

SOMMARIO

■ OPINIONI

LA NOZIONE DI «INVESTIMENTI NELL'AZIENDA» E DI «RICAVI LORDI» NELL'ART. 1 DELLA NUOVA LEGGE FALLIMENTARE di <i>Matteo Caratozzolo</i>	5
--	---

■ GIURISPRUDENZA

Legittimità

IL CONCORDATO NELLA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA Cassazione civile, sez. I, 19 settembre 2006, n. 20259 Osservazioni di <i>Pierpaolo Galimi</i>	11 14
QUALI DIRITTI AL MANDANTE DEL MANDATARIO FALLITO? Cassazione civile, sez. I, 19 maggio 2006, n. 11855 Commento di <i>Maria Costanza</i>	16 17
IMPUGNAZIONE DEL DECRETO DI CHIUSURA DEL FALLIMENTO E RICORSO PER CASSAZIONE DEL CURATORE: REGIME E PECULIARITÀ PRIMA E DOPO LA LEGGE N. 5 DEL 2006 Cassazione civile, sez. I, 10 febbraio 2006, n. 2988 Commento di <i>Alida Paluchowski</i>	19 20

Merito

LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA NEL PROCEDIMENTO DI OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO E L'IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO Corte d'appello Milano, sez. IV, 11 ottobre 2006, decr. Corte d'appello Milano, sez. IV, 12 ottobre 2006, decr. Commento di <i>Paolo Giovanni Demarchi</i>	27 32 34
RIGETTO DELL'OPPOSIZIONE EX ART. 98 L. FALL. CON MOTIVAZIONE DIVERSA DA QUELLA DEL GIUDICE DELEGATO Corte d'appello Trieste, sez. I, 29 marzo 2006, n. 175 Osservazioni di <i>Francesco Landolfi</i>	42 44
CONCORDATO PREVENTIVO E MAGGIORANZE PREVISTE PER L'APPROVAZIONE DELLA PROCEDURA Tribunale Roma, sez. fall., 23 ottobre 2006 Commento di <i>Giovanni Lo Cascio</i>	47 49
I DIRITTI DEL FALLITO E LE (PERDUTE) ESIGENZE DEL FALLIMENTO Tribunale Brescia, sez. fall., 27 giugno 2006, ord. Commento di <i>Giovanni Battista Nardecchia</i>	54 56
PAR CONDICIO CREDITORUM E GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE EX ART. 98 L. FALL. Tribunale Genova 7 giugno 2006, decr. Commento di <i>Dario Finardi</i>	60 61
ANCORA SULLA NATURA DEL PAGAMENTO DEL TERZO: UNA CORRETTA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI REGOLATORI DELLA MATERIA Tribunale Milano 31 maggio 2006, n. 6478 Commento di <i>Ernestino Bruschetta</i>	65 68
NOMINA DI DUE CURATORI E NATURA «UNIPERSONALE» DELLA CURATELA Tribunale Ivrea 30 maggio 2006 (data di decisione) Commento di <i>Massimo Vacchiano</i>	71 72
INSINUAZIONE AL PASSIVO DEI CREDITI CONDIZIONALI E CREDITO DA RESTITUZIONE DEL CONVENUTO IN REVOCATORIA Tribunale Milano 12 maggio 2006, n. 5543 Commento di <i>Carlo Trentini</i>	76 77
PUBBLICITÀ DEL DECRETO DI AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO Tribunale Santa Maria Capua Vetere 26 aprile 2006, ord. Commento di <i>Andrea Penta</i>	83 85
REVOCATORIA DELLE RIMESSE BANCARIE E TEORIA DEL «MASSIMO SCOPERTO» ALL'INDOMANI DELLA RIFORMA Tribunale Pavia 19 aprile 2006 Commento di <i>Virgilio Cederle</i>	89 92

Massimario di legittimità

Massime della giurisprudenza di legittimità pubblicate secondo l'ordine progressivo della materia regolata dagli articoli del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare)	99
---	----

