

GIACOMO D’ATTORRE

IL FALLITO QUALE SOGGETTO DEBOLE: IL CASO DEI CONCORDATI OSTILI

1.- Il concordato fallimentare può essere proposto dal fallito, da un creditore o da un terzo (art. 124 l.fall.).

Quando il concordato è proposto dal fallito, questi ha certamente interesse a che la proposta sia accettata dai creditori e la procedura sia chiusa mediante la definizione concordataria. Questo è vero anche quando la proposta preveda l’intervento di un assuntore, il quale sarà comunque legato al fallito da un preventivo accordo “paraconcordatario” con il quale vengono disciplinati i rispettivi diritti sul patrimonio fallimentare all’esito della esecuzione del concordato.

Diverso e più complesso è il quadro quando la proposta provenga da un terzo, ricomprendendo per semplicità in tale formula tutte le proposte provenienti da soggetti diversi dal fallito, siano essi terzi in senso stretto oppure creditori.

In alcuni casi, il terzo, pur se formalmente distinto dal fallito, può essere ricondotto da un punto di vista sostanziale allo stesso fallito, o comunque a soggetti a lui riconducibili. Per le ragioni più varie, sia fisiologiche che patologiche, il fallito può infatti preferire di non comparire direttamente all’esterno quale proponente, agendo dietro lo schermo formale di un diverso soggetto giuridico (es: una società controllata dallo stesso fallito mediante un fiduciario). Qui, anche se la proposta proviene formalmente da un terzo, il fallito ha interesse all’accettazione della proposta da parte dei creditori.

In altri casi, il terzo è davvero tale, perché soggetto distinto sia formalmente che sostanzialmente rispetto al fallito e non riconducibile nemmeno ad altre parti vicine al fallito stesso. Nondimeno, può essere che il terzo ed il fallito abbiano precedentemente stipulato un patto che preveda comunque un beneficio per il fallito derivante dalla esecuzione del concordato. Anche in questa ipotesi, evidentemente, il fallito avrà interesse all’accettazione della proposta da parte dei creditori.

La fattispecie è differente quando il terzo proponente è distinto dal fallito e non sia legato a quest’ultimo da alcun patto “paraconcordatario”. In tale evenienza, l’atteggiamento del fallito rispetto alla proposta dipende dalle condizioni della stessa e dagli effetti che essa produce per il fallito. Vi possono essere proposte di terzi che prevedano condizioni che siano favorevoli o indifferenti per il fallito, ed evidentemente ciò indurrà il fallito ad una sostanziale neutralità rispetto all’esito della proposta

concordataria. Oppure, vi possono essere proposte del terzo che contengano condizioni ritenute svantaggiose o pregiudizievoli da parte del fallito, ed in tali casi la proposta è avanzata dal terzo contro la volontà del fallito.

Sono questi i cd. “concordati ostili”.

In linea generale, possiamo definire “ostili” i concordati fallimentari proposti contro la volontà del fallito¹. Perché possa parlarsi di concordato ostile è, quindi, necessaria la presenza di due concorrenti condizioni, una soggettiva e l’altra oggettiva. La condizione soggettiva attiene al profilo del soggetto proponente: può essere ostile solo il concordato proposto da un terzo, mentre, ovviamente, non può parlarsi di concordato ostile quando la proposta proviene dallo stesso fallito. La provenienza della proposta dal terzo è condizione necessaria, ma non sufficiente perché possa parlarsi di concordato ostile. Si è visto, infatti, che non tutti i concordati proposti da terzi sono ostili, perché vi possono essere concordati proposti da terzi rispetto ai quali il fallito sia favorevole o comunque indifferente. Accanto al requisito soggettivo, vi deve quindi essere anche il requisito oggettivo: un concordato fallimentare diventa ostile solo quando la proposta sia avanzata contro la volontà del fallito, il quale non vuole che il concordato giunga alla omologazione.

La perimetrazione del tema richiede una ulteriore precisazione terminologica.

L’ostilità è, da un punto vista generale ed etimologico, un comportamento caratterizzato da avversione o da offesa nei confronti di un altro soggetto. Ora, una proposta di concordato fallimentare può, in linea astratta, essere ostile nei confronti di una pluralità di soggetti; anzi, più precisamente, può essere ostile nei confronti di alcuni e vantaggiosa nei confronti di altri soggetti. Ad esempio, la proposta del fallito può essere vantaggiosa per il fallito, ma ostile nei confronti dei creditori, ai quali offre una percentuale di soddisfacimento più bassa di quella che gli stessi potevano ragionevolmente attendersi in sede di liquidazione fallimentare. Una proposta del terzo può, allo stesso modo, essere ostile nei confronti dei creditori per le stesse ragioni. Diversamente, una proposta di un creditore può essere ostile nei confronti di una sola parte dei creditori, e precisamente di tutti gli altri creditori ad eccezione di se stesso e dei soggetti ad esso collegati. Una proposta avanzata da uno qualunque dei legittimati, fallito, creditore o terzo, può essere ostile nei confronti di soli alcuni creditori, ai quali si offre un trattamento deteriore rispetto agli altri. Oppure, lo si è visto, la proposta può essere ostile solo nei confronti del fallito. Diversi sono i problemi evocati da ognuna di queste fattispecie e differenti sono gli strumenti di protezione che il legislatore offre a garanzia di quegli interessi che, di volta in volta, siano ritenuti meritevoli di tutela.

¹ Sul tema, ancora recente e relativamente poco studiato, dei concordati contro la volontà del fallito vedi BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 203; SANZO, *La prima pronuncia di legittimità sul nuovo concordato fallimentare: brevi riflessioni sui poteri di controllo del Tribunale e sul ruolo del fallito (con qualche divagazione circa i limiti di ammissibilità di un concordato “contro” il fallito)*, in *Giur. it.*, 2010, 1821.

In questo lavoro, l'esame si limiterà ai soli concordati che siano ostili verso il fallito ed ai problemi giuridici che gli stessi sollevano.

2.- Svolta la doverosa premessa definitoria, volta a perimetrare il problema, si può compiere un passo ulteriore e verificare quali siano le possibili tipologie di concordati ostili verso il fallito.

Una prima ipotesi di concordato ostile si può realizzare nel caso in cui la proposta di concordato fallimentare del terzo si ponga in concorrenza con la proposta di concordato del fallito (cui è equiparabile la proposta avanzata da soggetti controllati o collegati al fallito stesso). La competizione tra proposte di concordato è oggi possibile, stante l'allargamento della legittimazione soggettiva, e riceve un'analitica disciplina nell'art. 125, comma 2, l.fall., a norma del quale *«In caso di presentazione di più proposte o se comunque ne sopraggiunge una nuova, prima che il giudice delegato ordini la comunicazione, il comitato dei creditori sceglie quella da sottoporre all'approvazione dei creditori; su richiesta del curatore, il giudice delegato può ordinare la comunicazione ai creditori di una o di altre proposte, tra quelle non scelte, ritenute parimenti convenienti. Si applica l'articolo 41, quarto comma»*. Tra la varie proposte di concordato fallimentare in competizione può esservi anche quella del fallito, così che lo stesso, avendo interesse all'accoglimento della propria proposta, ha un correlato interesse a che non vengano accolte l'altra o le altre proposte avanzate dai terzi.

Una seconda ipotesi di concordato ostile si realizza quando la proposta del terzo è avanzata nell'ambito di una procedura fallimentare che presenti una prevalenza dell'attivo sul passivo fallimentare. Poiché il fallito ha diritto di ricevere al momento della chiusura del fallimento ciò che residua dell'attivo dopo l'integrale pagamento dei creditori ammessi, il pagamento delle spese, una proposta di concordato da parte di terzi, che evidentemente prevederà l'attribuzione al proponente o ad un assuntore dell'intera massa attiva, pregiudica l'interesse del fallito a conseguire l'eventuale residuo attivo al momento della chiusura della procedura. In questi casi il concordato è ostile nella misura in cui il terzo proponente si "appropria" del *surplus* fallimentare che, altrimenti, sarebbe spettato al fallito.

Una terza ipotesi di concordato ostile si verifica quando, indipendentemente dalla prevalenza dell'attivo sul passivo, le condizioni proposte dal terzo siano pregiudizievoli per il fallito. Data la possibilità per il proponente di limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo ed a quelli che abbiano proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta (art. 124, u.c., l.fall.), l'eventuale omologazione del concordato del terzo lascia il fallito a rispondere nei confronti degli altri creditori nella medesima percentuale concordataria, senza tuttavia poter giovare del patrimonio fallimentare attribuito al terzo o all'assuntore.

Paradossalmente, tanto più alta è la percentuale offerta dal terzo, tanto maggiore è il pregiudizio che può subire il fallito.

3.- Il problema dei “concordati ostili” può essere affrontato secondo diverse modalità di esame.

L’indagine potrebbe volgersi anzitutto alla ricerca della natura dei concordati fallimentari, e in particolare dei concordati proposti dal terzo, per poi cercare di trarre da tale approdo i doverosi e coerenti corollari applicativi, anche con riferimento al tema in esame. Non pare dubbio, infatti, che differenti possano essere le risposte ai problemi sollevati dai concordati ostili a seconda che il concordato stesso venga inquadrato nella categoria del contratto, in quella della esecuzione forzata o in una figura mista.

