

Sommaro

Profilo operativo

1. Funzione e natura giuridica
2. Legittimazione, forma e contenuto della proposta
3. Il concordato fallimentare con garanzia
4. Il concordato fallimentare con assunzione
5. Il concordato fallimentare mediante cessione dei beni
6. Esame ed approvazione della proposta
7. Omologazione
8. Effetti dell'omologazione
9. La risoluzione
10. L'annullamento
11. Effetti della risoluzione e dell'annullamento

Profilo fiscale

1. Imposizione diretta
 - 1.1. Reddito d'impresa
 - 1.1.1. Il reddito della procedura
 - 1.2. Dichiarazione relativa alla liquidazione
2. Imposizione indiretta
 - 2.1. Imposta di registro
 - 2.1.1. Le garanzie
 - 2.1.2. Il valore degli immobili trasferiti

Formule

- Convenzione paraconcordataria tra il fallito ed il garante del concordato fallimentare avente per oggetto il trasferimento dei beni a quest'ultimo: **2.2.**
- Convenzione paraconcordataria tra il fallito e l'assuntore del concordato fallimentare avente per oggetto il ritrasferimento dei beni al fallito: **2.1.**
- Decreto che accerta l'esecuzione del concordato fallimentare e ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche – POST RIFORMA: **4.1.**
- Decreto che accerta l'esecuzione del concordato preventivo per cessione dei beni – POST RIFORMA: **6.1.**
- Decreto di autorizzazione allo svincolo di somma spettante a creditore contestato, condizionale o irreperibile (in concordato fallimentare o in concordato preventivo) – POST RIFORMA: **4.3.**
- Decreto per il deposito di somme spettanti – in concordato fallimentare o in concordato preventivo – ai creditori contestati, condizionali o irreperibili – POST RIFORMA: **4.2.**
- Dichiarazione del Curatore di avvenuta esecuzione del concordato e richiesta di svincolo delle cauzioni e cancellazione delle ipoteche – POST RIFORMA: **3.1.**

- Istanza del Curatore per il deposito di somme spettanti – in concordato fallimentare o in concordato preventivo – ai creditori contestati, condizionali o irreperibili – POST RIFORMA: **3.2.**
- Istanza di svincolo di somma depositata a nome di creditore, all'epoca contestato, condizionale o irreperibile (in concordato fallimentare o in concordato preventivo) – POST RIFORMA: **5.1.**
- Proposta di concordato fallimentare con assunzione: **1.2.**
- Proposta di concordato fallimentare con garanzia: **1.1.**
- Proposta di concordato fallimentare mediante cessione dei beni ai creditori: **1.3.**
- Relazione del Curatore per la risoluzione del concordato fallimentare – POST RIFORMA: **3.3.**

Giurisprudenza

- Abbreviazione del termine di costituzione del ricorrente: **108**
- Abilitazione all'opposizione di soggetto diverso dal titolare di diritto autonomo: **89**
- Accertamento del privilegio speciale in sede di verifica dei crediti: **37**
- Accordo tra il fallito ed il fideiussore del concordato in ordine alla cessione dei beni: **69**
- Assoggettabilità all'imposta di registro proporzionale della sentenza di omologazione del concordato: **29, 33, 34, 39, 45, 47, 59, 60, 62, 70, 71, 73, 76, 77, 87**
- Assoggettabilità all'imposta fissa di registro della sentenza di omologazione del concordato: **23, 24, 32, 54**
- Assuntore e fideiussore. Differenze: **8, 16**
- Azione revocatoria fallimentare promossa avverso pagamento effettuato in favore di società straniera: **75**
- Chiusura del fallimento: **107**
- Clausola di esclusione della responsabilità dell'assuntore: **36**
- Condizioni di ammissibilità delle azioni fallimentari: **106**
- Convocazione del fallito e dei suoi fideiussori nella risoluzione del concordato: **104**
- Convocazione del garante del debitore per la risoluzione del concordato fallimentare: **66**
- Crediti ammessi con riserva o non ammessi al passivo fallimentare: **6**
- Decisorietà e definitività del decreto di rigetto dell'istanza di concordato fallimentare: **101**
- Decreto del tribunale circa all'esecuzione del concordato: **100**
- Effetti del concordato in sede satisfatoria: **78**
- Effetti del concordato sulla responsabilità dell'assuntore per le obbligazioni del fallito: **42**
- Effetti della cessione delle azioni revocatorie all'assuntore del concordato: **27**
- Effetti della modificazione della proposta di concordato nei confronti dell'assuntore: **31**