Concordato

Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 19 settembre 2006, n. 20259

Pres. Proto - Rel. Di Amato - P.M. Schiavon (conf.) - Liquidazione Concordatizia Beni Agrifactoring S.p.a. in liquidazione (Avv. Iannotta) c. Consorzio Agrario Provinciale di Viterbo S.c.r.l. (Avv. Leonardi) (Cassa App. Roma 9 febbraio 2004)

Liquidazione coatta amministrativa - Cessazione - Concordato - Classi di creditori - Trattamenti differenziati - Limiti

La liquidazione coatta amministrativa, pur avendo natura prevalentemente amministrativa, è comunque intesa a dare attuazione al criterio della par condicio creditorum. Ne consegue che la deroga a questa regola non può essere estesa oltre il caso espressamente previsto fino ad ipotizzare definitivi trattamenti differenziati; di conseguenza la par condicio deve essere infatti ristabilita con la ripartizione finale.

(Artt. 212, 214 legge fallimentare)

Liquidazione coatta amministrativa - Cessazione - Concordato - Recupero dell'impresa - Esclusiva valutazione del giudice - Tutela creditoria - Opposizione e preclusione di un esproprio senza indennizzo

La valutazione della sussistenza di un interesse pubblico alla salvaguardia della funzione produttiva e all'eventuale ritorno in bonis dell'impresa in alternativa alla liquidazione è demandato esclusivamente all'autorità giudiziaria: l'autorizzazione alla presentazione della proposta di concordato è indipendente dall'approvazione dei creditori. Gli interessi del ceto creditorio sono comunque salvaguardati dalla previsione della facoltà di proporre opposizione e dal fatto che i beni dell'impresa destinati al loro soddisfacimento non possano essere distratti da tale destinazione senza indennizzo.

(Artt. 212, 214 legge fallimentare)

La Corte (omissis).

I ricorsi, proposti avverso la stessa sentenza, devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Con il ricorso incidentale condizionato il Consorzio deduce la violazione degli artt. 17, 18 e 214 l. fall., lamentando che erroneamente la sentenza impugnata aveva ritenuto tempestivo l'appello proposto oltre il termine di quindici giorni decorrente dalla comunicazione della sentenza di primo grado. A fondamento del gravame il ricorrente osserva che questa Corte, con la decisione a sezioni unite n. 5101 (*rectius* 5104) del 3 giugno 1996, ha individuato la comunicazione, quale momento che, per il debitore, in relazione alle esigenze di tutela e di certezza non soddisfatte dall'affissione, segna la decorrenza del termine per il compimento dell'attività processuale. Tale individuazione, pertanto, dovrebbe valere anche per gli altri soggetti quando hanno ricevuto la comunicazione in un momento anteriore alla affissione. Il ricorso incidentale, in quanto relativo a questione pregiudiziale rilevabile d'ufficio, deve essere esaminato per primo ed è infondato. Infatti, mentre l'art. 183, 1°

comma, l. fall. in tema di concordato preventivo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, per le parti costituite, fa decorrere il termine per l'appello dall'affissione della sentenza anziché dalla data di ricezione della comunicazione del dispositivo (Corte cost. 12 novembre 1974, n. 255), analoga declaratoria di illegittimità non vi è stata per l'art. 214, 4° comma, l. fall. né in questa sede può assumere rilievo una questione di legittimità costituzionale della decorrenza del termine dalla affissione, atteso che nella specie il termine è stato rispettato. Non si può, neppure, ritenere che la comunicazione sia idonea far decorrere il termine breve anche prima dell'affissione. In proposito, infatti, si deve escludere che la comunicazione possa considerarsi nel sistema delineato dall'art. 214 cit. un atto equipollente alla affissione. Anzitutto, la citata disposizione non fa decorrere il termine dalla conoscenza comunque acquisita della sentenza che ha provveduto sulla proposta di concordato, ma soltanto dall'affissione, pur essendo prevista, attraverso il rinvio all'art. 17 l. fall., una contemporanea comunicazione alle parti dell'estratto