Diverso, tuttavia, sarà l’approccio che si seguirà nel presente lavoro. L’esame partirà dalla individuazione e perimetrazione degli interessi ritenuti meritevoli di tutela dal legislatore nel concordato fallimentare e, più in generale, nell’ambito della procedura fallimentare. Una volta selezionati e definiti i vari interessi coinvolti, i problemi evocati dai concordati ostili saranno affrontati sulla base di una valutazione comparativa dei detti interessi, che proprio in tale occasione mostrano la loro natura potenzialmente confliggente ed incompatibile.

E’ doveroso spiegare il motivo della preferenza accordata a questa prospettiva di indagine, piuttosto che a quella fondata sulla ricerca della reale natura del concordato. Anzitutto, gioca un ruolo l’oggettiva incertezza che, in ambito dottrinario e giurisprudenziale, si riscontra ancora sulla natura negoziale², processuale³ o mista⁴ del concordato. Incertezza che proprio nel caso di concordati proposti dal terzo risulta viepiù accentuata, tanto da portare a parlare di figura polimorfa⁵ o di natura ibrida⁶. Vi è poi il timore di leggere le norme di riferimento inforcando lenti deformanti, che pretendono di piegare la loro interpretazione all’esigenza di coerenza sistematica con la definizione della natura del concordato già operata a monte. D’altra parte, non può negarsi che anche la stessa qualificazione della natura del concordato fallimentare, passaggio logico comunque necessario per definirne la disciplina giuridica⁷, deve seguire

² In questo senso, prima della riforma, vedi, tra gli altri, FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 2005, 601; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961; II, 840; CARNELUTTI, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato*, in *Riv. dir. proc.*, 1924; II, 63; dopo la riforma, vedi, per tutti, FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2008, 345 ss.; DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2011, 166 ss..

³ CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, 470; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, 498; SANDULLI, *Sul concordato fallimentare con proposta di pagamento integrale dei creditori*, in *Dir. fall.*, 1990, II, 279; dopo la riforma, vedi GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del decreto correttivo*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 815.

⁴ JORIO, *Le crisi d’impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 717; DI SABATO, *Concordato fallimentare*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1.

⁵ D’ALESSANDRO, *Il “nuovo” concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 356

⁶ NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 274.

⁷ D’ALESSANDRO, *Il “nuovo” concordato fallimentare*, cit., 357.

e non precedere la corretta individuazione e comparazione degli interessi giuridici di cui sono portatori i vari soggetti coinvolti nella procedura (i creditori, il proponente, il fallito); individuazione che deve necessariamente partire da un attento scrutinio delle norme di diritto positivo dettate dalla legge fallimentare.

4.- L'interesse primario che la disciplina fallimentare è diretta a garantire è certamente quello dei creditori, la cui tutela dovrebbe costituire la "stella polare" che guida l'interpretazione del sistema⁸. Quale che sia l'interpretazione che si preferisce in ordine alla natura della procedura fallimentare ed al ruolo che al suo interno vi giocano i vari organi, non vi è dubbio che la finalità primaria, tanto nel sistema previgente alla riforma quanto nel sistema novellato, sia quella di garantire ai creditori la realizzazione più ampia possibile del proprio credito nel minor tempo possibile⁹. L'affermazione è tanto radicata e condivisa nel pensiero giuridico da non richiedere in questa sede ulteriori spiegazioni, dovendosi considerare il dato come un postulato.

Anche nell'ambito specifico del concordato fallimentare, l'interesse dei creditori assume un ruolo centrale. Di ciò è espressione la regola che sottopone l'omologazione della proposta al previo consenso (a maggioranza) espresso dai creditori mediante il voto (art. 177 l.fall.). Se i creditori non esprimono, secondo le regole dettate dal legislatore, il proprio voto favorevole alla proposta di concordato, il procedimento si interrompe in via definitiva, senza la possibilità che la stessa autorità giudiziaria possa sostituirsi alla volontà collettiva dei creditori. Questo potere di "veto" attribuisce, indubbiamente, all'interesse dei creditori un rango primario rispetto agli altri interessi coinvolti nella definizione concordataria della crisi d'impresa.

Confermato il dato della prevalenza dell'interesse dei creditori, si deve procedere ad un esame del contenuto dello stesso. Al riguardo, le conclusioni diventano più sfumate e meno nette, e si parla di interesse comune alla migliore regolazione del dissesto¹⁰ o di interesse alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione del credito ed alla speditezza della procedura¹¹. Al di là delle possibili specificazioni e modulazioni, ciò che appare incontestato è che l'interesse dei creditori è connesso al proprio diritto di credito nei confronti del fallito, rispetto al quale assume funzione strumentale. Con questo si vuole dire che l'interesse dei creditori riceve tutela se e fino quando esso sia funzionale al migliore soddisfacimento del proprio credito in ambito concorsuale, mentre perde il suo

⁸ STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 67 ss. e 357 s.

⁹ Vedi, in luogo di molti, SANDULLI, *La crisi dell'impresa*, Torino, 2009, che sottolinea la finalità "esecutivo-satisfattiva" del fallimento, e BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., 19 ss., al quale si può rimandare sia per le considerazioni circa l'irrilevanza, sul punto, della contrapposizione tra concezione autoritaria o liberale del fallimento, sia per il richiamo alle memorabili Introduzioni di Ferrara jr. alle varie edizioni de "Il Fallimento".

¹⁰ FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 439

¹¹ Sul punto, sia consentito il richiamo a D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010.

rango primario nel momento in cui la scelta da assumere nel corso della procedura rivesta carattere neutro rispetto alla tutela del credito. Questa affermazione, che potrebbe apparire banale, tornerà utile nel prosieguo della ricerca quando si ricercheranno i limiti di ammissibilità dei concordati in danno del fallito.

5.- Il secondo interesse rilevante e meritevole di tutela nella procedura di concordato fallimentare è l'interesse del terzo proponente, che ha trovato ingresso nell'ordinamento solo a seguito del superamento del monopolio del fallito nella proposta di concordato operato dalla riforma fallimentare.

Nell'attuale ordinamento concorsuale, a ben vedere, la possibilità per i terzi di proporre un concordato fallimentare in concorrenza con quella del fallito non è semplicemente consentita, ma incoraggiata ed agevolata. Varie sono le norme che esprimono questo evidente *favor legislativo* per la proposta del terzo rispetto alla proposta del fallito.

Per quanto riguarda il momento iniziale a partire dal quale si può presentare la proposta di concordato fallimentare, l'art. 125, comma 1, l.fall. stabilisce 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 ... 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 purchè non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo”*.

Per quanto riguarda il contenuto, l'art. 124, u.c., l.fall., dispone che *“la proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purchè autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa. Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di esdebitazione”*.

La proposta di concordato fallimentare del terzo beneficia, quindi, di un vantaggio competitivo rispetto a quella del fallito, apprezzabile sia in termini di tempi per la presentazione, sia in termini di possibilità di cessione delle azioni di massa, sia in termini di possibilità di limitazione degli impegni ai soli creditori concorrenti.

La ragione giustificativa di questo privilegio è duplice. Anzitutto, si nota come il debitore abbia l'esclusiva legittimazione, in caso di crisi d'impresa, a proporre un ricorso per concordato preventivo; al vantaggio spettante al debitore nella prima fase della crisi d'impresa corrisponde, pertanto, uno speculare vantaggio concesso ai terzi dopo la dichiarazione di fallimento. Il fallito, inoltre, gode di un indubbio vantaggio informativo rispetto ai terzi, perché egli ha (o almeno dovrebbe avere) una più compiuta conoscenza

del reale valore dell'attivo e della sue potenzialità. Proprio per compensare questo vantaggio informativo del fallito, il legislatore interviene agevolando, sul piano processuale e contenutistico, la proposta del terzo¹².

Questi due elementi giustificano, secondo molti¹³, la prevalenza dell'interesse del terzo sull'interesse del fallito. Resta da verificare, tuttavia, se le motivazioni ora indicate e le norme che ne sono espressione costituiscano, oltre che il fondamento, anche il confine al quale deve arrestarsi la prevalenza dell'interesse del terzo rispetto all'interesse del fallito. In altri termini, è da chiedersi fino a che punto questa prevalenza dell'interesse del terzo sull'interesse del fallito possa spingersi nel caso di concordato fallimentare e se esso possa giustificare o legittimare anche le fattispecie di concordato ostile sopra delineate. Affermare che il concordato fallimentare del terzo è preferito rispetto al concordato fallimentare proposto dal fallito significa dare atto di una serie di norme che agevolano, oggettivamente, la proposta proveniente dal terzo. Da ciò non deve però trarsi la conclusione affrettata secondo cui l'interesse del terzo possa prevalere sempre e comunque rispetto all'interesse del fallito, potendo imporre qualunque sacrificio o pregiudizio anche al di là degli ambiti nei quali il legislatore riconosce questo vantaggio per il terzo.

Per rispondere a questa domanda, è necessario allora cambiare il punto di osservazione e spostarsi ad esaminare l'interesse apparentemente "minore", quello del fallito appunto.