- Effetti della sentenza di omologazione del concordato con
assuttore: **63**
- Effetti della sentenza di omologazione sul trasferimento di
beni all'assuttore: **65**
- Effetti del trasferimento dei beni all'assuttore condizionato
all'esecuzione del concordato: **28**
- Effetti non novativi del concordato delle obbligazioni con-
corsuali: **53**
- Effetti traslativi a favore dell'assuttore: **10**
- Efficacia della sentenza di omologazione: **2**
- Formazione del giudicato su un'unica indicata ragione di
prelazione: **105**
- Garanzie prestate da un terzo: **25**
- Identificazione della figura di terzo assuttore e di terzo
garante del concordato: **50**
- Imposta di registro. Base imponibile: **85, 86**
- Impugnazione della sentenza per vizi di motivazione: **90**
- Inapplicabilità dell'art. 1957, primo comma, Codice civile,
alle garanzie prestate dai terzi per l'esecuzione del concor-
dato: **43**
- Inopponibilità degli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito
nei confronti dell'assuttore: **48**
- Intervento in giudizio del fideiussore: **15**
- Intervento in giudizio dell'assuttore: **7**
- Istanza di dichiarazione di avvenuto adempimento degli
obblighi concordatari: **99**
- IVA: **72**
- Legittimazione del convenuto nel giudizio di opposizione:
80
- Legittimazione del successore nel diritto controverso: **98**
- Liberazione del debitore e chiusura del fallimento: **102**
- Limiti ai poteri del tribunale nel giudizio di risoluzione del
concordato: **96**
- Limiti della cessione della revocatoria all'assuttore: **18**
- Natura giuridica del concordato: **1, 56, 57**
- Natura giuridica del concordato ed effetti della sentenza di
omologazione: **51**
- Natura giuridica del garante del concordato ed effetti
sostanziali e processuali: **49**
- Natura giuridica dell'assuttore del concordato: **61**
- Notifica della dichiarazione al curatore fallimentare: **52**
- Obbligo di pagamento dei creditori insinuati: **3**
- Offerta in garanzia dei beni senza cessione: **81**
- Opponibilità ai terzi dell'aggiudicazione o assegnazione di
un bene immobile all'assuttore: **74**
- Opponibilità all'assuttore delle modificazioni della propo-
sta di concordato: **44**
- Opposizione del terzo acquirente alla cessione delle azioni
revocatorie nel concordato con assunzione: **35**
- Pagamento delle spese di procedura e dei crediti privilegiati:
55

- Posizione giuridica del curatore e dell'assuntore del concordato nei negozi giuridici preesistenti: **40**
- Posizione giuridica dell'assuntore cessionario dei beni: **30**
- Possibilità di opzione del creditore ammesso al passivo: **93**
- Potere di disporre dei beni del fallito: **13**
- Prestazione di garanzia del cessionario di credito ammesso: **19**
- Provvedimento di delibazione della proposta di concordato: **103**
- Qualità di contraddittore necessario del curatore nel giudizio di impugnazione: **92**
- Qualità di successore a titolo particolare dell'assuntore nella posizione del debitore originario: **94**
- Qualità di terzi dei creditori non oppositori nel giudizio di omologazione: **82**
- Responsabilità dell'assuntore nei confronti dei creditori non ammessi al passivo: **9, 11, 64**
- Responsabilità dell'assuntore per i crediti ammessi: **21**
- Responsabilità dell'assuntore per i crediti non insinuati: **20**
- Riduzione dei debiti in sede di concordato fallimentare: **68**
- Rigetto dell'istanza per la risoluzione del concordato fallimentare: **97**
- Rinuncia alla condizione volontaria unilaterale: **79**
- Risoluzione del concordato: **95**
- Simulazione della convenzione di trasferimento dei beni all'assuntore: **38**
- Simulazione nel concordato fallimentare con assunzione: **14**
- Sindacabilità del decreto di rigetto della proposta di concordato: **91**
- Sospensione degli atti di disposizione dell'assuntore: **84**
- Stipulazione di convenzioni private tra il fallito e l'assuntore: **4, 5, 12, 46**
- Successione nell'assuntore nella posizione giuridica facente capo al fallimento: **26**
- Sufficienza dei beni ceduti: **17**
- Termine di decadenza per la pronuncia di risoluzione: **67**
- Titolo del trasferimento dei beni del fallimento: **88**
- Trasferimento all'assuntore dei beni acquisiti al fallimento: **22**
- Trasferimento dei beni del fallito al momento della completa esecuzione del concordato: **41**
- Trasferimento dell'attività all'assuntore: **58**
- Valutazione della convenienza del concordato: **83**

Bibliografia

- Segnalazioni

Profilo operativo

1. Funzione e natura giuridica

Il fallimento può cessare, oltre che nei casi di chiusura del procedimento previsti tassativamente dall'art. 118, legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), per concordato. Con tale mezzo i creditori realizzano, in un tempo più breve di quello che consente l'esito normale del fallimento, le loro pretese obbligatorie, limitano la perdita degli interessi e risparmiano le maggiori spese processuali. Tale istituto ha subito a seguito della riforma fallimentare (D.Lgs n. 5/2006) notevoli modifiche che di fatto hanno stravolto e rimodellato l'impostazione statica inizialmente attribuita dal legislatore. Difatti nel R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) il concordato fallimentare, quale forma di chiusura della procedura, rappresentava uno strumento giuridico la cui iniziativa spettava solo al fallito, quale unico soggetto legittimato a promuoverla, una volta che era stato dichiarato esecutivo lo stato passivo.

È necessario evidenziare che nel corso degli ultimi anni complessa è risultata l'esatta collocazione giuridica del concordato fallimentare; particolarmente peculiare il tentativo di inquadrarlo negli schemi formali del contratto o del processo, facendogli assumere ora una connotazione privatistica, ora pubblicistica. In questa logica si spiega perché, nell'ambito di un esame generale delle tematiche negoziali più in uso, non si possa fare a meno di trattare del concordato fallimentare (come del resto di quello preventivo) dandosi atto delle non poche considerazioni che militano a favore della tesi processualistica, ma anche del fatto che l'istituto predetto (come quello preventivo) nasce pur sempre da un'iniziativa del debitore e necessita dell'approvazione dei creditori.

Si è affermato che il concordato fallimentare assume il contenuto di un contratto stipulato con la massa dei creditori ed è soggetto alle regole generali previste per tale figura giuridica, comprese quelle che disciplinano la sua risoluzione ed il suo annullamento.

In particolare, si è sostenuto che l'istituto predetto deve essere inquadrato in una transazione ovvero in un accordo, avente per oggetto la liquidazione del dissesto del debitore (di cui l'omologazione costituisce una condizione di efficacia); in un nuovo regolamento giuridico di rapporti patrimoniali tra i creditori ed il debitore, posto in essere mediante un accordo transattivo; in un contratto di diritto pubblico; in un contratto stipulato dal debitore con la massa dei creditori; in un contratto bilaterale, formale, oneroso; in un contratto tra il fallito ed i creditori reso efficace dalla sentenza di omologazione¹.