della sentenza. Una tale previsione, in assenza di una declaratoria di incostituzionalità della norma per profili che nella fattispecie, per quanto detto, non assumono rilievo, esclude la possibilità, di fare decorrere i termini per impugnare dalla comunicazione dell'estratto, è influente, pertanto, il fatto che questa possa ritenersi in astratto più idonea dell'affissione a soddisfare le esigenze di tutela e di certezza connesse alla individuazione della decorrenza del termine per il compimento di una attività processuale. In secondo luogo, si deve osservare che in tema di impugnazioni per aversi un atto equipollente a quello individuato dalla legge come idoneo a far decorrere il relativo termine (v. ad es. Cass. 20 ottobre 2005, n. 20279, secondo cui la presa visione del provvedimento da parte del difensore, accompagnata dalla rinuncia alla notificazione, deve ritenersi equipollente alla comunicazione) occorre non soltanto che l'atto equipollente sia riferibile all'organo competente e cioè al cancelliere (v. da ultimo Cass. 10 febbraio 2006, n. 2991), ma anche che non si verificano né un deterioramento delle garanzie del diritto di difesa né una lesione del principio di certezza del diritto, il che esclude possa esservi equipollenza quando l'atto che si assume come equipollente comporta una decorrenza del termine per impugnare diversa da quella indicata dalla legge, senza che la parte la abbia accettata, neppure implicitamente.

Con il primo motivo il ricorrente principale deduce la violazione del principio della *par condicio creditorum*, dell'art. 214 l. fall. e dell'art. 2740 cod. civ. nonché il vizio di motivazione. In particolare, il ricorrente assume che nel nostro ordinamento non è consentito, sulla base dell'entità del credito, un trattamento differenziato di creditori appartenenti alla stessa categoria; in proposito, secondo il ricorrente, la sentenza impugnata ha erroneamente ritenuto che ciò possa giustificarsi con la natura pubblicistica della liquidazione coatta amministrativa ed ha erroneamente richiamato l'art. 212 l. fall., in quanto tale disposizione consente solo l'erogazione di acconti che devono riguardare l'intera categoria e che, comunque, lasciano ferma la necessità che il riparto definitivo rispetti la *par condicio*. A conforto della propria tesi il ricorrente osserva che: 1) il principio della *par condicio creditorum* è suscettibile di deroghe solo nei casi previsti dalla legge e tale non può considerarsi la mancata previsione di una percentuale minima, che comunque deve essere uguale per tutti i creditori indipendentemente dall'ammontare del credito; 2) nella liquidazione coatta amministrativa oltre che una fase amministrativa, caratterizzata da norme di azione e diretta alla realizzazione dell'interesse pubblico a che un'impresa appartenente ad un settore di interesse pubblicistico sia estromessa dal mercato ovvero sia mantenuta in vita con un concordato, vi è anche la fase della procedura concorsuale, che realizza la c.d. esecuzione collettiva che investe tutti i beni e rapporti dell'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa e coinvolge tutti i creditori, con la

conseguente necessità della tutela piena dei diritti soggettivi e del rispetto delle norme di relazione.