6.- Lo studio dell'interesse del fallito nella procedura fallimentare si presenta, a prima vista, impresa singolare, al limite dell'eresia. Come sopra visto, una volta che sia stato dichiarato il fallimento, il fallito viene ad assumere un ruolo subordinato ed ancillare rispetto a quello degli altri soggetti coinvolti nella procedura, a partire dai creditori. Se ciò è ritenuto vero con riferimento alla procedura fallimentare, è affermato con ancora maggiore rigore per il concordato fallimentare, in riferimento al quale si afferma addirittura che, una volta accertata l'insolvenza, si presume che i beni residui del debitore siano interamente destinati al soddisfacimento dei creditori, onde rispetto ad essi non potrebbe sopravvivere alcun interesse del fallito¹⁴. Anche da parte di chi riconosce comunque l'esistenza di un interesse del fallito meritevole di tutela nell'ambito della procedura fallimentare, l'affermazione è prontamente seguita e temperata dal riconoscimento comunque della subordinazione di detto interesse rispetto a quelli dei creditori¹⁵ e del terzo¹⁶.

¹² Vedi, tra gli altri, FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2008, 31, 94, 376 ss.; ID., *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2010, I, 2755; STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 178; PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice. Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti*, Milano, 2009, 166.

¹³ FABIANI, *Contratto e processo*, cit., 390; STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 219.

¹⁴ D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato*, cit., 352.

¹⁵ MARINUCCI, *Proposte di concordato fallimentare integralmente soddisfattive dei creditori avanzate l'una da un terzo e l'altra dal fallito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 714.

¹⁶ FABIANI, *Contratto e processo*, cit., 376; DI CECCO, *Art. 124*, cit., 1711.

La scelta di affrontare il tema dei concordati ostili secondo una prospettiva di valutazione dei diversi interessi coinvolti impone di procedere ad un esame più analitico di fondamento, contenuto e limiti dell'interesse del fallito, partendo, come doveroso, dalla lettura delle norme di diritto positivo dettate dal legislatore fallimentare.

Molteplici sono le norme che rappresentano il punto di emersione di questo persistente interesse del fallito nel corso della procedura fallimentare.

Gli artt. 26 e 36 l.fall. riconoscono al fallito la legittimazione a proporre reclamo contro, rispettivamente, i decreti del giudice delegato e del tribunale o contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori. La legittimazione del fallito, prevista in modo separato rispetto a quella spettante a «ogni altro interessato», è evidentemente legata all'interesse del fallito a che la gestione della procedura fallimentare avvenga secondo criteri di diligenza e correttezza, la cui violazione può giustificare la proposizione del reclamo.

L'art. 90, comma 2, l.fall. attribuisce al fallito il diritto di prendere visione di qualunque atto o documento contenuto nel fascicolo della procedura, con la sola eccezione della relazione del curatore e degli atti eventualmente riservati su disposizione del giudice delegato. Il diritto di accesso e consultazione del fallito è riconosciuto in termini addirittura più ampi rispetto a quelli previsti per i creditori che non fanno parte del comitato dei creditori e per i terzi, i quali hanno solo diritto «di prendere visione e di estrarre copia degli atti e dei documenti per i quali sussiste un loro specifico ed attuale interesse, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore». Nel momento in cui il legislatore esonera il fallito dall'onere di provare lo «specifico ed attuale interesse» alla consultazione degli atti e documenti del fascicolo, implicitamente, ma incontestabilmente, riconosce un interesse generale e permanente del fallito ad avere notizia dello svolgimento della procedura, al fine di un controllo sulla stessa.

Il fallito, al pari degli altri creditori ed a differenza dei terzi, ha il diritto di esaminare il progetto di stato passivo depositato dal curatore e di presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino all'udienza (art. 95, comma 2, l.fall.). In sede di udienza per l'esame dello stato passivo, il fallito ha altresì diritto di essere sentito (art. 95, comma 3, l.fall.). Le norme in esame sono significative sotto un duplice profilo. Da un lato, concorrono a fondare e definire un interesse del fallito alla corretta formazione dello stato passivo. Dall'altro lato, pongono il fallito in una posizione processuale eguale rispetto a quella dei creditori e ben superiore rispetto a quella dei terzi diversi dai creditori.

L'art. 102 l.fall. riconosce al fallito il diritto di essere sentito dal tribunale nel caso di previsione di insufficiente realizzo, nonché analogo diritto ad essere sentito dalla corte di appello nel caso di reclamo proposto dai creditori avverso il decreto di chiusura per insufficiente realizzo. Questo diritto è evidentemente posto a tutela dell'interesse del fallito alla più celere chiusura della procedura fallimentare, in ragione del rischio di un

incremento dei debiti di massa e di spese in caso di prosecuzione, destinati a cadere a suo carico dopo la chiusura¹⁷.

Il diritto di chiedere al giudice delegato la sospensione delle operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi, o di impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato, spetta anche al fallito, oltre che al comitato dei creditori e ad ogni altro interessato (art. 108 l.fall.). Il diritto del fallito è, in questo caso, posto a tutela di un duplice interesse: l'interesse connesso al diritto di ottenere il residuo attivo dopo la chiusura del fallimento, che potrebbe essere pregiudicato da una liquidazione inferiore a quella di mercato¹⁸; l'interesse a non essere pregiudicato nella eventuale proposizione di un concordato fallimentare. Quest'ultimo interesse, come ovvio, è comunque a quello di ogni altro potenziale proponente, al quale spetta quindi analoga legittimazione quale "interessato"¹⁹.

L'art. 116, comma 3, l.fall. prevede che la comunicazione dell'avvenuto deposito del rendiconto del curatore e della fissazione dell'udienza debba essere effettuata in favore, oltre che dei creditori ammessi al passivo, di coloro che hanno proposto opposizione e dei creditori in prededuzione non soddisfatti, anche del fallito, il quale ha diritto di prendere visione del rendiconto e di presentare osservazioni o contestazioni fino all'udienza. Ancora una volta, il fallito è parificato ai creditori e differenziato rispetto a tutti gli altri "interessati", essendo riconosciuto in capo allo stesso un diritto soggettivo a contestare il rendiconto del curatore, sulla base del presupposto che l'attività del curatore possa incidere su posizioni giuridiche del fallito stesso.

L'art. 119, comma 2, l.fall. prevede, infine, che quando la chiusura del fallimento è dichiarata per "insufficienza dell'attivo" prima dell'approvazione del programma di liquidazione, il tribunale deve sentire il comitato dei creditori ed il fallito.

Riassumendo, al fallito sono riconosciuti, nel corso della procedura fallimentare, penetranti ed incisivi poteri informativi, nonché il diritto di interloquire con gli organi della procedura e di contestarne gli atti o le omissioni. L'esame del complesso delle norme esaminate, ricondotto a sistema, consente pertanto di configurare l'esistenza di un interesse del fallito, giuridicamente tutelato, alla corretta gestione della procedura fallimentare (artt. 26, 36, 90, 102, 116, 119), che si esprime con particolare ampiezza sia nella fase della formazione dello stato passivo (art. 95), sia nella fase della realizzazione dell'attivo (art. 108). L'interesse del fallito alla corretta gestione della procedura

¹⁷ FERRARO, Art. 102, in *La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, II, 1309.

¹⁸ Sul significato che la norma in esame assume ai fini della tutela delle ragioni del fallito ad ottenere il residuo attivo in caso di chiusura, vedi già MARINUCCI, *Proposta*, cit., 713.

¹⁹ Sulla possibilità di ricondurre tra i soggetti interessati anche coloro che propongono o possono avere interesse a proporre il concordato fallimentare, vedi MORAMARCO, Art. 108, in *La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, II, 1515 e Trib. Mantova, 20 febbraio 2007, in *Fallimento*, 2007, 828.

fallimentare si concreta, pertanto, nelle due accezioni specifiche di interesse alla corretta formazione dello stato passivo e di interesse alla migliore realizzazione dell'attivo.

La *ratio* alla base del riconoscimento di questo interesse del fallito è di agevole individuazione e si rintraccia negli effetti che il fallito subisce in ragione dell'ammissione dei crediti al passivo e della chiusura del fallimento. Per effetto della chiusura del fallimento, cessa lo spossessamento ed il fallito riacquista la piena disponibilità del residuo attivo, ovvero del patrimonio fallimentare che non sia stato liquidato dal curatore (art. 120, comma 1, l.fall.). Allo stesso tempo, i creditori, sia quelli concorrenti che quelli non concorrenti, riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo il caso della esdebitazione (art. 120, comma 3, l.fall.). A ciò si aggiunga che il decreto o la sentenza con la quale il credito è stato ammesso al passivo costituisce prova scritta idonea a giustificare l'emissione di un decreto ingiuntivo nei confronti del fallito tornato *in bonis*, così riconoscendosi una limitata valenza extrafallimentare del provvedimento di ammissione²⁰. Il fallito ha, quindi, interesse a che la liquidazione avvenga con la realizzazione del migliore attivo possibile, perché questo incrementa le possibilità che residui un attivo alla chiusura del fallimento; allo stesso tempo, il fallito ha interesse ad evitare che vengano ammessi al passivo creditori non legittimati, sia perché essi devono essere soddisfatti in sede concorsuale, sia perché l'ammissione produce effetti anche dopo la chiusura.