A questa opinione si è replicato che il concordato fallimen-

¹ Cass. 23 aprile 1980, n. 2655, Cass. 19 gennaio 1984, n. 455.

tare costituisce invece un provvedimento del giudice con cui si concede all'imprenditore commerciale la rimozione del fallimento, sulla base di una richiesta del debitore e dell'approvazione dei creditori che ricevono il soddisfacimento delle proprie ragioni obbligatorie chirografarie in percentuale; ovvero un negozio processuale plurilaterale ed unitario assorbito dalla sentenza di omologazione che esplica una funzione di accertamento costitutivo; un istituto di natura pubblicistica processuale; un fatto giuridico di natura complessa¹.

Si devono comunque ribadire l'impossibilità e l'inutilità di una costruzione unitaria della natura giuridica di tale istituto, secondo uno schema formale precostituito esclusivamente privatistico-negoziale o pubblicistico-processuale.

Il tentativo, poi, di un inquadramento giuridico unitario dell'istituto in uno schema formale pubblicistico-processuale determina inevitabilmente l'applicabilità della corrispondente disciplina normativa dettata per la categoria degli atti processuali e dei principi interpretativi da questa desumibili. Appare più valido un sistema metodologico che risolva i problemi interpretativi dell'istituto in esame non in modo unitario ed inscindibile, ma operando una ricostruzione della disciplina sulla base dell'interpretazione estensiva o dell'analogia utilizzando singole norme privatistiche e pubblicistiche in funzione della *ratio* che caratterizza le specifiche situazioni sostanziali e processuali da regolare.

Ci accorgiamo però che con la riforma il legislatore ha cercato di evidenziare una privatizzazione della crisi imprenditoriale, nel senso che a forme processuali giurisdizionalizzate ed eccessivamente appesantite si tenta di sostituire soluzioni convenzionali tra debitore e creditori in ordine alle quali l'intervento giudiziario si esaurisce in un mero controllo di legittimità.

In particolare, si è cercato di privilegiare e valorizzare l'autonomia privata nella ricerca di soluzioni dell'insolvenza dell'imprenditore: tale ricerca si desume non solo dall'allargamento dei soggetti legittimati a proporre la domanda di concordato, ma anche dalle varie alternative di risanamento di cui all'art. 124 l.f.

Con tale strumento giuridico si è cercato di ampliare la gamma di strumenti di cui la riforma ha voluto dotare i soggetti interessati ad una rapida ed efficiente soluzione della crisi aziendale ispirati a principi di maggior celerità e speditezza.

2. Legittimazione, forma e contenuto della proposta

Il previgente art. 124 l.f. prevedeva che la proposta di concordato doveva contenere l'offerta di una percentuale ai creditori chirografari, oltre al pagamento per intero dei crediti privilegiati e delle spese di procedura, i tempi entro cui

¹ Trib. Milano 6 luglio 1995, in *Il fallimento*, 1995, 1249.

l'adempimento deve avvenire e la prestazione di adeguate garanzie. Inoltre la norma in commento prevedeva che la proposta di concordato poteva essere presentata esclusivamente dal fallito con conseguente esclusione della legittimazione attiva di ogni altro soggetto terzo, tesi sostenuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza¹.

Con la riforma fallimentare (D.Lgs. n. 5/2006) il legislatore, rimodellando quasi *in toto* la norma su indicata, ha previsto da un lato la un maggior numero di soggetti legittimati a proporre domanda di concordato fallimentare, aggiungendo oltre il soggetto fallito anche uno o più creditori ovvero da un terzo, ma in più la possibilità che tale proposta possa essere presentata anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, a patto che i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. Mentre per quanto concerne il soggetto fallito, ci accorgiamo che a quest'ultimo, con la riforma è stata preclusa la possibilità di presentare una proposta di concordato, se non dopo il decorso di sei mesi dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo. Con il correttivo alla riforma (D.Lgs. n. 169/2007), il legislatore ha inteso prolungare il termine iniziale da 6 mesi ad un anno sempre dalla dichiarazione di fallimento. Ma la novità sostanziale apportata dal correttivo alla riforma la si ritrova nella possibilità di presentare la proposta di concordato fallimentare anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, ma a condizione che la contabilità dell'impresa risulti correttamente tenuta, tale che il curatore sia in grado di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del soggetto fallito.

In merito alla forma ed al contenuto della proposta, analizzando il novellato art. 124 l.f., risulta evidente la novità particolarmente incisive ed innovative, predisposte dal legislatore ed in particolare:

- a) la possibilità di suddividere i creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;
- b) di effettuare trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi;
- c) di prevedere una ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni,

¹ Bonsignori, *Del concordato; Legge fallimentare* a cura di Bricola, Galgano, Santini, Commentario Scialoja e Branca, Bologna - Roma 1977, 146; Schiavon, *Questioni varie in tema di concordato fallimentare*, in *Il fallimento* 1993, 656; Trib. Roma 12 novembre 1992, in *Il fallimento*, 1993, 653.

anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

Occorre precisare che, per quanto concerne i criteri di formazione delle classi dei creditori, ci accorgiamo che tale possibilità viene completamente lasciata alla libera determinazione dei soggetti che predispongono il piano concordatario, rimettendo in un momento successivo all'autorità giudiziaria la verifica della correttezza degli stessi nonché la risoluzione di eventuali conflitti che dovessero sorgere. Tuttavia novità di particolare rilievo del concordato preventivo è rappresentata dalla eliminazione del presupposto previsto dalla precedente normativa, vale a dire il pagamento integrale dei creditori privilegiati.