Il motivo è fondato. La possibilità di un trattamento differenziato per classi era ignoto nel nostro ordinamento prima della disciplina dettata per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dall'art. 4 bis del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge 18 febbraio 2004, n. 39, successivamente tale possibilità è stata estesa dal d.l. n. 35/1980, convertito in legge 14 maggio 1995, n. 80, ai concordati preventivi omologati a partire dal 17 marzo 2005 e dall'art. 124 l. fall., nel testo novellato dal d.l. n. 9 gennaio 2006, n. 5, ai concordati fallimentari relativi a fallimenti dichiarati a partire dal 16 luglio 2006, anche dopo la recente riforma della legge fallimentare è restato, invece, inalterato il disposto dell'art. 214 l. fall. Ciò posto, per la liquidazione coatta amministrativa l'ipotesi di un trattamento differenziato dei creditori, indipendentemente dalle cause di prelazione, non può certo fondarsi sulla disposizione dettata dall'art. 212 l. fall., secondo cui «previo il parere del comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione, il commissario può distribuire acconti parziali, sia a tutti i creditori, sia ad alcune categorie di essi...». La deroga alla regola della *par condicio creditorum*, implicita nella possibilità di acconti differenziati, dato che secondo un'ovvia logica finanziaria chi riceve prima riceve di più, non può essere estesa oltre il caso espressamente previsto, sino ad ipotizzare definitivi trattamenti differenziati. Un siffatto risultato è escluso dal carattere provvisorio proprio degli acconti (Cass. 11 ottobre 1984, n. 5085), confermato dalla circostanza che gli stessi possono essere erogati «anche prima che siano realizzate tutte le attività e accertate tutte le passività». Si deve, quindi, ritenere che dopo la distribuzione differenziata sussiste la necessità di ristabilire la *par condicio creditorum* con la ripartizione finale. Tale conclusione è confermata dalla disciplina della liquidazione bancaria, dettata dalla legge 7 marzo 1938 n. 141 come modificata dalla legge 7 aprile 1938 n. 636, che rappresenta il precedente storico sul quale il legislatore del 1942 ha modellato la disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa. L'art. 81 delle leggi citate, nel prevedere la possibilità di distribuzioni limitate ai piccoli creditori, dispone, infatti, che «tale precedenza deve essere contenuta in limiti che non intacchino le possibilità della definitiva assegnazione delle quote spettanti a tutti i creditori». Viene, pertanto, ribadito il principio della *par condicio creditorum*, in un contesto che non solo è servito da modello per la disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa, ma è restato in vigore sino all'abrogazione disposta dall'art. 161 del d.l. n. 1° settembre 1993, n. 385 sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Nello stesso senso, del resto, la Corte costituzionale, con la decisione n. 159 del 17 giugno 1975, ha affermato che la liquidazione coatta, pur avendo natura prevalentemente amministrativa, è co-

munque intesa «a dare attuazione al criterio della par condicio creditorum».

Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 214 l. fall., degli artt. 41, 42 e 3 Cost., e dell'art. 2740 cod. civ. nonché il vizio di motivazione. In particolare, il ricorrente lamenta che il concordato sottrae esplicitamente ai creditori un'ingente parte dell'attivo, con la giustificazione di riportare *in bonis* il CAP di Viterbo per realizzare una finalità pubblicistica, ponendo in essere una forma di espropriazione per pubblica utilità senza indennizzo, fuori da ogni logica e da ogni schema del nostro ordinamento giuridico. In contrario, il ricorrente osserva che con la liquidazione coatta amministrativa alla decisione di estromettere un'impresa dal mercato segue la necessità di liquidare tutti i beni e rapporti ad essa facenti capo, che si realizza attraverso una esecuzione che investe tutti i beni dell'impresa e tutti i creditori e nella quale, al di fuori di ogni problematica autoritativa, si assicura la realizzazione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 cod. civ. Nella stessa prospettiva l'autorizzazione alla presentazione della proposta di concordato, indipendentemente dall'approvazione dei creditori, testimonia che la valutazione discrezionale della sussistenza di un interesse pubblico a che l'impresa torni *in bonis* e riprenda la sua attività è demandata alla Pubblica Amministrazione, ma non significa che possano essere sacrificati i diritti dei creditori tutelati da norme di relazione, come è confermato dall'intervento del giudice ordinario, che decide tenendo conto delle opposizioni. Inoltre, si doveva escludere che, se anche vi fosse stato un potere autoritativo ablativo della Pubblica Amministrazione, i beni destinati al soddisfacimento dei creditori potessero essere distratti da tale destinazione senza indennizzo per la sola sussistenza di un interesse pubblico alla base del concordato. Il ricorrente, infine, nell'ipotesi che l'art. 214 l. fall. debba interpretarsi nel senso di rendere possibile un concordato che comporti il denunciato sacrificio dei creditori, solleva eccezione di illegittimità costituzionale della disposizione in relazione agli artt. 42 e 3 Cost.