L'individuazione del fondamento dell'interesse del fallito durante la procedura e la sua corretta perimetrazione consentono di compiere un passaggio ulteriore. Anche durante la procedura fallimentare, esiste un perdurante collegamento tra il fallito ed il suo patrimonio, che, anche se attenuato per effetto dello spossessamento, non è reciso. Proprio perché permane questo collegamento tra il fallito ed il suo patrimonio, destinato a riespandersi con pienezza al momento della chiusura del fallimento (sia pure solo con riferimento al residuo attivo), il fallito è titolare dei poteri informativi, consultivi e di impugnazione che la legge fallimentare gli riconosce nel corso della procedura. Se il collegamento tra fallito e patrimonio non vi fosse, invece, non avrebbe senso o ragione il riconoscimento di una posizione giuridica qualificata in capo al fallito.

Si è visto sopra come la posizione del fallito, pur se non equiparata rispetto a quella dei creditori, è comunque differenziata e privilegiata rispetto a quella degli altri terzi. La ragione di questo ordine "gerarchico" nel riconoscimento dei poteri all'interno del fallimento è diretta espressione della intensità del rapporto che intercorre tra le diverse categorie di soggetti ed il patrimonio del fallito durante il fallimento. Posizione primaria viene riconosciuta ai creditori, i quali hanno diritto di soddisfarsi su tutto il patrimonio fallimentare, che rimane vincolato nella sua integralità alla loro soddisfazione. Dopo i

²⁰ Per il dibattito sull'efficacia del meramente concorsuale o anche extraconcorsuale del provvedimento di ammissione, vedi, per tutti, IRACE, *Art. 120*, in *La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, II, 1667.

creditori, viene il fallito, al quale spetta la porzione di proprio patrimonio che residua dopo il soddisfacimento dei creditori. Da ultimo vengono tutti i terzi, che nessun diritto o pretesa possono vantare sul patrimonio fallimentare e che per ciò stesso nessun titolo hanno per interloquire nella procedura fallimentare, a meno che dimostrino uno specifico interesse nella singola vicenda²¹.

A questo punto, è da verificare se di questo interesse del fallito vi sia traccia anche nello specifico ambito della procedura di concordato fallimentare.

Per dare risposta positiva al quesito, è già sufficiente porre mente alla circostanza che il concordato fallimentare si inserisce all'interno della procedura di fallimento, della quale costituisce una fase, e precisamente uno dei modi di cessazione. Da ciò consegue l'applicabilità, con le dovute modifiche, di tutte le norme sopra richiamate, a partire dal diritto di consultare il fascicolo fallimentare (art. 90 l.fall.) ed a finire con il diritto di essere informato sul deposito del rendiconto del curatore, che anche in sede di concordato fallimentare troverà applicazione (art. 116 l.fall.).

Ma la risposta è positiva anche prendendo in considerazione unicamente la disciplina del concordato fallimentare, avulsa dalla restante procedura fallimentare. Il fallito, pur con le "penalizzazioni" già esaminate, è legittimato a presentare la proposta di concordato fallimentare (art. 124 l.fall.). Ma, soprattutto, il fallito è inserito tra i destinatari necessari della comunicazione dell'avvenuta approvazione della proposta e tra i soggetti legittimati a proporre opposizione all'omologazione (art. 129, comma 2, l.fall.)²². L'eventuale presentazione di una proposta di concordato fallimentare da parte di un creditore o di un terzo non priva, quindi, il fallito della sua posizione giuridica qualificata nell'ambito della procedura, che lo differenzia rispetto agli altri terzi diversi dai creditori e che lo legittima ad interloquire nell'ambito del procedimento.

Delineato in modo compiuto il fondamento positivo e, soprattutto, il contenuto degli interessi ritenuti meritevoli di tutela nell'ambito della procedura di concordato fallimentare, si è in possesso ora di una solida base analitica per esaminare le varie fattispecie di concordati ostili.

7.- La prima ipotesi, disciplinata dagli artt. 125, comma 2, l.fall. e 128, comma 4, l.fall., si presenta nel caso di concorrenza tra una proposta di concordato avanzata da un terzo ed una proposta di concordato avanzata dal fallito o da soggetti da esso controllati o collegati.

La fattispecie è già stata esaminata e decisa dalla Suprema Corte con la sentenza 12 febbraio 2010, n. 3327. Nella vicenda sottoposta ai giudici di legittimità, erano state

²¹ *Contra*, vedi, FABIANI, *Contratto e processo*, cit., 378, il quale ritiene, invece, che gli interessi del fallito «sono stati non meno che posposti a quelli di tutti gli altri protagonisti coinvolti dal dissesto»

²² Per il dibattito in ordine alla inclusione del fallito tra le parti necessarie del giudizio di omologazione, vedi CRISTIANO, *Art. 129, in La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, II, 1785.

presentate due proposte, l'una da parte della società fallita (unitamente ad altra società), l'altra da parte di un terzo, ed entrambe prevedevano il soddisfacimento integrale dei creditori, anche se con diverse modalità operative e garanzie. Ottenuto da parte di entrambe il parere favorevole del comitato dei creditori e del curatore, i creditori avevano approvato la proposta del terzo ed il tribunale, malgrado l'opposizione della società fallita, aveva omologato il concordato fallimentare. Rigettato il reclamo da parte della Corte di Appello e proposto ricorso per Cassazione, i giudici di legittimità hanno cassato il decreto di rigetto del reclamo.

Ad avviso della Cassazione, quando tra i più proponenti di proposte parimenti convenienti vi sia anche il fallito, è necessario che sussista un «motivo legittimo» perché i creditori possano rifiutare la proposta di concordato del fallito. A sostegno di questa soluzione, i giudici di legittimità argomentano dalle norme di diritto comune in tema di adempimento del terzo e di mora del creditore (art. 1180 e 1206 c.c.), dalle quali si può ricavare il principio secondo cui «se il creditore può rifiutare la prestazione del terzo nel caso in cui ha interesse all'adempimento personale del debitore e nel caso di opposizione del debitore, è tenuto però ad accettare l'offerta della prestazione, quando venga effettuata direttamente dal debitore, rifiutando l'eventuale adempimento del terzo, a meno che non possa accampare un legittimo motivo che giustifichi la preferenza accordata all'adempimento da parte di quest'ultimo». In mancanza di tale motivo legittimo, «l'attribuzione dei beni al terzo resta privo di causa giuridica e comporta, quindi, un ingiustificato spostamento di ricchezza, togliendo al fallito stesso, tornato *in bonis* (ed il cui fallimento a volte può essere imputabile non a comportamenti negativi dello stesso, ma ad improvvisi ed imprevedibili sconvolgimenti del mercato) la possibilità di intraprendere, con i beni ancora in suo possesso, nuove iniziative imprenditoriali».

La sentenza della Suprema Corte, che sebbene pronunciata prima della ulteriore novella dell'art. 125 l.fall. introdotta dalla l. n. 69/2009 esprime principi validi anche nel sistema attuale, è stata oggetto di critiche pressoché generalizzate da parte della dottrina²³.

Le argomentazioni proposte dalla dottrina contro la soluzione della Suprema Corte possono ricondursi schematicamente in quattro categorie: a) il richiamo ai canoni di valutazione tipici del diritto generale delle obbligazioni è improprio, perché in ambito fallimentare vigono principi diversi, volti alla tutela dei superiori interessi economici alla migliore funzionalità del sistema imprenditoriale²⁴; b) il ricorso all'art. 1180 c.c., oltre che non consentito, sarebbe anche frutto di un equivoco, perché la norma si limita a stabilire che il creditore può rifiutare l'adempimento del terzo se c'è l'opposizione del debitore, ma non dice che è tenuto ad accettare l'adempimento del debitore in luogo di quello del terzo²⁵; c) la decisione della Suprema Corte finisce per riconoscere un ruolo troppo ampio al tribunale in sede di omologazione e consente addirittura di considerare

²³ FABIANI, *Eccessi*, cit., 2754; SANZO, *La prima pronuncia*, 1820; MARINUCCI, *Proposte*, cit., 709.

²⁴ SANZO, *La prima pronuncia*, cit., 1823; MARINUCCI, *Proposte*, cit., 714.