Del resto, il regio decreto prevedeva non solo che nei confronti di tali soggetti privilegiati non era possibile prevedere alcuna falcidia dei loro crediti in quanto tali soggetti dovevano essere pagati integralmente ed immediatamente in seguito alla sentenza di omologazione. Oggi si prevede che la proposta di concordato fallimentare possa prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal tribunale.

3. Il concordato fallimentare con garanzia

Nel concordato con garanzia un terzo assume la veste di fideiussore e garantisce l'obbligo del fallito di pagare le spese di giustizia, i crediti privilegiati e la percentuale offerta ai creditori chirografari (49).

Secondo la giurisprudenza, nell'ipotesi considerata non trovano applicazione tutte le regole che disciplinano la fideiussione e la solidarietà, in quanto la garanzia concordataria assume connotati specifici in forza del titolo costituito dalla sentenza di omologazione, dall'oggetto concernente l'obbligo del pagamento di tutti i debiti concorsuali nell'interesse della massa e non dei singoli creditori ed infine dalla funzione esercitata che è quella di assicurare il puntuale adempimento delle obbligazioni assunte. Si è chiarito in proposito che gli obblighi del debitore principale e quelli del fideiussore, pur essendo distinti ed autonomi, sono ricollegabili all'unica fonte obbligatoria che è appunto la sentenza di omologazione, sicché nei limiti in cui questa spiega efficacia, le predette obbligazioni si pongono per entrambi i soggetti vincolati al medesimo contenuto.

Ulteriori effetti di questa impostazione interpretativa della giurisprudenza sono: che il termine di decadenza di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale di cui al primo comma dell'art. 1957, Codice civile non si applica alla garanzia prestata da terzi per l'adempimento del concordato falli-

mentare (43); che l'atto di interruzione della prescrizione nei confronti dei fideiussori del concordato, pur se proposto dopo la scadenza del termine per la risoluzione del concordato medesimo, produce effetti anche nei confronti del debitore principale fallito, ai sensi dell'art. 1310, Codice civile (43); che il garante del concordato è tenuto al soddisfacimento dei crediti insinuati, compresi quelli per i quali il giudizio di accertamento viene reso dopo la sentenza di omologazione del concordato; che il giudizio relativo all'accertamento del credito si estende nei confronti del fideiussore non intervenuto nel procedimento, con conseguente esclusione della regola di cui all'art. 1306, Codice civile, in tema di non estensibilità del giudicato ai coobbligati in solido (15).

Nel concordato fallimentare con garanzia non è configurabile la cessione dei beni del debitore al fideiussore, quale effetto connaturato alla sentenza di omologazione, essendo questo un elemento peculiare esclusivo del concordato con assuntore (9, 16, 69).

È, tuttavia, valida la stipulazione di una convenzione che preveda la cessione in proprietà delle attività fallimentari a favore del fideiussore del concordato, in corrispettivo delle obbligazioni da questi assunte, con conseguente inapplicabilità dell'azione di regresso di cui all'art. 1950, Codice civile. Tale deroga trova fondamento nel principio già richiamato secondo cui è pienamente valida ed ammissibile la stipula di patti paraconcordatari nei limiti della loro non contrarietà alle norme imperative, alla liceità dei contratti, all'osservanza della *par condicio creditorum* ed al divieto del mercato di voto (19, 38, 46, 69).

A tal punto è necessario distinguere la figura del fideiussore da quella dell'assuntore, in quanto il primo non ha un ruolo attivo nella domanda del fallito, ma assume esclusivamente nei confronti dei creditori un'obbligazione che è accessoria rispetto a quella del fallito; al contrario il soggetto assuntore non solo risulta nei confronti dei creditori quale debitore principale, ma costui è l'unico soggetto a cui è possibile cedere le azioni di pertinenza della massa. Difatti la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'assuntore, a differenza del fideiussore, acquisisce per effetto della sentenza di omologazione del concordato le attività fallimentari e si accolla, con o senza liberazione immediata del debitore, le obbligazioni derivanti dal concordato, adempiendo così, rispetto al garante (che paga un debito altrui), un debito proprio (46, 61, 63, 69).

4. Il concordato fallimentare con assunzione

La figura dell'assuntore nel concordato fallimentare la ritroviamo anche nella previgente disciplina, dove si prevedeva la possibilità di cedere ad un terzo soggetto i beni del fallito e delle azioni revocatorie, e quest'ultimo si accollava tutte le incombenze previste nel concordato. Tra l'altro vi era la possibilità di prevedere la liberazione immediata del

soggetto fallito, inserendo nella proposta apposita clausola liberatoria, la quale operava esclusivamente nei confronti dei creditori chirografari, ma non produceva alcun effetto nei confronti dei creditori di massa e di quelli assistiti da un diritto di prelazione.

In merito alla figura del terzo assuntore vediamo che la riforma ha apportato novità di ampio rilievo, ed in particolare ha introdotto da un lato la possibilità per il terzo di presentare autonomamente la proposta di concordato e di conseguenza sostituirsi alla figura del fallito, assumersi in proprio rischio la liquidazione obbligandosi ad adempiere il concordato anche eventualmente in solido con il fallito.

Tuttavia, il legislatore della riforma ha previsto altresì la possibilità da parte dell'assuntore di limitare gli impegni assunti con il concordato al soddisfacimento dei soli creditori ammessi al passivo anche provvisoriamente e di quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva prima della presentazione della proposta.

Caratteristica principale della figura del soggetto assuntore, contrapposto a quella del fideiussore, consiste da un punto di vista sostanziale nella cessione allo stesso delle attività fallimentari e dei beni compresi nell'attivo del fallimento, non subentrando nella posizione giuridica del fallito ma della massa fallimentare. Viceversa sotto un profilo processuale, l'assuntore succede altresì nella legittimazione attiva e passiva della massa fallimentare rispetto ai giudizi pendenti, che possono essere proseguiti o riassunti da lui o nei confronti di lui.