Il motivo è fondato. Questa Corte (Cass. 27 dicembre 2005, n. 28774) ha già avuto modo di osservare che nel concordato di liquidazione sussiste una preminente ragione di interesse pubblico cui consegue la sottoposizione dell'impresa, ritenuta dalla legge meritevole di particolare tutela in relazione alla rilevanza della sua attività sotto il profilo collettivo, ad una disciplina peculiare nella quale l'eliminazione della stessa dal mercato, ovvero un suo recupero, è gestito direttamente in sede amministrativa proprio per la rilevanza sociale od economica del tipo di impresa in questione.

Ciò giustifica una attenuazione della tutela dell'interesse del ceto creditorio per la coesistenza dell'interesse pubblico alla gestione della liquidazione o al recupero tramite un eventuale concordato, per tale ragione la proposta di concordato non necessita dell'approvazione del ceto creditorio ed ai singoli creditori è data solo la facoltà

di proporre opposizione, mentre l'autorizzazione alla presentazione del concordato è riservata all'autorità di vigilanza e l'approvazione dello stesso è demandata per intero al tribunale sulla base del parere della stessa autorità di vigilanza e tenuto conto delle opposizioni. Tale disciplina, tuttavia, in assenza di disposizioni che prevedano ulteriori sacrifici dei creditori per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, consente soltanto di affermare che la convenienza alla stregua dell'interesse pubblico deve guidare la scelta tra la liquidazione ed il concordato. Alla luce dell'interesse pubblico occorre, quindi, valutare sia l'opportunità di salvare la funzione produttiva sia la modalità di tale salvataggio, e cioè se attraverso la liquidazione ovvero attraverso il ritorno *in bonis* dell'impresa. Su tali scelte, che possono comportare un diverso grado di soddisfacimento dei creditori, questi non hanno direttamente voce in capitolo, ciò non significa, tuttavia, che i diritti ad essi spettanti sul patrimonio dell'impresa debitrice possano essere posti nel nulla: proprio in tale prospettiva è attribuita ai creditori la facoltà di opporsi al concordato. Dalle scelte di interesse pubblico consegue, quindi, la possibilità di diversi risultati in tema di soddisfacimento dei creditori, ma non già il sacrificio senza indennizzo delle loro posizioni, con la sottrazione di alcuni beni alla garanzia generica ex art. 2740 cod. civ. come erroneamente ritenuto dalla sentenza impugnata addirittura con un riferimento alla capacità contributiva ex art. 53 Cost. Proprio in relazione alla possibilità di diversi risultati, in ogni caso però senza sottrazione di attivo, si spiega il contemperamento tra l'interesse pubblico e quello privato dei creditori affidato al tribunale.

Questa prospettiva, infine, è coerente con i principi affermati nella citata sentenza n. 159 del 17 giugno 1975, con cui la Corte costituzionale ha escluso che nella liquidazione coatta amministrativa si verifichi «una riduzione dei controlli giurisdizionali tale da abbandonare alla discrezionalità di apprezzamento del commissario liquidatore e dell'autorità amministrativa lo svolgimento della procedura, con ingiustificato sacrificio dei diritti dei creditori e non limitazione dei mezzi di tutela giuridica lesiva del precetto costituzionale». Al contrario, secondo tale decisione, le norme comuni a tutte le specie di liquidazione coatta amministrativa dettate dalla legge fallimentare hanno lo scopo di tutelare i diritti individuali dei creditori e riguardano «il momento giurisdizionale della liquidazione, per il quale valgono precisamente i principi sistematici che regolano il fallimento e le procedure concorsuali in genere, talché si può fondatamente concludere che la liquidazione coatta realizza una forma di collaborazione tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria, per la coordinata tutela dell'interesse pubblico e degli interessi privati, pienamente compatibile con il vigente ordinamento costituzionale».