²⁵ FABIANI, *Eccessi*, cit., 2755; MARINUCCI, *Proposte*, cit., 715.

approvato un concordato (quello proposto dal fallito) che tale non è, perché non approvato dal ceto creditorio ai sensi dell'art. 128, ult. co., l.fall.²⁶; d) la legge fallimentare novellata fornisce indicazioni di segno contrario rispetto alla decisione della Cassazione, perché delinea un chiaro *favor* per la proposta del terzo rispetto alla proposta del fallito²⁷;

Esaminiamo in modo analitico le singole critiche, partendo da quelle che appaiono pienamente condivisibili, ovvero le argomentazioni *sub a)* e *cb)*. Il richiamo alle norme ed ai principi del diritto civile comune per interpretare le norme in tema di concordato fallimentare e colmarne eventuali lacune è, infatti, legittimo solo a condizione che, a monte, sia preventivamente risolto il problema “tipologico” della natura negoziale del concordato stesso. Nel momento in cui si riconosca la piena natura negoziale del concordato fallimentare, diventa legittima la pretesa di estendere anche ad esso i principi e le regole che disciplinano il diritto delle obbligazioni. Sebbene non sia questa la sede per affrontare il complesso tema, e nemmeno per dare conto delle numerose opinioni in merito, ciò che può affermarsi è che la natura meramente negoziale del concordato fallimentare, lungi dall'essere un dato acquisito nella cultura giuridica, è in realtà tesi controversa. Anche gli autori che, nel sistema riformato, riconoscono la natura negoziale del concordato fallimentare, ne sottolineano le specificità rispetto agli ordinari contratti, e la riconducono comunque a figure diverse, quale la vendita forzata²⁸ o la deliberazione²⁹. Da ciò consegue che il tentativo di importare meccanicamente principi del diritto comune delle obbligazioni alla procedura di concordato fallimentare costituisce un procedimento ermeneutico non legittimo e che, comunque, avrebbe richiesto una preventiva giustificazione. A questo si aggiunga che la norma in tema di adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), anche se in ipotesi ritenuta applicabile al concordato fallimentare, non giustificherebbe di per sé sola la soluzione raggiunta dalla Suprema Corte, perché, come correttamente rilevato, il creditore non è obbligato ad accettare l'adempimento del debitore in luogo di quello del terzo.

Al contrario, non appare decisiva l'obiezione *sub c)*, secondo cui l'obbligo di dare prevalenza, a parità di condizioni, alla proposta del fallito consentirebbe al tribunale di considerare approvato un concordato (quello proposto dal fallito) che tale non è, perché non approvato dal ceto creditorio ai sensi dell'art. 128, ult. co., l.fall.. Nel momento in cui si condivide la tesi della illegittimità del voto contrario espresso dai creditori alla proposta di concordato del fallito, si crea lo spazio per affermare che detta proposta abbia raggiunto il maggior numero (o addirittura) l'unanimità dei voti, attesa l'operatività della regola del silenzio-assenso (art. 128, comma 2, l.fall.). Si tratterebbe, in altri termini, di un'applicazione nel campo del concordato della regola ormai collaudata in ambito

²⁶ MARINUCCI, *Proposte*, cit., 716.

²⁷ FABIANI, *Eccessi*, cit., 2755; MARINUCCI, *Proposte*, cit., 712.

²⁸ FABIANI, *Contratto e processo*, cit., 345 ss.

²⁹ DI MARZIO, *Il diritto negoziale*, cit., 178-179, che parla di “procedure concorsuale deliberativa”.

societario che consente di ritenere approvata la delibera assembleare quando i voti contrari sono annullati per conflitto d'interessi, violazione del principio di buona fede o per qualche altra patologia³⁰. Il problema non è, quindi, di natura procedimentale, ma sostanziale e su questo profilo si deve concentrare ora l'attenzione.

Si è detto che, secondo la dottrina maggioritaria, l'esame della legge fallimentare condurrebbe a riconoscere l'esistenza di un *favor* per la proposta del terzo, tale da rendere ingiustificato il riconoscimento di una qualche forma di vantaggio competitivo per la proposta del terzo (argomentazione *sub d*).

Nella prima parte del lavoro, tuttavia, si è visto che l'interesse del terzo proponente il concordato non è certo l'unico interesse tutelato nell'ambito della procedura, dovendo coesistere anche con l'interesse dei creditori e con l'interesse dello stesso fallito. Tra i vari interessi, inoltre, è possibile delineare una sorta di ordine gerarchico. Posizione primaria viene riconosciuta ai creditori, i quali hanno diritto di soddisfarsi su tutto il patrimonio fallimentare, che rimane vincolato nella sua integralità alla loro soddisfazione; l'interesse dei creditori riceve però tutela se e fino quando esso sia funzionale al migliore soddisfacimento del proprio credito in ambito concorsuale, mentre perde il suo rango primario nel momento in cui la scelta da assumere nel corso della procedura rivesta carattere neutro rispetto alla tutela del credito. Dopo i creditori, viene il fallito, al quale spetta la porzione di proprio patrimonio che residua dopo il soddisfacimento dei creditori. Da ultimo vengono tutti i terzi, che nessun diritto o pretesa possono vantare sul patrimonio fallimentare e che per ciò stesso nessun titolo hanno per interloquire nella procedura fallimentare, a meno che dimostrino uno specifico interesse nella singola vicenda.

Nel caso di concorrenza di proposte di concordato, l'una del fallito l'altra di un terzo, aventi contenuto sostanzialmente analogo ed entrambe integralmente soddisfattive, l'interesse dei creditori viene a perdere rilievo perché la scelta da assumere nel corso della procedura rivesta carattere neutro rispetto alla tutela del credito. Nel momento in cui la diversità tra le proposte non è apprezzabile in termini sostanziali, non vi è ragione per riconoscere un rango primario all'interesse dei creditori rispetto agli interessi-altri. Certo, non è facile accertare se le due proposte siano effettivamente equivalenti, perché, accanto alle percentuali di soddisfacimento, deve guardarsi anche alle modalità ed alle garanzie offerte; ma se il tribunale accerta che le condizioni sono oggettivamente equivalenti in termini di condizioni e garanzie, l'interesse dei creditori cessa di essere la "stella polare" del sistema.

³⁰ Sull'annullamento della delibera negativa, vedi App. Napoli, 20 gennaio 2010, in *DVD Utet*; Trib. Catania, 10 agosto 2007, in *Corriere giur.*, 2008, 397. In dottrina vedi, tra gli altri, PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 163 ss.; CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003; PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, abusi e rimedi*, Torino, 2004, 171 ss..

Il discorso si riduce, quindi, ad una comparazione tra l'interesse del fallito e l'interesse del terzo.

Anzitutto, va accantonato il facile, ma inconferente richiamo al *favor* per la proposta del terzo che giustificerebbe una valutazione di prevalenza dell'interesse del terzo o, al massimo, di eguaglianza tra gli stessi. Il vantaggio, come visto, è apprezzabile esclusivamente in termini di tempi e di condizioni, ma se questi benefici non sono sfruttati dal terzo, che presenta una proposta negli stessi tempi e con le stesse condizioni del fallito, il *favor* scompare e si ritorna al punto di partenza.

A questo punto, la domanda da porsi è semplice: l'interesse del fallito e l'interesse del terzo sono davvero posti sullo stesso piano?

Se si condivide quanto sopra esposto, la risposta sembra discendere in modo inevitabile: l'interesse del fallito è prevalente rispetto a quello del terzo, perché il fallito ha un rapporto qualificato con il patrimonio fallimentare anche durante la pendenza della procedura. Dalla prevalenza dell'interesse del fallito sull'interesse del terzo, alla prevalenza della proposta del fallito su quella del terzo, il passo è breve. Nel caso di proposte dal contenuto sostanzialmente identico ed entrambe integralmente soddisfattive, la proposta del fallito deve prevalere sulla proposta del terzo, perché l'interesse del fallito deve prevalere rispetto all'interesse del terzo proponente. Ne consegue che l'eventuale rifiuto opposto dai creditori alla proposta del fallito è illegittimo, oltre che ingiustificato, perché privo di strumentalità rispetto alla tutela del proprio credito.

Leggendo le norme attraverso il prisma della individuazione, perimetrazione e comparazione tra i vari interessi coinvolti, si giunge, quindi, ad una soluzione analoga a quella offerta dalla Suprema Corte, pur se fondata su diversi argomenti.

8.- Il tema della concorrenza tra proposta del fallito e proposta del terzo conduce ad una breve digressione extravagante, anche se connessa comunque al tema del voto sulla proposta di concordato fallimentare.

Per le ragioni sopra esposte, se le proposte del fallito e del terzo non sono sostanzialmente coincidenti, ma hanno un contenuto obiettivamente diverso, rivive il diritto dei creditori di decidere attraverso il voto quale proposta preferire ed approvare. Ai sensi dell'art. 128, u.c., l.fall., quando il giudice delegato dispone il voto su più proposte di concordato, si considera approvata quella tra esse che ha conseguito il maggior numero di consensi e, in caso di parità, la proposta presentata per prima. Può accadere, pertanto, che vengano poste contemporaneamente in votazione la proposta del fallito e la proposta del terzo.

Ora, l'art. 127, comma 6, l.fall. esclude dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini fino al quarto grado e coloro che sono diventati cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento e la stessa disciplina si applica ai crediti delle società

controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo. E' da ritenersi che per tutti questi soggetti in qualche modo collegati al fallito, l'esclusione dal voto operi sia per la proposta del fallito, sia per la proposta del terzo.

Di contro, secondo l'interpretazione proposta dalla Suprema Corte con la sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011, il terzo proponente e tutti gli altri creditori allo stesso collegati potrebbero, invece, liberamente votare sia sulla proposta di concordato del terzo, sia sulla contemporanea proposta di concordato del fallito, in quanto le esclusioni dal voto *ex art. 127 l.fall.* sarebbero tipiche e non sarebbe configurabile il "conflitto d'interessi" tra creditori in sede di concordato.