Dal lato passivo, l'assunzione degli obblighi del concordato fallimentare è stata considerata un accollo cumulativo o privato; una delegazione su debito o allo scoperto; una vendita; altri ha posto in rilievo l'impossibilità di un accostamento dell'istituto in esame a schemi civilistici.

Nel concordato fallimentare con assunzione si individuano due momenti costitutivi: quello obbligatorio e quello traslativo. Tra l'assunzione del debito e la cessione dei beni non sussiste un collegamento necessario.

L'obbligo dell'assuntore si estende a tutte le obbligazioni concorsuali e di massa privilegiate e chirografarie (per queste ultime nella percentuale convenuta).

L'orientamento prevalente di giurisprudenza e dottrina è da anni attestato sul principio interpretativo secondo cui l'assuntore del concordato fallimentare è responsabile anche nei confronti dei creditori non insinuati al passivo del fallimento (42) o per i quali, al momento dell'omologazione, sia tuttora in corso l'accertamento, sempre che ne venga accertata l'esistenza (42). E, comunque, valida ed ammissibile la clausola contenuta nella proposta con cui si limiti la responsabilità dell'assuntore ai soli creditori ammessi al passivo del fallimento (3); è stata, altresì, ritenuta la validità del patto che estende la responsabilità dell'assuntore ai soli crediti

insinuati per i quali penda procedimento di opposizione allo stato passivo.

Si è anche sostenuto che l'assuntore non deve rispondere dei crediti non insinuati, qualora non gli siano stati ceduti tutti i beni (36); che la responsabilità dell'assuntore è limitata secondo la disciplina prevista dall'art. 2560, Codice civile; che la responsabilità dell'assuntore deve essere equiparata a quella del fideiussore; che l'assuntore deve rispondere nei confronti di tutti i creditori non insinuati e non ammessi al passivo del fallimento, salvo la previsione di una specifica clausola di esonero della responsabilità per tali crediti (64). L'assunzione del concordato può concretarsi con o senza liberazione immediata del fallito (8). La liberazione del debitore, secondo alcuni studiosi, è automatica nell'ipotesi di cessione di tutti i beni; secondo altri, deve essere espressamente contenuta nella proposta e deve essere accettata dai creditori, anche se non occorrono formule sacramentali; altri ancora hanno ritenuto che tale liberazione costituisce un elemento necessario dell'assunzione, anche se non previsto dalla legge in modo espresso. Sotto tale profilo si è osservato che il concordato con assunzione, senza liberazione del fallito, trasforma il terzo in un garante diverso dall'assuntore e dal fideiussore. La liberazione del fallito non esclude il suo obbligo verso i creditori concorsuali non concorrenti, quelli di massa ed i privilegiati.

La mancata liberazione del fallito genera un'obbligazione solidale dell'assuntore, ai sensi degli artt. 1292 e segg., Codice civile, ovvero un'obbligazione sussidiaria ex art. 1268, Codice civile, con la conseguenza che i creditori possono chiedere l'adempimento al fallito, qualora questo non fosse stato eseguito dall'assuntore.

Il fondamento giuridico del trasferimento dei beni del fallito all'assuntore è stato ricollegato all'esigenza di fornire a quest'ultimo i mezzi per far fronte alle obbligazioni del concordato, ovvero ad una sorta di corrispettivo per l'assunzione.

È prevalente l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il trasferimento dei beni del fallito deve avvenire all'atto del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione (58). Viceversa raramente si può presentare l'ipotesi in cui si consenta che il trasferimento dei beni si verifichi al momento della pronuncia della sentenza di omologazione provvisoriamente esecutiva. Al di là di qualsiasi ragione giuridica, milita a favore di questa osservazione l'esigenza di assicurare l'adempimento del concordato, senza perdere anzitempo le garanzie patrimoniali della massa.

In questa logica risulta più frequente il caso in cui si stabilisce, con un'apposita clausola contenuta nella proposta, che il trasferimento dei beni del fallito debba avvenire all'atto della completa esecuzione degli obblighi del concordato (28, 41).

La cessione dei beni all'assuntore opera con riferimento

all'intera massa attiva del fallimento (58). Non si esclude, tuttavia, che la cessione possa essere convenzionalmente limitata ad una parte del patrimonio.

L'assuntore non succede al fallito, ma alla massa (26, 30, 61); si esclude, quindi, l'applicabilità dell'art. 111, Codice di procedura civile (7, 10); è inopponibile all'assuntore ciò che è inopponibile alla massa (26, 48); pertanto, l'assuntore riveste la qualità di terzo rispetto ai rapporti giuridici patrimoniali facenti capo al fallito (26, 48, *contra* 40).

Se si ritiene che il trasferimento dei beni del debitore fallito all'assuntore costituisce un effetto connaturato alla sentenza di omologazione, resta preclusa la confutabilità di una simulazione della cessione dei beni medesimi (38).

È da avvertire tuttavia che l'automatismo del collegamento fra assunzione e cessione dei beni non è del tutto pacifico, onde è consigliabile – se questo effetto si vuole – che se ne faccia espressa previsione nella proposta di concordato.

È valido il patto paraconcordatario con cui si conviene il ritrasferimento da parte dell'assuntore delle attività del fallimento al debitore (38, 46). Esclusivo limite di tale pattuizione è che essa non si traduca in una lesione degli interessi dei creditori (46), ovvero che non determini la sottrazione di beni occultati alla massa (5, 13), che oggetto del trasferimento non sia il risultato dell'esperimento di azioni revocatorie fallimentari (4, 13).