La sentenza impugnata deve essere, quindi, cassata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la Corte, pronunciando nel merito, accoglie l'opposizione pro-

posta dal liquidatore dei beni del concordato della s.p.a. Agrifactoring e rigetta la proposta di concordato presentata dal Consorzio Agrario Provinciale di Viterbo s.c. a r.l. in liquidazione coatta amministrativa.

(*Omissis*).

Osservazioni

La sentenza oggetto del presente commento analizza l'istituto del concordato nella liquidazione coatta amministrativa, disciplinato dall'art. 214 della legge fallimentare. Osservando tutti i cambiamenti attuati dal legislatore al regio decreto del '42 con la riforma fallimentare (D.Lgs. n. 5/2006), ci rendiamo conto che le norme relative alla procedura in commento sono rimaste totalmente inalterate. Come ben sappiamo, la liquidazione coatta amministrativa è per definizione la procedura concorsuale volta alla messa in liquidazione del patrimonio di alcune determinate tipologie di impresa svolgenti particolari attività. Difatti caratteristica principale di tale procedura è la piena ingerenza dello Stato nella gestione di tali imprese; intromissione che viene giustificata dal fatto che dal momento che esse svolgono attività rivolte ad un interesse collettivo, il loro eventuale dissesto potrebbe avere ripercussioni di portata generale, potendo alterare l'equilibrio dell'intero assetto imprenditoriale (Bavetta, *La liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974, 573). Osserviamo che l'intervento dello Stato nei riguardi di tali imprese è così penetrante che non solo quest'ultimo può intervenire in ipotesi di crisi o insolvenza, ma gli viene riconosciuta la potestà di limitare l'iniziativa economica, nonché di verificarne costantemente la gestione, ed in caso di irregolarità, gli viene riconosciuto il potere coattivo di imporre la cessazione dell'attività.

Il carattere di tipo strettamente amministrativo della liquidazione coatta amministrativa si evidenzia non solo per questo penetrante potere autoritativo da parte dello Stato, ma anche per il fatto che l'apertura di tale procedura concorsuale è subordinata all'emanazione di un atto amministrativo e che l'autorità che presiede l'intera procedura è anch'essa amministrativa e non giudiziaria; è da dirsi a tal proposito che tuttavia nella liquidazione coatta si realizza una piena collaborazione tra autorità amministrativa e autorità giudiziaria al fine di una «coordinata tutela dell'interesse pubblico e interessi privati» (Satta, *Diritto Fallimentare*, 1990, 444).

Dunque procedimento amministrativo, ma in ogni caso strettamente di tipo «coattivo», caratterizzato dal fatto che si mette in atto contro la volontà dello stesso imprenditore e dei creditori (Ragusa Maggiore, *Diritto Fallimentare*, Napoli, 1974, 1131). Si evidenzia che, nel nostro ordinamento, non esiste una norma che indichi analiticamente quali sono le imprese soggette a tale particolare procedura concorsuale, ma le stesse vengono individuate di volta in volta dalle leggi speciali. A titolo generale ricordiamo che possono essere assoggettate a tale procedura le società cooperative, se non esercitano attività commerciali (in tal caso sono assoggettabili anche al fallimento); i consorzi di cooperative; le imprese di assicurazione; le aziende di credito; le società di intermediazione mobiliare (sim) etc. È necessario chiarire che il collegamento, nonché la contemporanea preclusione tra fallimento e liquidazione coatta amministrativa si individua dalla connessione degli artt. 2 e 196 l. fall., secondo il *principio della prevalenza*, vale a dire la procedura iniziata per prima preclude il ricorso all'altra, di conseguenza le imprese per le quali è prevista la liquidazio-

ne coatta non possono essere soggette a fallimento, salvo diversa disposizione legislativa.

