della legge fallimentare*, cit.).

Come se nel c.p. ex art. 160 legge fallim., il semplice partecipare previamente alla votazione sia fonte di «tale garanzia democratica» per i creditori di minoranza, tanto da esser considerato aspetto preponderante rispetto a quello del maggior *quorum* (sostanzialmente pur sempre) deliberativo di cui all'art. 182 bis legge fallim.

Mi sembrerebbe invece indubbio che — soprattutto per come si svolge di fatto (almeno nella generalità dei casi) in cui le banche sono sempre previamente sentite per conoscere l'orientamento l'indignanza dei creditori — maggiore tutela *pro* creditori sia offerta da una base di consenso maggiore come nel caso di cui all'art. 182 bis legge fallim.

Forse che in una novellata soc. a resp. lim., un *quorum* deliberativo maggiore in un sistema decisionale «per corrispondenza» offre meno vantaggi, garanzie per la minoranza di un *quorum* più basso ma assunto in forma assembleare?

(48) Risultava evidente da una corretta interpretazione della norma, letta in relazione al disposto con l'art. 180 legge fallim., che solamente i creditori estranei possono opporsi all'accordo (e sotto l'aspetto del mancato raggiungimento delle maggioranze e in ordine alla inidoneità del medesimo a garantire il pagamento dovuto) chie-

Recita, infatti, l'art. 182 bis legge fallim.: «il debitore può depositare, con la dichiarazione⁽⁴⁹⁾ e la documentazione di cui all'art. 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti... (omissis)». E la «domanda» di cui all'art. 161 legge fallim. è proprio quella che, con ricorso, dà inizio alla procedura del concordato preventivo ex art. 160 legge fallim.

4E) — *L'eliminazione dall'art. 182 bis legge fallim. dell'inciso «gli effetti di cui all'art. 67 lett. «e»»*. — Come ulteriore motivo si consideri che se il legislatore avesse voluto come unico effetto l'esenzione dalla revocatoria per gli accordi di ristrutturazione omologati, in sede di approvazione del testo definitivo di detto articolo, non avrebbe eliminato l'inciso (invece fino a quel momento esistente) «gli effetti di cui all'art. 67 lett. «e»»⁽⁵⁰⁾.

4F) — *L'applicabilità dell'art. 168 legge fallim.* — Si è sostenuto da parte di autorevoli commentatori⁽⁵¹⁾ che una delle ragioni principali, per cui l'art. 182 bis legge fallim. non può ritenersi una vera e propria procedura concorsuale (con i conseguenti effetti fin qui sostenuti), va rinvenuta nell'assenza di un effetto protettivo nei confronti delle azioni esecutive durante la procedura stessa, non potendosi applicare la disciplina di cui all'art. 168 legge fallim. considerata anche l'assenza di un espresso richiamo.

Non appare condivisibile tale assunto.

Infatti, considerato che l'ultimo comma dell'art. 182 bis legge fallim. parla di efficacia dell'accordo sin dal giorno della sua pubblicazione nel Registro delle imprese (senza, peraltro, specificare mai di che effetti si tratti, considerato che, senz'altro, non possono essere quelli dell'esenzione dalla revocatoria che si hanno solo con l'omologa dell'accordo) e considerato altresì che sussiste un espresso richiamo alla circostanza che l'accordo ex art. 182 bis legge fallim. si deposita con il ricorso di cui all'art. 161 legge fallim., non vi è chi non veda come tale «ricorso» ex art. 161/182 bis legge fallim. sia proprio quello richiamato anche dall'art. 168 legge fallim., che disciplina, appunto, «gli effetti della presentazione del ricorso»⁽⁵²⁾.

D'altra parte, opinare diversamente porterebbe all'aberrante, quantomeno su un piano pratico, situazione per cui i creditori rimasti estranei all'accordo potrebbero sempre ritenersi liberi di agire sul piano esecutivo, così come di munirsi di cause di prelazione.

Non solo: potrebbero anche chiedere che la società fallita, con buona pace dell'accordo e di tutte le energie giudiziali durante il processo di omologazione) profuse per rag-

dendo che non sia omologato. Quelli che, invece, vi hanno partecipato potranno contestarlo unicamente secondo gli ordinari rimedi codicistici di impugnativa negoziale per vizi del consenso nella stipula dell'accordo. Probabilmente resta, comunque, fermo il potere d'ufficio del Tribunale di rilevare in sede di omologa eventuali profili di nullità negoziale dell'accordo stesso. Vedi anche *supra* sub nota n. 33.