Per quanto concerne la cessione delle azioni, ricordiamo che la disciplina previgente prevedeva la cessione all'assuntore delle sole azioni revocatorie già proposte dal curatore al momento della proposta di concordato. Tale possibilità veniva preclusa al soggetto fallito che al fine di evitare che quest'ultimo, giunto al dissesto anche attraverso atti compiuti in frode ai creditori, venisse a trarre vantaggio da tali atti fraudolenti.

Con la riforma il legislatore ha previsto nel nuovo art. 124 l.f. la possibilità in capo all'assuntore – con espresso patto di concordato – di acquisire la titolarità delle azioni giudiziarie di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa.

5. Il concordato fallimentare mediante cessione dei beni

Si è sostenuta dalla giurisprudenza, e da parte della dottrina, l'ammissibilità del concordato fallimentare mediante cessione dei beni ai creditori; un'altra parte viceversa nega l'ammissibilità di tale forma di concordato (17).

Con la riforma il legislatore ha previsto l'ammissibilità di tale forma di concordato nella parte in cui stabilisce che la proposta di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti può essere attuata «anche mediante cessione dei beni».

Il concordato fallimentare per cessione dei beni (assimilabile, secondo una parte della dottrina, a quella prevista dagli artt. 1977 e segg., Codice civile), si concreterebbe in un

potere di disposizione dei beni ceduti e non della loro proprietà che, invece, si attuerebbe in favore dei terzi acquirenti. Il rischio della liquidazione dei beni – e, quindi, la misura del soddisfacimento dei crediti – si porrebbe a carico dei creditori, dandosi vita ad una *datio in solutum*. Di avviso contrario sono stati altri studiosi i quali hanno posto l'accento sul fatto che nel fallimento già si verifica un spossamento dei beni del debitore, sicchè sarebbe inconcepibile un atto di trasferimento del potere di disposizione di tali beni. D'altra parte si è fatto osservare che, nel concordato fallimentare per cessione dei beni, non sarebbe neppure configurabile un vantaggio giuridicamente apprezzabile per i creditori, anche se non può escludersi che la possibilità di vendere i beni a trattativa privata, rispetto all'incanto, consenta, talvolta, di ricavare un maggior realizzo di attivo. Ciò detto, la soluzione negativa della configurabilità di un concordato fallimentare appare più convincente sia sotto il profilo della attuale disciplina normativa, sia dell'opinabilità di taluni effetti conseguenti a tale forma di gestione concordataria.

Altre ragioni, inoltre, portano ad escludere tale forma di concordato: innanzitutto, non pare che l'attuazione del procedimento mediante la liquidazione dei beni ceduti a trattativa privata (rispetto all'incanto previsto obbligatoriamente per la vendita dei beni immobili nel fallimento) possa sempre tradursi in un vantaggio economico per i creditori determinando la convenienza del concordato rispetto all'esito normale della procedura concorsuale.

In ogni caso un eventuale vantaggio economico derivante dalla vendita privata di alcuni beni immobili non potrebbe mai assurgere ad una valida ragione giuridica per dimostrare l'ammissibilità di tale forma di gestione concordataria del fallimento.

Rispetto all'esito normale del fallimento, il concordato per cessione dei beni (come, del resto, ogni altra forma di concordato fallimentare) consentirebbe al debitore di ottenere un effetto esdebitatorio, distribuendo in favore dei creditori il ricavato di quegli stessi beni che sarebbe stato ugualmente realizzabile attraverso una liquidazione fallimentare. Con ciò si vuole rilevare che i creditori chirografari sarebbero definitivamente falcidiati delle loro ragioni obbligatorie, senza trarre alcun vantaggio, tanto più se si pensa che la monetizzazione del patrimonio avverrebbe ad opera di un liquidatore giudiziale che non sarebbe, quindi, tanto dissimile dal curatore. Ciò spiega perchè una parte della dottrina ha sostenuto l'ammissibilità del concordato fallimentare mediante cessione dei beni purchè questa avvenga *pro solvendo* e non *pro soluto*.

6. Esame ed approvazione della proposta

Una volta presentata la proposta di concordato fallimentare, il giudice chiede il parere del curatore e del comitato dei creditori, con specifico riferimento ai presumibili risultati

della liquidazione. Se il parere del curatore è negativo la proposta viene respinta ed il procedimento si arresta¹.

Con la riforma fallimentare (D.Lgs. n. 5/2006) ci accorgiamo che da un lato il legislatore intende eliminare il potere del giudice delegato di rigettare la proposta di concordato nel caso in cui la ritenesse non conveniente, mentre dall'altro lato si riconosce in capo al Tribunale fallimentare, una volta acquisiti i pareri suddetti, il compito di esprimere un giudizio in merito al corretto utilizzo dei criteri utilizzati per la suddivisione in classi e per la diversificazioni dei trattamenti, tenendo conto della relazione di stima dei beni o dei crediti oggetto della garanzia offerta dai creditori muniti di diritto di prelazione.

In merito a tale punto, vediamo che, con il correttivo alla riforma, il legislatore, se da un lato ha soppresso nel primo comma dell'art. 125 legge fallimentare il riferimento al parere del comitato dei creditori, inserisce nel contempo al secondo comma il disposto secondo cui la valutazione della proposta spetta al comitato dei creditori, lasciando al giudice delegato la sola funzione di giudicare la mera ritualità della proposta concordataria.