E' fin troppo evidente l'esiziale disparità di trattamento che si verificherebbe a carico del fallito, che subisce le esclusioni dal voto, rispetto al terzo, che queste esclusioni può eludere. Da ciò può trarsi, allora, ulteriore argomento volto al superamento della formalistica tesi della Suprema Corte e diretto al riconoscimento anche in ambito concordatario della fattispecie del conflitto d'interessi dei creditori, con le doverose conseguenze in termini di divieto di voto o di inserimento in una classe separata³¹. Se competizione tra fallito e terzo deve avvenire, essa deve svolgersi "ad armi pari", senza indebiti ed ingiustificati vantaggi per il terzo.

9.- Si può adesso passare all'esame della seconda fattispecie di concordato ostile, che si verifica quando la proposta del terzo è avanzata nell'ambito di una procedura fallimentare che presenti una prevalenza dell'attivo sul passivo fallimentare.

Anche questa fattispecie è già stata sottoposta all'esame della Suprema Corte, che con la sentenza 22 marzo 2010, n. 6904 ha affermato il principio secondo cui «il controllo demandato al tribunale in sede di omologazione del concordato fallimentare, nell'ipotesi di opposizione da parte del fallito (destinata ad evitare che l'accordo tra i creditori ed il terzo finisca per espropriare i propri beni in misura sproporzionata rispetto alle obbligazioni contratte) deve essere ispirato ai principi normativi che disciplinano il processo di esecuzione forzata nonché agli insegnamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, diretti ad impedire la rottura dell'equilibrio tra interesse generale al pagamento dei creditori del fallimento e quello del ricorrente al rispetto dei suoi beni nonché la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo». I giudici di legittimità, ricondotto il concordato proposto dal terzo nell'ambito della liquidazione dell'attivo fallimentare, hanno osservato che il divieto per il fallito di amministrare i suoi beni e di disporne ha lo scopo di soddisfare i creditori del fallimento, ma l'ingerenza sul potere di disposizione del fallito deve essere limitato entro limiti di ragionevolezza. A sostegno della propria tesi, la Suprema Corte, oltre ad il divieto costituzionale di

³¹ Per la configurabilità della fattispecie del conflitto d'interesse tra creditori nei concordati, vedi SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 32 ss.; ID., *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *ivi*, 1062 ss.; D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi*, cit.

espropriazione senza indennizzo *ex art. 42 Cost.* ed ai principi di tutela dei diritti dell'Uomo, richiamano anche la norma dell'art. 586 c.p.c. in tema di esecuzione forzata e l'art. 108 l.fall. in tema di sospensione delle vendite fallimentari. Più di recente, Corte di Cassazione, con la sentenza 29 luglio 2011, n. 16738, è ritornata nuovamente sul tema, dichiarando la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 124 l.fall. nella parte in cui prevede che il concordato fallimentare possa essere presentato da un terzo e ribadendo ancora il principio secondo cui la tutela del fallito rispetto a concordati "espropriativi" è garantito dalle norme che disciplinano il codice di rito e dagli insegnamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il richiamo operato dalla Suprema Corte al principio costituzionale del divieto di esproprio senza indennizzo sancito dall'art. 42 Cost. ed al principio di giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo, introdotto dall'art. 1 della Protocollo n. 1 alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, per quanto suggestivo³², non appare decisivo. E' stato, infatti, correttamente sottolineato come il diritto di proprietà, del fallito come di chiunque altro cittadino, deve essere coordinato con l'interesse generale, nel quale può certamente ricomprendersi l'interesse del sistema economico nel suo complesso a che i capitali non restino a lungo immobilizzati e vengano, invece, reimmessi nel circuito produttivo attraverso una definizione concordataria dell'insolvenza (Fabiani; Sanzo). Il problema, si deve aggiungere, è quello dei limiti posti a tale prevalenza dell'interesse generale e del giusto equilibrio tra interesse generale e diritti del fallito, ma la risposta non la si può trovare in astratto o all'interno dell'art. 42 Cost., bensì all'esito di un compiuto esame del sistema positivo delineato dal legislatore. Ciò impone, pertanto, di scendere dal livello costituzionale ed europeo al gradino più basso della disciplina di diritto comune e speciale posta dalla legge ordinaria.

Del pari inappagante è la prospettiva di tipo processuale, che ambisce a rinvenire nelle norme e nei principi del codice di rito gli ostacoli al concordato ostile. La Suprema Corte ne ha fatto applicazione, sia pure con un argomento *ad abundantiam*, mediante il richiamo all'art. 586 c.p.c., norma che assicurerebbe la proporzionalità tra mezzi processuali impiegati e scopo perseguito, e già in precedenza la dottrina aveva invocato gli artt. 496³³ e 504³⁴ c.p.c., quali limiti invalicabili per i concordati di terzi che prevedano traslazioni di beni per un valore superiore all'importo dei crediti e delle spese.

³² In dottrina, il ricorso alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo quale argine ai concordati "espropriativi" è proposto da MINUTOLI, *Art. 125*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 1019.

³³ LA MALFA, *Art. 124*, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 33 s., il quale, tuttavia, conclude nel senso che «le norme sul concordato sembrano offrire sul piano letterale scarse possibilità per la tutela del debitore, salvo riconsiderare in senso estensivo, in questa prospettiva, le valutazioni del giudice delegato sulla ritualità della proposta, riconoscendogli quindi la facoltà di una valutazione di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di tutela del credito e consentirgli di entrare nel merito, tenendo presente anche i profili di garanzia dei diritti del debitore»

La norma dell'art. 586 l.fall., nel consentire al giudice di sospendere la vendita quando il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, potrebbe essere utilmente invocabile nel caso di concordati ostili con prevalenza dell'attivo sul passivo solo a condizione che si accerti che il prezzo "giusto" che l'assuntore debba pagare sia non già quello che soddisfi al meglio i creditori, quanto quello parametrato al valore dei beni ad esso attribuito. Ma la risposta a questa domanda non si rinviene certo nel codice di rito, quanto nella legge fallimentare, alla quale pertanto si deve tornare a fare riferimento. D'altra parte, una norma sostanzialmente coincidente a quella dell'art. 504 c.p.c. è presente già nella legge fallimentare (art. 108 l.fall.), così che non appare necessario fare riferimento a principi estranei.

L'art. 496 c.p.c., che consente la riduzione del pignoramento nel caso in cui «il valore dei beni pignorati è superiore all'importo delle spese e dei crediti», pur rappresentando espressione del principio del divieto di eccesso di tutela del credito, esprime una regola del tutto incompatibile con l'ordinamento concorsuale, caratterizzato invece dalla necessaria "globalità" della esecuzione fino al momento della chiusura, senza che nelle more della procedura sia possibile procedere ad una riduzione dello spossessamento laddove emerga una prevalenza dell'attivo sul passivo³⁵.

Anche l'art. 504 l.fall., che dispone in caso di vendita forzata in lotti la cessazione della vendita quando il prezzo già ottenuto abbia raggiunto l'importo delle spese e dei crediti, non pare decisiva ai fini della definizione del problema in esame. La norma trova un suo preciso riscontro nell'ambito fallimentare, e precisamente nell'art. 118, comma 1, n. 2), l.fall., che dispone la chiusura del fallimento quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o quando sono in altro modo estinti e sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione. Ma il concordato fallimentare si pone proprio in alternativa alla chiusura, così che appare incongruo rinvenire limiti al concordato in principi propri di un istituto, quale la chiusura, non solo alternativo ma in qualche modo contrapposto, nel senso che l'uno esclude l'altro o meglio, l'uno (il concordato) mira ad evitare l'altro (la chiusura). Ne consegue che anche l'art. 504 c.p.c., che dell'art. 118, n. 2, c.c. costituisce il parallelo nell'esecuzione forzata, non è invocabile per delimitare i confini di legittimità dei concordati ostili. D'altra parte, il concordato fallimentare, pur laddove lo si voglia ricondurre alla liquidazione fallimentare, determina il trasferimento in "lotto unico" dell'intero patrimonio fallimentare, così differenziandosi in modo decisivo dalla vendita in "lotti separati" cui fa riferimento il richiamato art. 504 c.p.c..

Nella giurisprudenza di merito, si è cercato di affrontare il problema anche secondo la prospettiva opposta, di tipo negoziale, cercando di rintracciare un limite al potere del terzo di proporre concordati "espropriativi" nei principi dell'obbligo di rispetto

³⁴ JACHIA, *Gli effetti del concordato*, in *Il concordato fallimentare* a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2008, 280.