(49) L'aver utilizzato il termine «dichiarazione» non può che essere un *lapsus calami* rispetto alla «domanda» di cui all'art. 161 legge fallim. che non prevede infatti alcuna «dichiarazione».

(50) Si esprime nello stesso senso S. D'AMORA, «Note esecutive sul nuovo concordato preventivo e le nuove procedure di ristrutturazione dei debiti», cit., vedi anche M. FERRO, «I Nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debiti e creditori: storia italiana della *in iudicio competitur*», cit., 587, il quale ritiene che l'eliminazione dell'inciso nel c.d. massimamente 23 dicembre 2004 porta ulteriormente a concludere che «la finalità generale è dunque quella di assicurare piena validità giuridica (inviolabilità) ad intese privatistiche regolative dell'insolvenza, fondate su patto di maggioranza ed idonee a produrre effetti anche verso i dissenzienti».

(51) M. FABIANI, «Le trasformazioni della legge fallim.», cit., 153.

(52) Cfr. in tal senso l'autorevole opinione del Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano, Dott. QUATTARO, così come riportata da E. CAFFI, «Considerazioni sul nuovo art. 182 bis della legge fallim.», cit., 876; vedi anche in argomento le incisive osservazioni di M. FERRO, «I Nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debiti e creditori: storia italiana della *in iudicio competitur*», cit., 587, secondo il quale «l'accordo appena pubblicato vincola anche i non aderenti e salvo il diritto a pretendere l'attuazione solo a seguito dell'omologa: conseguenza fondabile o su un'applicazione lineare degli articoli 167-168 legge fallim. (piti difficile) o su un regime di esecuzione da ogni altra azione individuale che tale acquisto di efficacia (comma 5) procura da tale evento all'impresa».

giungerlo; ma, soprattutto, con buona pace del buon senso, perché ci ritroveremo dinanzi ad una procedura che in qualunque momento potrebbe essere vanificata anche da un solo creditore che rappresenti una minimissima parte dei montecrediti. D'altra parte, se il legislatore avesse inteso dare vita ad una procedura concorsuale priva di questo peculiare ed irrinunciabile effetto, l'avrebbe chiarito espressamente ovvero avrebbe inserito la procedura in questione tra quelle di cui al codice civile, come nel caso della cessione di beni ai creditori di cui all'art. 1977 e ss. c.c., dove vi è un articolo (il 1980 c.c.) che non a caso si preoccupa di precisare esplicitamente che i creditori che non hanno partecipato all'accordo possono agire esecutivamente sui beni offerti ai creditori partecipanti.

4G) - *La supremazia dell'interpretazione letterale ex art. 12 preleggi.* - Una finale ragione appare comunque decisiva nell'interpretazione della norma in esame.

Come già visto, «regolare» non è per niente sinonimo di «integrale» e quindi, per il chiaro precetto di cui all'art. 12 preleggi, privilegiante l'interpretazione letterale, dovrà giungersi ad una lettura della norma *de qua* che sia in linea con «regolare» e non con «integrale» (53).

D'altra parte, allorché il legislatore fallimentare ha desiderato far riferimento al concetto del pagamento nella misura piena, lo ha espressamente ed inequivocabilmente detto: si pensi all'art. 54 legge fallim. (dove si parla di «integralmente» e «totalità»), all'art. 61 legge fallim. (dove si utilizzano i termini «totalità» e «intero»), all'art. 118 legge fallim. (dove si parla ancora di «intero»), all'art. 127 legge fallim. (dove per ben tre volte si parla di «intero» o «integrale»), all'art. 143 legge fallim. (dove si usa l'avverbio «interamente»), ed all'art. 148 legge fallim. (ancora «integralmente») è l'avverbio ivi usato.

Mentre l'unica (ed ulteriore rispetto all'ipotesi di cui all'art. 182 bis legge fallim.) volta che il legislatore parla di «regolarmente» lo fa rispetto a delle (generiche) obbligazioni (quindi non necessariamente con riguardo a somme di denaro) e proprio in relazione a due fattispecie in cui è assolutamente la regola che il pagamento non sia integrale, cioè nel caso di concordato preventivo e fallimentare e segnatamente nell'art. 137 legge fallim., sancendo la necessità che il debitore, pena la appunto la relativa risoluzione, «adempia regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato».