Tuttavia, per quanto venga definita una procedura di tipo «concorsuale» ci accorgiamo che, a differenza delle altre procedure, la liquidazione coatta è caratterizzata da una contrapposizione netta tra interessi dei creditori e conseguimento di finalità pubblicistiche tutelate dal legislatore, dove però i secondi prevalgono di gran lunga sui primi; essi in particolare vengono attuati tramite un'esecuzione di tipo collettiva che investe tutti i beni ed i rapporti dell'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa e che coinvolge tutti i creditori, con la conseguente necessità della tutela piena dei diritti soggettivi e del rispetto delle norme di relazione.

Analizzando analiticamente le motivazioni del provvedimento in commento emesso dalla Suprema Corte ci rendiamo conto di come si prediliga di gran lunga mettere in risalto l'interesse pubblico, mettendo in secondo piano gli interessi e il ruolo del ceto creditorio. Non dimentichiamo però che se da un lato il principio ispiratore di ogni procedura concorsuale è di estromettere l'impresa dal mercato, dall'altro è fatta salva la necessità di liquidare i beni ed i rapporti ad essa facenti capo, realizzando la garanzia patrimoniale dettata dall'art. 2740 codice civile.

Come per il fallimento anche la liquidazione coatta amministrativa prevede una forma di chiusura della procedura a mezzo di un concordato, istituto giuridico che come ben sappiamo ha come presupposto fondamentale la partecipazione ed approvazione dei creditori, nonché la previsione in certi casi del rilascio di alcune garanzie.

Nella liquidazione coatta il legislatore non solo non ha previsto una forma di partecipazione attiva dei creditori, di regola garantita dalla votazione per l'approvazione del piano concordatario, ma nemmeno l'obbligo di una loro notificazione; ciò dimostra che gli interessi perseguiti dalla legge sono ben diversi da quelli dei creditori, ovvero che a tali soggetti spetta una tutela mediata ed indiretta, realizzabile solo nel caso in cui i loro interessi non contrastino con quelli pubblici, destinati a prevalere.

L'autorizzazione prevista ai fini della presentazione della proposta concordataria, indipendente dall'approvazione dei creditori, mette in risalto come la valutazione discrezionale della sussistenza di un interesse pubblico a che l'impresa torni in *bonis* e riprenda la sua attività sia demandata alla Pubblica Amministrazione, ciò non significa tuttavia che i diritti dei creditori possano essere sacrificati, essi vengono infatti tutelati da norme che impongono che si decida tenendo conto delle eventuali opposizioni.

La Suprema Corte ha già osservato che nel concordato di liquidazione sussiste una preminente ragione di interesse pubblico cui consegue la sottoposizione dell'impresa (Cass. 27 dicembre 2005, n. 28774, in questa *Rivista*, 2006, 1285 ss., con nota di M. Terenghi, *Natura remissoria del concordato e inapplicabilità dell'art. 135, comma 2, l. fall. al concordato nelle procedure amministrative*).

La valutazione dell'interesse pubblico si deve limitare alla scelta tra sacrifici creditori ed interesse pubblico, quindi alla convenienza tra liquidazione e concordato.

Tuttavia l'opportunità di salvare la funzione produttiva, e le possibili diverse modalità di tale salvataggio possono comportare un diverso grado di soddisfacimento dei creditori.

Il problema giuridico principale sollevato dal commissario ricorrente è il contrasto tra l'art. 214 l. fall. ed il principio gene-

rale contenuto nell'art. 2740 codice civile, secondo cui risulterebbe impensabile nel nostro ordinamento consentire, sulla base dell'entità del credito, un trattamento differenziato di creditori appartenenti alla stessa categoria, nonostante ciò possa essere giustificato dalla natura pubblicistica della liquidazione coatta amministrativa, richiamando l'art. 212 l. fall.; tale norma prevede solo l'erogazione di acconti che deve riguardare l'intera categoria e lascia la possibilità che il riparto definitivo rispetti la *par condicio creditorum*. Con la riforma il disposto dell'art. 214 l. fall. è rimasto inalterato, si ipotizza un diverso trattamento tra i creditori indipendentemente dalle cause di prelazione, argomentando dall'art. 212 l. fall. quando si parla di acconti parziali ai creditori o ad una categoria di essi. Tale deroga implica che la *par condicio* non può essere estesa fino ad ipotizzare definitivi trattamenti differenziati. Difatti in caso di distribuzione di acconti parziali differenziata va comunque ristabilita la *par condicio* con la ripartizione finale (Cass. 11 ottobre 1984, n. 5085, in *Giur. comm.*, 1985, II, 316).