³⁵ Sul principio di "globalità" del fallimento, vedi SANDULLI, *La crisi dell'impresa*, cit., 20.

dell'equilibrio minimo del sinallagma contrattuale. In questa prospettiva, il concordato fallimentare che consenta al terzo di acquisire un attivo “sproporzionatamente” superiore rispetto al passivo ed alle spese sarebbe privo di causa concreta o, comunque, lederebbe il principio che impone un equilibrio minimo del sinallagma contrattuale, a tutela dei creditori dissenzienti e del fallito³⁶. Non sembra, tuttavia, che questa tesi, malgrado l'interesse che le deriva dal fare applicazione al campo concorsuale dei recenti approdi di parte della dottrina e della giurisprudenza civilistiche, possa essere condivisa. Come già chiarito in precedenza, il richiamo a principi negoziali quali la causa o il sinallagma contrattuale presuppone che, a monte, sia preventivamente accolta la tesi della natura negoziale del concordato stesso; riconoscimento della natura negoziale che, allo stato, non può ritenersi acquisito e che, in ogni caso, si accompagna comunque alla sottolineatura della indubbia presenza di profili processuali e pubblicistici, che mal si prestano ad una meccanica trasposizione ad esso di istituti dettati in campo negoziale³⁷. E poi, se proprio volesse farsi riferimento alla causa, è corretta l'osservazione di coloro i quali notano come una causa del trasferimento dei beni comunque vi sia, e vada individuata nel rischio che, a fronte a fronte degli obblighi concordatari, il patrimonio fallimentare abbia un valore inferiore a quello stimato³⁸. A ben vedere, negli arresti giurisprudenziali che fanno utilizzo ai criteri della causa e dell'equilibrio contrattuale, si avverte l'eco delle vecchie “accuse” rivolto all'assuntore- speculatore, che già nel sistema previgente erano state accontonate³⁹ e che oggi appaiono anacronistiche.

10.- Evidenziati i limiti dei precedenti approcci al problema, residua il criterio che si propone di delimitare il tema attraverso la individuazione e comparazione dei vari interessi in conflitto nella fattispecie in esame.

Nel caso di concordati “espropriativi”, a ben vedere, è configurabile un duplice conflitto d'interessi. Da un lato, vi è sempre l'interesse del fallito a ricevere il residuo attivo del proprio patrimonio al termine della liquidazione fallimentare, mentre, dall'altro lato, si pongono sia l'interesse del terzo proponente a conseguire, a seguito dell'adempimento degli obblighi concordatari, il *surplus* sperato tra attivo e passivo, sia

³⁶ Trib. Locri 2 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 862. In argomento vedi anche App. Reggio Calabria 5 febbraio 2009, in *ivi*, 2009, 840 che ha sancito la nullità, per assenza di causa, del concordato proposto dal terzo che non sopporti alcun onere economico in esecuzione del concordato stesso.

³⁷ Vedi A.M. PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, in *Foro it.*, 2011, I, 2120, la quale sottolinea opportunamente come «la strumentalità del concordato rispetto alla composizione della crisi d'impresa palese l'inadeguatezza del mezzo contrattuale». Nello stesso senso anche AZZARO, *Art. 129*, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 128, il quale esclude che il tribunale possa sindacare l'entità del guadagno del proponente in mancanza di una specifica norma che gli assegni tale potere.

³⁸ FABIANI, *Eccessi*, cit., 2757; già nel vigore del sistema previgente era stato sottolineato che l'assuntore o il terzo si assume il rischio della liquidazione, DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione*, Milano, 1976 175.

³⁹ Vedi DEVOTO, *L'assuntore e la cessione delle revocatorie*, Milano, 1980, 67.

l'interesse dei creditori a ricevere una soddisfazione immediata ed integrale del proprio credito mediante la definizione concordataria⁴⁰.

In coerenza con le considerazioni sopra esposte, la definizione del conflitto tra l'interesse del fallito e l'interesse del terzo appare necessitata. L'interesse del fallito prevale rispetto all'interesse del terzo, perché il fallito, anche durante la procedura fallimentare, rimane titolare di una posizione qualificata e tutelata rispetto al proprio patrimonio che residua all'esito della liquidazione fallimentare. Il terzo proponente beneficia solo di un vantaggio competitivo in termini di tempi e di contenuto della proposta, ma questo vantaggio è meramente procedurale e non consente di sovvertire le risultanze del sistema che depongono, in senso univoco, nel senso di una prevalenza della posizione del fallito. Né sembra che questo criterio "gerarchico" tra interessi del fallito e dei terzi possa essere sovvertito mediante il ricorso ad un superiore interesse economico alla migliore funzionalità del sistema imprenditoriale che imporrebbe di favorire sempre la proposta di concordato del terzo, al fine di consentire la sottrazione dell'impresa all'imprenditore "incapace" e la sua rapida riallocazione sul mercato⁴¹. Di questo interesse generale non vi è traccia puntuale nel diritto positivo, a meno di non ritenere le norme sopra descritte in tema di vantaggio competitivo della proposta del terzo quale punto di emersione di detto interesse. D'altra parte, nemmeno nella realtà fenomenica sembra esservi sicuro riscontro di questo interesse generale. La prassi e l'esperienza testimoniano che, nella massima parte dei casi, i concordati "espropriativi" dei terzi sono volti all'acquisizione di patrimoni immobiliari o, ancor più frequentemente, di crediti e proventi di azioni di massa, piuttosto che alla ricollocazione di complessi aziendali che, al tempo dei concordati fallimentari, hanno già da tempo cessato di essere operativi. Le norme e l'esperienza concordano, quindi, nell'escludere l'esistenza di questo asserito interesse superiore, mera formula dietro la quale si cela il più prosaico (e comunque pienamente legittimo) interesse privato del terzo.

Più delicato è, invece, il confronto tra l'interesse del fallito e l'interesse dei creditori.

Si è detto che l'interesse primario in ambito fallimentare, ed anche nel concordato, è quello dei creditori, i quali hanno diritto di soddisfarsi su tutto il patrimonio fallimentare, che rimane vincolato nella sua integralità alla loro soddisfazione; detto interesse, tuttavia, riceve tutela se e fino a quando sia funzionale al migliore soddisfacimento del proprio credito in ambito concorsuale, mentre perde il suo rango primario nel momento in cui la scelta da assumere nel corso della procedura rivesta carattere neutro rispetto alla tutela del credito. Nel caso di concordati "espropriativi", laddove il terzo offra l'integrale pagamento per tutti i creditori, l'interesse dei creditori sembra ricevere piena tutela. E' da chiedersi, allora, se anche in caso di prosecuzione della procedura fallimentare nella

⁴⁰ Su questo conflitto d'interessi, vedi MARINUCCI, *Proposta*, cit., 713; DI CECCO, *Art. 125*, in *La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, II, 1711.

⁴¹ Per la configurazione di questo interesse generale, vedi SANZO, *La prima*, cit., 1822; FABIANI, *Eccessi*, cit., 1755.

quale l'attivo sia molto superiore al passivo l'interesse dei creditori continui a ricevere piena tutela. Se la risposta fosse positiva, potrebbe legittimamente affermarsi che l'interesse dei creditori, e conseguentemente la volontà degli stessi, sia irrilevante, perché essi ricevono un analogo trattamento sia nel caso di concordato che nel caso di chiusura del fallimento.

Ora, dato per presupposto che l'attivo sia molto superiore al passivo, i creditori riceveranno analogo trattamento sia nel caso di concordato fallimentare che nel caso di chiusura: in ambedue le ipotesi, vi è l'integrale pagamento dei crediti ammessi. Questa analogia viene a cadere, tuttavia, si pone mente al fattore temporale: mentre nel caso di concordato fallimentare, i creditori ricevono l'integrale pagamento al momento dell'omologa (oppure alle diverse date previste dalla proposta), nel caso di chiusura i creditori dovranno attendere i tempi delle varie ripartizioni ed è presumibile ritenere che si tratti di tempi più lunghi. Questa probabile discrasia temporale, che potrebbe apparire irrilevante, in realtà non lo è, tenendo conto della regola dettata dall'art. 55 l.fall. secondo cui «la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente». Il ritardo nel pagamento del credito produce, quindi, un pregiudizio per i creditori chirografari, che, in caso di chiusura, ricevono il pagamento dello stesso importo del credito, ma con maggiore ritardo e senza poter compensare questo ritardo con la percezione degli interessi. Impostato in questi termini il problema, sembrerebbe che, effettivamente, l'alternativa concordato fallimentare-chiusura del fallimento non sia irrilevante per i creditori, con la conseguente riaffermazione del valore primario del loro interesse e della loro volontà per decidere sull'alternativa stessa⁴².

La soluzione esposta non tiene però conto di una norma della legge fallimentare che, nella fattispecie in esame, assume un rilievo centrale. L'art. 120, comma 3, l.fall., dispone che, in caso di chiusura del fallimento, «i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti». Gli interessi sui crediti chirografari, che non decorrono agli effetti del concorso fino alla chiusura, possono essere fatti valere per intero nei confronti del fallito tornato *in bonis*; pertanto, nel caso di chiusura di un fallimento con una chiara prevalenza dell'attivo sul passivo e di conseguente riacquisto da parte del fallito della (ingente) porzione di patrimonio, i creditori chirografari saranno liberi di agire per ottenere il pagamento degli interessi maturati durante la procedura.