Tuttavia ritenuta la proposta conveniente, deve essere comunicata ai creditori. Destinatari della proposta sono tutti i creditori ammessi al passivo, anche se con riserva o provvisoriamente, siano essi privilegiati o chirografari. La proposta va comunicata anche ai creditori obbligazionisti, previa nomina di un loro rappresentante comune. Dubbi interpretativi sono stati sollevati in ordine al raddoppio del termine per esprimere la dichiarazione di dissenso, nel senso che questo debba riguardare solo gli obbligazionisti oppure tutti i creditori. In mancanza di una delibera dei creditori obbligazionisti la votazione può avvenire individualmente ed il calcolo può avvenire alla stessa stregua di tutti gli altri creditori.

Si è discusso se il termine per manifestare la dichiarazione di dissenso debba essere considerato perentorio od ordinatorio e se debba essere manifestato per iscritto o possa essere espresso anche oralmente. Il termine in ogni caso decorre dalla data della comunicazione del provvedimento del giudice delegato e non da quella del suo deposito in cancelleria².

Se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, hanno diritto al voto i creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato; altrimenti, gli aventi diritto al voto sono quelli indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97. Il diritto di voto spetta a tutti i creditori

¹ Satta, *Diritto fallimentare*, Padova 1996, 407.

² Trib. Bassano del Grappa 3 maggio 1995, decr., in *Il fallimento*, 1995, 1067.

ammessi al passivo anche se con riserva od in via provvisoria, ma non ai creditori esclusi, anche se hanno proposto opposizione.

I creditori muniti di un diritto di prelazione non hanno diritto al voto, a meno che non vi rinuncino¹. Pertanto essi non possono subire alcuna alterazione della posizione giuridica rivestita ed il concordato nei loro confronti è *res inter alios acta*².

Sono esclusi dal voto i creditori di massa; lo sono, altresì, il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini entro il quarto grado e coloro che sono divenuti cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento³.

Novità di particolare riguardo della riforma è rappresentata dalla nuova maggioranza dei creditori chiamati a deliberare in merito alla proposta di concordato: nella disciplina precedente il concordato veniva approvato se riportava l'assenso della maggioranza numerica dei creditori ammessi al voto che rappresentavano almeno i due terzi della somma dei loro crediti. Oggi invece, il legislatore ha prevista all'art. 128 l.f. che la proposta di concordato sia approvata se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

7. Omologazione

Se non è stata raggiunta la maggioranza prescritta per l'approvazione del concordato, il giudice delegato rigetta la proposta. Si discute se il provvedimento possa formare oggetto di reclamo oppure di un'azione ordinaria di accertamento. La giurisprudenza sembra orientata per la proposizione del reclamo e, quindi, del ricorso per cassazione (91).

Viceversa se la maggioranza è stata raggiunta, il giudice delegato pronuncia ordinanza con cui dichiara aperto il giudizio di omologazione, dispone che ne sia data immediata comunicazione al proponente, al fallito e ai creditori dissenzienti e fissa un termine non inferiore a quindici giorni e non superiore a trenta giorni per la proposizione di eventuali opposizioni, anche da parte di qualsiasi altro interessato, e per il deposito della relazione conclusiva del curatore.

Sono legittimati a proporre opposizione i creditori dissenzienti e qualsiasi interessato⁴. Sono stati ritenuti legittimati anche i soci illimitatamente responsabili a prescindere dalla deduzione di un loro interesse personale patrimoniale⁵.

Se nel termine fissato non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito

¹ Cass. 15 febbraio 1995 n. 1631, in *Il fallimento*, 1995, 943.

² Trib. Roma 25 ottobre 1999, decr. giud. del., in *Il fallimento*, 2000, 683.

³ Trib. Roma 26 marzo 1992, in *Il fallimento*, 1992, 974.

⁴ Trib. Lucca 20 febbraio 1991, in *Il fallimento*, 1991, 759.

⁵ Cass. 23 maggio 1990 n. 4669, in *Il fallimento*, 1990, 1101.

della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

8. Effetti dell'omologazione

Scaduti i termini per il reclamo all'omologazione, la proposta di concordato acquista piena efficacia, vincolando da un lato il fallito e il terzo garante o assuntore all'adempimento degli obblighi assunti, e dall'altro tutti i creditori anche quelli anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo.

A seguito della sentenza di omologazione si producono determinati effetti per il fallito, il garante o l'assuntore, il curatore e tutti gli altri creditori.

Il fallito è obbligato a costituire le garanzie promesse e ad effettuare il pagamento della percentuale offerta¹. Le obbligazioni del debitore permangono, ma per la somma eccedente la percentuale sono prive di azioni e possono essere fatte valere nei limiti dell'art. 2034 c.c.

Con l'omologazione del concordato le azioni di cui agli artt. 64 e 67 l. fall. in corso divengono improponibili ed improseguibili a condizioni che l'impedimento sia stato dichiarato nel processo o reso operativo mediante lo strumento processuale dell'interruzione ai sensi dell'art. 300 codice procedura civile oppure mediante la produzione in giudizio di documenti attestanti l'intervenuta omologazione (106, 107).

Il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori, anche se non concorrenti. Per quelli non insinuati può operare, se prevista, la clausola limitativa convenuta (88).

Le garanzie prestate per il concordato si estendono a tutti i creditori per i quali sia stata presentata domanda di ammissione al passivo, anche se non ancora ammessi alla data di omologazione; per gli altri creditori, il fallito rimane obbligato al pagamento della percentuale offerta, ma la garanzia non si estende anche a tali obbligazioni (102). La riduzione del credito per effetto della percentuale stabilita col concordato può essere fatta valere anche in sede esecutiva (78).

Il garante assume la veste di fideiussore e si accolla gli obblighi del fallito (49). Il garante può rendersi cessionario dei beni del fallito mediante la stipulazione di un patto interno col debitore (69) ed il trasferimento non viene meno anche se il valore dei beni è superiore all'entità delle obbligazioni assunte (69).