Allora - e per concludere - cosa significa «regolare pagamento»?

Come dicevamo, «pagamento secondo le regole del concordato» (54), ovvero «secondo le regole dell'accordo» (55); quindi pagamento per tutti i creditori chirografari della stessa percentuale prevista dall'accordo omologato da parte del Tribunale una volta verificata la reale sussistenza di un consenso pari al 60% dei crediti (chirografari come chiariremo fra poco nel capitolo che segue) e dopo aver valutato la seria probabilità che l'accordo di ristrutturazione dei debiti porterà al pagamento del 100% dei creditori con causa di prelazione (v. comunque sul punto quanto osservato *infra sub nota 57*) e della percentuale stabilita per tutti i creditori chirografari.

Aderendo a questa impostazione, peraltro, si favorirà sempre di più l'accesso alla procedura di concordato preventivo semplificato *de quo*, mandando quindi «in pensione» i concordati preventivi stragiudiziali (56).

(53) Anzi, sul piano strettamente letterale, la differenza tra i due aggettivi è ancora più significativa se si esaminino i due termini sul G. Devoto-G. C. Oli, op. cit. E va ricordato che il primato dell'interpretazione letterale è quello costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. ex multis, Cassazione, 3 aprile 1996, n. 3495; Cassazione, 7 aprile 1985, n. 2454. Tra i giudici di merito v. Tribunale di Torino del 15 gennaio 2005, cit.

(54) Così si esprime S. D'AMORA, «Note esecutive sul nuovo concordato preventivo e le nuove procedure di ristrutturazione dei debiti», cit.

(55) G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», cit., 865.

(56) Cfr. in argomento G. VERNA, «Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.», cit., 865, anche S. AMBROSINI-P. G. DEMARCHI, op. cit., 177 e segg.

Infatti tali procedure concorsuali extraprocessuali, pur se molto meno affidabili di quelle giudiziali, solitamente sono ancora oggi preferite perché non scontano gli onerosi depositi per spese di giustizia ex art. 163 n. 4 legge fallim., spese che molte volte il debitore in crisi (anche, soprattutto, di liquidità) non è in grado di offrire, spesso meno che mai nel perentorio (57).

Ed il concordato preventivo di cui all'art. 182 bis legge fallim., non avendo tra l'altro una fase di ammissibilità e comunque la necessità della figura del Commissario Giudiziale (le cui competenze rappresentano la maggiore voce di spesa di giustizia), non richiede detto deposito.

Peraltro, se si conviene sul fatto che l'art. 182 bis legge fallim. individua una procedura di concordato preventivo semplificato, si potrà anche fruire delle agevolazioni fiscali concernenti le plusvalenze e le minusvalenze che si vengono a creare durante la fase di liquidazione dei beni ceduti ai creditori (art. 86, ult. cpv. del vigente d.p.r. 917/86) e delle eventuali sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti della parte concordataria (art. 88, comma quarto, *idem*) (58).

5. *Il calcolo delle maggioranze.* - Uno degli aspetti più complessi posti dalla norma *de qua* attiene al calcolo della maggioranza del 60%.

Infatti il montecrediti deve essere composto solo dai crediti già scaduti? E quelli condizionali? Ed i crediti con causa di prelazione? E quelli in contestazione?

Alla prima domanda concernente i crediti scaduti dovrebbe essere agevole rispondere, soprattutto ove si condivida la conclusione che la procedura di cui all'art. 182 bis legge fallim. è un concordato preventivo semplificato e quindi, in quanto tale, soggetto alle norme del titolo III in quanto applicabili.

(57) Cfr. sulla natura perentoria del termine *de quo* Cassazione, 10 luglio 1993, n. 7598, in *Giust. Civ.* 1993, I, 2935 con nota di G. Lo Cascio. *Contro* una minoritaria giurisprudenza di merito secondo cui, dovendo la perentorietà essere sancita espressamente per legge stante il chiaro disposto dell'art. 132 cod. proc. civ., le spese di giustizia potranno versarsi sino alla conclusione del giudizio di omologazione. Cfr. Tribunale di Genova, 3 febbraio 1987, in *Giur. Comm.* 1988, II, 217; Tribunale di Treviso, 27 marzo 1986, in *Il Fallimento*, 1987, 330. Un certo conforto alla tesi di tale indirizzo minoritario giunge, peraltro, dallo stesso Giudice del diritto - v. Cassazione, 4 dicembre 1996, n. 10821 -, allorché afferma la natura non decisoria e non definitiva del provvedimento *de quo*, che pertanto può sempre esser modificato d'ufficio o su istanza di parte.