Messa in questi termini, la differenza tra concordato e chiusura in termini di soddisfacimento dei creditori chirografari viene a ridursi sensibilmente. A ben vedere, potrebbe addirittura affermarsi che, in caso di prevalenza dell'attivo sul passivo, i

⁴² Per questa osservazione vedi MARINUCCI, *Proposte*, cit., 717, la quale, tuttavia, ritiene illegittimi i concordati espropriativi.

creditori chirografari siano forse maggiormente tutelati in sede di chiusura piuttosto che a seguito del concordato. Se la proposta di concordato del terzo prevede l'integrale soddisfacimento dei crediti chirografari ammessi, questi ultimi subiscono comunque il sacrificio del mancato pagamento degli interessi e non possono nemmeno ambire ad ottenerne il pagamento da parte del fallito tornato *in bonis* all'esito dell'omologazione, perché questi non rientra nella disponibilità del proprio patrimonio che è invece attribuito al proponente o al soggetto da questi designato. Nel caso di prosecuzione del fallimento verso l'esito naturale della chiusura, invece, i creditori chirografari ottengono (sia pure in tempi maggiori) il pagamento integrale dei crediti ammessi e possono ragionevolmente confidare di soddisfarsi sul patrimonio del fallito tornato *in bonis* per quanto riguarda i propri interessi. Dall'altro lato, ovviamente, non può trascurarsi di notare che il probabile pagamento anticipato che il concordato assicura rispetto alla chiusura può assumere per taluni creditori un valore superiore rispetto alla possibilità di ottenere in un futuro più o meno remoto anche il pagamento degli interessi maturati.

L'esame compiuto del sistema fallimentare consente, quindi, di affermare che nel caso di concordati proposti in fallimenti caratterizzati da una chiara prevalenza dell'attivo sul passivo, la scelta dei creditori assume un carattere sostanzialmente neutro rispetto alla tutela del loro credito. Ne consegue che detto interesse cessa di svolgere un ruolo centrale e non può pregiudicare l'interesse del fallito ad essere destinatario della parte di patrimonio che residua all'esito della chiusura. L'interesse del fallito cede il passo quando l'alternativa può avere un effettivo, concreto e significativo impatto sui crediti ammessi al passivo, mentre riceve tutela quando la scelta tra concordato e chiusura sia priva di effettivo rilievo per l'interesse dei creditori.

La soluzione che precede sembrerebbe essere in contrasto con le recenti tesi secondo cui il controllo della impresa in crisi spetti ai creditori, i quali sono i veri fornitori di capitale di rischio⁴³. Applicando al nostro tema questa osservazione e considerato che il proprietario è libero di disporre della cosa oggetto di proprietà in modo pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.), si potrebbe affermare che i creditori sono liberi di accettare una proposta di concordato fallimentare anche quando l'attivo sia superiore al passivo e, quindi, la scelta del concordato sia per essi indifferente o addirittura pregiudizievole. Ad un più attento esame, tuttavia, questo contrasto non esiste. Anzitutto, si parla di proprietà o di controllo dell'impresa in crisi solo in termini economici ed atecnici, non in senso giuridico-formale; la formula sta ad indicare che i creditori hanno il diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, sul quale è impresso un vincolo di destinazione a favore dei creditori stessi, ma la proprietà rimane comunque del fallito sino alla liquidazione. Inoltre, è da notare come il controllo o la proprietà in senso atecnico spettino ai creditori quando il patrimonio del debitore è insufficiente e proprio perché in ragione di tale

⁴³ STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., 50; LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 332.

insufficienza. Pur senza voler scomodare il divieto di atti emulativi che comunque limita l'arbitrio del proprietario (art. 833 c.p.c.), sono molte le norme dalle quali si può desumere il principio secondo cui i creditori hanno un potere di interferire con le scelte del debitore solo in caso di insufficienza del patrimonio del debitore: ad esempio possono citarsi l'art. 2394 c.c., che attribuisce ai creditori sociali l'azione nei confronti degli organi sociali solo nel caso di insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei loro crediti, oppure le norme in tema di opposizione dei creditori alla riduzione "volontaria" del capitale sociale. Ma nel caso di attivo fallimentare superiore al passivo, questa insufficienza non c'è e manca, quindi, la ragione di attribuire "la proprietà" o il controllo, sia pure economico, ai debitori.

Resta, pertanto, confermata la prevalenza dell'interesse del fallito ad ottenere la chiusura non concordataria del fallimento che sia caratterizzato da una chiara prevalenza dell'attivo sul passivo.

Da un punto di vista processuale, l'interesse del fallito si traduce in un diritto ad opporsi all'omologazione dei concordati espropriativi, che, ove esercitato, potrà impedire l'omologazione del concordato stesso; il tribunale che, in ragione dell'opposizione proposta dal fallito, rifiuta l'omologazione del concordato non entra nel merito della convenienza del concordato, ma si limita ad accertare l'irregolarità della procedura per la violazione del diritto soggettivo del fallito.

In sede di omologazione, spetterà proprio al tribunale, eventualmente all'esito dei mezzi istruttori, la delicata verifica della ricorrenza in fatto del pregiudizio per il fallito, rappresentato dalla prevalenza dell'attivo sul passivo. Valutazione che, tranne rari casi, si presenterà certo difficile e complessa, perché presuppone la verifica dell'effettivo valore dell'attivo in comparazione con il dato del passivo, dovendosi scontare la difficoltà di attribuire un valore oggettivo agli *assets*, soprattutto quando rappresentati da crediti o da proventi di azioni giudiziarie, e dovendosi altresì estendere l'indagine anche ai presumibili tempi di chiusura della procedura, considerati gli effetti pregiudizievoli che la prosecuzione della procedura fallimentare produce in capo ai creditori chirografari in termini di sospensione del corso degli interessi (salvo, come detto, la possibilità di agire nei confronti del fallito tornato *in bonis*). Ovviamente, la verifica del tribunale in ordine alla effettiva prevalenza dell'attivo sul passivo dovrà essere compiuta con particolare rigore, atteso che essa può determinare la "disapplicazione" della regola generale, rappresentata dal potere dei creditori di decidere sulla sorte del patrimonio fallimentare, e l'applicazione di una regola comunque derogatoria e speciale, rappresentata dall'attribuzione di una sorta di diritto di veto al fallito.

11.- La terza ipotesi di concordato "ostile" si può realizzare quando, indipendentemente dalla prevalenza dell'attivo sul passivo, le condizioni proposte dal terzo siano pregiudizievoli per il fallito.

Data la possibilità per il proponente di limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo ed a quelli che abbiano proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta (art. 124, u.c., l.fall.), l'eventuale omologazione del concordato del terzo "non liberatorio" lascia il fallito a rispondere nei confronti degli altri creditori (sempre nei limiti delle percentuali concordatarie), senza tuttavia poter giovare del patrimonio fallimentare attribuito al terzo o all'assuntore⁴⁴. Ne consegue che più alta è la percentuale attribuita dal terzo ai creditori in sede di concordato fallimentare, più alta sarà la percentuale per la quale non opererà l'esdebitazione concordataria relativamente ai creditori concorsuali non concorrenti. Paradossalmente, maggiore è la percentuale offerta dal terzo, maggiore è il pregiudizio che può subire il fallito.

La risposta ai profili problematici sollevati da questa terza tipologia di concordati ostili è di agevole individuazione.

Quando la proposta non prevede l'integrale soddisfacimento dei creditori, l'interesse primario da tutelare ritorna ad essere proprio quello dei creditori, che prevale rispetto all'eventuale interesse contrario del fallito. In questi casi, pertanto, il fallito non potrà impedire al terzo ed ai creditori concorrenti di decidere le sorti del patrimonio fallimentare, perché il suo interesse, per quanto di rilievo giuridico, è posposto rispetto a quello dei creditori, ai quali soli spetta di decidere. Si è nell'ambito dei concordati fisiologici, ove la scelta compete ai creditori e questa scelta rimane legittima anche se determina a carico del fallito un pregiudizio maggiore rispetto a quello che avrebbe subito mediante la prosecuzione della liquidazione fallimentare.

12.- Sulla base delle considerazioni che precedono, possono svolgersi le seguenti conclusioni.

Nella prima tipologica di concordato ostile, che si verifica in presenza di una concorrenza tra la proposta del fallito e quella del terzo, dal contenuto sostanzialmente identico ed entrambe integralmente soddisfattive per i creditori, si configura, nella neutralità dei creditori, un conflitto tra l'interesse del fallito e l'interesse del terzo. Poiché si ritiene che l'interesse del fallito sia subordinato solo a quello dei creditori, ma prevalga su quello del terzo, si deve concludere nel senso della necessaria prevalenza della proposta del fallito su quella del terzo.

Nella seconda tipologia di concordato ostile, che si verifica in presenza di una proposta di terzo integralmente soddisfattiva per i creditori, ma espropriativa per il fallito perché consente al terzo di acquisire un attivo molto superiore al passivo ed alle spese, il fallito può proporre opposizione ed impedire l'omologazione. L'interesse del fallito a non subire l'espropriazione del proprio patrimonio che residuerebbe all'esito della chiusura prevale, infatti, sia rispetto all'interesse del terzo, sia rispetto all'interesse dei creditori, che non

⁴⁴ In argomento, vedi FABIANI, *Contratto e processo*, cit., 377.

può ricevere tutela quando, come nella fattispecie in esame, la scelta non sia funzionale alla migliore tutela del proprio credito, ma assuma un carattere sostanzialmente neutro rispetto ad esso.

Nella terza tipologia di concordato ostile, che si verifica quando, indipendentemente dalla prevalenza dell'attivo sul passivo, le condizioni proposte dal terzo siano pregiudizievoli per il fallito, l'interesse primario da tutelare ritorna ad essere quello dei creditori, ai quali soli compete la scelta, che sarà legittimamente assunta anche laddove determini un pregiudizio a carico del fallito.