Per quanto concerne la suddivisione in classi dei creditori, si evidenzia che tale possibilità ampiamente recepita dalla riforma del concordato preventivo, era stata inserita per la prima volta con la disciplina dettata in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, di cui all'art. 4 D.L. 347/2003, con la riforma prevista anche per il concordato fallimentare.

Per quanto concerne il concetto di concordato nella liquidazione coatta, va subito evidenziato che il legislatore non ha inteso attribuire in tale procedura una natura di tipo contrattuale tra impresa insolvente e creditori, sottolineata di gran lunga nel nuovo concordato preventivo; viceversa nella procedura concorsuale in commento, prende forza un concetto di liquidazione vera e propria, sulla cui convenienza valuta il tribunale, tenuto conto del parere dell'autorità di vigilanza in merito alla proposta di concordato, nonché delle opposizioni avanzate dai soggetti creditori. È ben chiara la differenza con il novellato concordato preventivo, dove il consenso dei creditori rappresenta oggi l'unico oggetto del sindacato giurisdizionale in sede di omologa in virtù della piena natura privatistica dello stesso, che pone al centro la volontà delle parti. Si nota, inoltre, la differenza con il concordato fallimentare, in quest'ultimo infatti la domanda può essere liberamente proposta dal soggetto fallito, a differenza della liquidazione coatta amministrativa che è subordinata alla preventiva autorizzazione dell'autorità amministrativa (Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, 927).

È pacifico ritenere che nella liquidazione coatta amministrativa l'organo legittimato a proporre la domanda di concordato sia lo stesso soggetto insolvente, e quindi, in caso di società, l'assemblea dei soci, che delibera a maggioranza assoluta del capitale soci (Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Milano, 1981, 533). Il legislatore ha individuato quale momento opportuno per proporre un eventuale piano concordatario quello successivo al deposito dello stato passivo, secondo il disposto dell'art. 209 l. fall., in quanto prima di tale momento non è possibile valutarne la convenienza. Una volta stabilito che il commissario non è organo legittimato a richiedere egli stesso il concordato, è necessario indagare se a tale soggetto vengano riconosciuti i poteri per convocare almeno l'assemblea, necessaria per deliberare sulla proposta medesima. Giurisprudenza maggioritaria ha statuito che tale circostanza rappresenti caso unico di c.d. *perpetuatio* delle funzio-

ni degli organi sociali ai fini della proposta di concordato, ciò vuol dire che non solo la decisione di proporre un concordato debba essere deliberata dall'assemblea in forma straordinaria, ma ancor di più che quest'ultima debba necessariamente essere convocata dagli amministratori (Cass. 4 dicembre 1992, n. 12928, in questa *Rivista*, 1993, 376); e ciò proprio in virtù del fatto che il commissario liquidatore, così come anche il curatore fallimentare, è organo dell'ufficio esecutivo della procedura concorsuale che si sostituisce agli organi societari, ma che non ha assolutamente riconosciuta la rappresentanza degli stessi. Orientamento giurisprudenziale contrastante, viceversa, statuisce che al commissario, in quanto gli viene riconosciuta la rappresentanza legale della società, ha il potere di convocare l'assemblea per la deliberazione della proposta di concordato (App. Genova 21 settembre 1972, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 342).

Il contrasto giurisprudenziale suindicato è stato risolto, in tema di istituti di credito, con l'art. 93 del D.Lgs. n. 385/1993 (TUB), dove si riconosce al commissario liquidatore la possibilità di proporre egli stesso un concordato ai sensi dell'art. 152 l. fall.

Pierpaolo Galimi