Va aggiunta un'ulteriore riflessione che la novella della legge n. 80/05 stimola. Il nuovo art. 160 legge fallim. dovrebbe permettere la riproposizione della domanda di concordato preventivo, non essendo stata (ri)prevista la limitazione di cui al n. 2 del comma 1 del precedente art. 160 legge fallim.

Risulta purtuttavia pacifico (soprattutto dopo che è stato previsto dal D.L. 30 dicembre 2005 n. 273 l'insediamento nell'art. 160 legge fallim. dell'inciso «*di fini di cui al comma 1 si intende anche lo stato di insolvenza*») che, in caso di mancata ammissione al concordato preventivo, il fallimento non consegua necessariamente e quindi tantomeno automaticamente, potendo il debitore versare in un mero stato di temporanea difficoltà nei pagamenti, non ancora quindi divenuto vero e proprio stato di insolvenza ex art. 5 legge fallim. Quindi - e per tornare così al problema del pagamento delle spese di giustizia - ove anche si ritenesse che il termine sia perentorio, il mancato deposito nei termini non porterà mai necessariamente, a differenza che in precedenza, all'automatica declaratoria di fallimento. Con la conseguenza che ben potrà il debitore, *giudicare* prezioso tempo, ben superiore ai 15 giorni, per ricercare le somme necessarie alla riproposizione di una nuova domanda di concordato preventivo. Per quanto fin qui osservato appare condivisibile la tesi della non perentorietà del termine, peraltro, sostenuta anche dalla dottrina più avveduta anche sotto la vigenza del precedente art. 163 legge fallim. Cfr. A. BONSIGNORI, «Del concordato preventivo», in *Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA, GALGANO, SANTINI, Commentario SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 132 e segg., nonché P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 1986, 721 e segg. Vedi sul riformato art. 163 legge fallim. le suggestive considerazioni anche di S. AMBROSINI-P. G. DEMARCHI, op. cit., 99 e segg.

(58) Cfr. G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, cit., 865.

Infatti, dovendosi in tale ipotesi ritenere applicabile l'art. 169 legge fallim., si applica anche l'art. 55, comma secondo, legge fallim. Quindi il montecrediti è comprensivo di quelli non ancora scaduti.

Come pure di quelli condizionali considerato il nuovo disposto dell'ultimo comma dell'art. 180 legge fallim., che parla espressamente di «creditori condizionali».

Di più difficile soluzione potrebbe apparire, *prima facie*, la sorte dei crediti con causa di prelazione, stante l'assoluto silenzio in argomento delle norme *de qua*.

La soluzione si appalesa invece più semplice del previsto, anzitutto se si continua a con venire che l'art. 182 *bis* legge fallim. individui una ipotesi di concordato semplificato.

Infatti, in tal caso, nel silenzio sul punto dell'art. 182 *bis* legge fallim., sarà ovvio che (come anche in caso di concordato preventivo, in cui il precetto *de quo* lo si ricava peraltro solo implicitamente dal sistema del voto di cui all'art. 177 legge fallim.), i creditori con causa di prelazione, dovendo comunque esser pagati integralmente⁽⁵⁹⁾, non dovranno esser considerati sul montecrediti su cui calcolare il 60%.

Ovviamente nulla impedirà che un creditore con causa di prelazione, rinunciando però alla causa prelativa per almeno un terzo del credito (non sembrando che vi siano ostacoli all'applicazione analogica dell'art. 177 legge fallim. visto che con il voto, pur se successivamente al deposito della domanda, si va comunque ad *accettare* la proposta concordataria), possa partecipare all'accordo ex art. 182 *bis* legge fallim.

Invece, nel silenzio della legge, ritenere, come sembra ritenere lo stesso tribunale con il decreto qui in commento⁽⁶⁰⁾, che anche i creditori con causa di prelazione concorrono a costituire il montecrediti su cui calcolare il 60%, mi sembra, per quanto già detto, conclusione non condivisibile.

⁽⁵⁹⁾ Anche se una *circola*, nel granitico convincimento al riguardo del più, non può ora non manifestarsi alla luce del disposto del nuovo articolo 182 *ter* legge fallim.. Tale norma, infatti, introduce in materia di concordato preventivo, per la prima volta e sostanzialmente in modo espresso, il principio che anche i creditori con causa di prelazione possono essere pagati «percentualmente». Difatti non può giungersi ad una diversa conclusione di fronte ad un dettato normativo che, prima prevede la generale possibilità che il credito tributario possa essere pagato parzialmente e poi chiarisce che, ove si tratti di credito assistito da privilegio, possa essere pagato anche in misura percentuale purché detta percentuale non risulti essere inferiore a quella offerta «ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali». In altri termini, purché siano rispettati i suddetti requisiti, (quantomeno) allorché il debitore formuli con la domanda di concordato preventivo, anche una transazione fiscale ex art. 183 *ter* legge fallim., lo stesso sarà facoltizzato a pagare i creditori privilegiati in misura percentuale (cfr. negli stessi termini con riferimento all'art. 183 *ter* legge fallim., G. GIANNELLI, «Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto», cit., 1156). E pensiamo che il passo sarà breve per poi ritenere, anche alla luce del nuovo precetto di cui all'art. 124 legge fallim. sempre in materia di pagamento «a percentuali» di creditori prelati, che qualunque ipotesi di concordato preventivo, ove anche difetti la proposta di transazione fiscale potrà esser basata sul pagamento a percentuale dei creditori con causa di prelazione. D'altra parte non può che esser accolta con favore una tale scelta legislativa, essendo assolutamente e finalmente in linea con il precetto generale di cui all'art. 2741 cod. civ. che fino ad oggi con assoluta irragionevolezza risultava rispettato in caso di fallimento dalla previsione dell'art. 54 legge fallim. mentre non accadeva *veritas*: non accade o quantomeno rischierà di non accadere fino al prossimo 16 luglio 2006, data di entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5) in materia concordataria.

Allo stato è, infatti, assolutamente maggioritario il convincimento che i creditori con causa di prelazione debbano esser pagati integralmente: cfr. Cassazione, 26 novembre 1992, n. 12632, in *Il Fallimento*, 1993, 707, nonché tra i giudici di merito, Tribunale di Torino, 15 novembre 2005, cit.; Tribunale di Milano, 29 maggio 1997, in *Giust. Civ.*, 1997, 3042; Appello Catania, 20 dicembre 1989, in *Dir. Fall.*, 1990, 11, 181. *Contra*, con motivazioni ben articolate, cfr. Tribunale di Firenze, 28 ottobre 1999, n. 2416, inedita. In dottrina v. fra i tanti, A. BONSIGNORI, op. cit., 56. Suggestiva la tesi sostenuta da S. AMBROSINI e P. G. DEMARCHI, op. cit., 120 e segg.

⁽⁶⁰⁾ Vedi *supra* sub nota n. 19, nonché Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 cit. e M. FERRO, *Art. 182-bis. La nuova ristrutturazione dei debiti*, cit.

D'altra parte, opinando diversamente, si potrebbero fare accordi con maggioranze sostanzialmente inferiori al 60%. Si pensi, ad es., ad un debitore che, non avendo con i chirografi il 60%, includa nel montecrediti il debito nei confronti di un importante creditore ipotecario il quale, fatto salvo nell'accordo il proprio pagamento a 100% in quanto creditore con causa di prelazione, vi parteciperebbe unicamente per fare lievitare strumentalmente la maggioranza al 60%.

E nel caso di crediti contestati?

È ovvio che un prudente debitore dovrà cercare di calcolare il montecrediti includendo i crediti contestati e poi escludendoli dal calcolo del 60% ove decidessero di partecipare comunque all'accordo.

Ma, debitore prudente a parte, come possono dirimersi eventuali controversie sul punto?

Non ci sembrerebbe possibile il ricorso al sub-procedimento di cui all'art. 176 legge fallim. trattandosi di procedura speciale, legata ad una fattispecie e, segnatamente, ad una relativa fase, in cui la manifestazione di volontà deve essere ancora resa.

Invece nel caso di cui all'art. 182 *bis* legge fallim. la procedura inizia con la pubblicazione nel Registro delle imprese di un accordo raggiunto in cui, quindi, la manifestazione di volontà del credito in contestazione si è già manifestata.

Naturalmente eventuali problematiche sul punto potranno comunque sorgere, ma emergeranno solo in sede successiva alla formazione dell'accordo e quindi l'unica sede in cui potrà dissertarsi sulle stesse non potrà che essere quella del giudizio di omologa.

ANTONIO PEZZANO