L'assuntore acquisisce per effetto della sentenza di omologazione le attività del fallimento e si accolla le obbligazioni con o senza liberazione del debitore (84). Egli può avvalersi degli effetti del giudicato reso nei confronti del fallito in ordine alla insussistenza di un credito o della sua prelazione (105).

¹ Trib. Cassino 3 giugno 1997, in *Il fallimento* 1997, 1141.

L'obbligo dell'assuntore si estende a tutti i debiti privilegiati e chirografari; tuttavia, si discute se sia valido il patto con cui la responsabilità dell'assuntore sia limitata ai soli crediti ammessi al passivo, all'atto dell'omologazione od al passaggio in giudicato della sentenza, od alla completa esecuzione del concordato (88, 102), ma non sino all'udienza di discussione della proposta¹.

Può essere stabilito che il trasferimento dei beni all'assuntore avvenga all'atto dell'avvenuta esecuzione del concordato; in questo caso l'assuntore deve provvedere all'adempimento con propri mezzi finanziari.

L'assuntore non succede al fallito od al curatore, ma alla massa; pertanto, non può essere considerato un successore a titolo particolare (94), salvo nel caso in cui vi sia un subentro nelle singole posizioni debitorie con la contestuale liberazione del debitore originario (98).

Omologato il concordato, gli organi della procedura non decadono, ma le loro funzioni sono limitate. Il curatore resta, pertanto, preposto al controllo dell'esecuzione del concordato.

Se il fabbisogno del concordato non è interamente coperto dalle garanzie prestate, occorrerà liquidare parte o tutto il patrimonio fallimentare e di tale attività può essere incaricato lo stesso curatore. Si è discusso se gli atti di alienazione debbano essere autorizzati durante la fase di esecuzione del concordato².

Le contestazioni in ordine all'entità ed alla natura dei crediti che devono essere soddisfatti in base alla sentenza di omologazione devono trovare la loro soluzione in sede di cognizione ordinaria (100).

Il decreto con cui il giudice delegato accerta la completa esecuzione degli obblighi del concordato non ha natura giurisdizionale, né contenuto decisorio o definitivo, ma di atto esecutivo di un'attività di sorveglianza e di controllo (99)³.

9. La risoluzione

È necessario porre l'accento sulla delicatezza del giudizio di omologazione del concordato fallimentare con assunzione, quando la proposta contenga l'espressa ed immediata liberazione del fallito, non tanto perchè la sua presenza assicuri l'adempimento (se si pensa alla mancanza di beni presenti del fallito e l'ipotesi assai rara che possano sopraggiungerne altri), quanto perchè il mantenimento della responsabilità del debitore principale rende possibile la risoluzione del concordato ed il ripristino di quella situazione di concorso collettivo e, con essa, l'applicazione del principio di parità di trattamento dei creditori.

¹ Trib. Roma 30 settembre 1993, in *Il fallimento*, 1994, 414.

² Guglielmucci, *L'esecuzione del concordato fallimentare*, in *Il fallimento*, 1989, 194.

³ Cass. 28 dicembre 1989 n. 3008, in *Il fallimento*, 1988, 681.

Innanzitutto è necessario evidenziare che con il correttivo alla riforma il legislatore ha inciso molto su tale istituto, riservando la legittimazione a chiedere la risoluzione del concordato ai soli creditori, richiamando, al secondo comma, l'art. 15 legge fallimentare, al fine di uniformare tale procedimento di risoluzione con il rito camerale.

Tuttavia, al di fuori, infatti, della specifica ipotesi in cui l'assuntore sia un imprenditore commerciale (sicché il suo inadempimento può determinare la dichiarazione di fallimento a suo carico) in ogni altra eventualità è chiaro che i creditori avrebbero titolo per fare ricorso esclusivamente all'azione di risarcimento danni, e, quindi, alle azioni esecutive individuali. Il che equivale ad affermare che si darebbe vita ad una situazione che vanifica gli scopi del pregresso procedimento fallimentare.

In questa prospettiva è agevole cogliere il significato del tentativo della dottrina di intravedere nella specie una rinuncia da parte dei creditori alla risoluzione, dopo avere compiuto un'attenta valutazione della consistenza patrimoniale dell'assuntore. Pur volendosi, infatti, negare una disponibilità del diritto-potere alla risoluzione del singolo creditore o della massa, si devono, d'altra parte, riconoscere gli effetti che l'approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori esplica sulla clausola liberatoria indipendentemente dalla valutazione operata dal tribunale in sede di giudizio di omologazione.

Quanto considerato porta al riconoscimento di una variante tra le due situazioni delineabili nel concordato fallimentare con assunzione e liberazione immediata o non del fallito. Nel primo caso, infatti, l'inadempimento degli obblighi assunti non sarebbe più imputabile al debitore che è uscito di scena, avendo provveduto a trasferire il proprio patrimonio al terzo. Nell'ipotesi, invece, dell'accollo cumulativo, persistendo la responsabilità del debitore, sarebbero inevitabili la risoluzione e la sua reintroduzione nel fallimento.

D'altra parte, è stato osservato che la configurabilità di una responsabilità debitoria del fallito in ordine al mancato pagamento della percentuale promessa dal terzo è assai discutibile ed ancor di più lo sarebbe quella concernente l'eventuale addebitabilità allo stesso di una *culpa in eligendo* o *in vigilando*, circa l'accertamento della solvibilità dell'assuntore, od il modo in cui è stata condotta la liquidazione dei beni; a non diversa conclusione dovrebbe giungersi anche in ordine alla prospettazione di una responsabilità obiettiva.

Non a caso, una parte della dottrina ha ritenuto di porre l'accento sull'inesistenza di un collegamento tra risoluzione del concordato ed assunzione cumulativa, rispetto ad un giudizio di imputabilità dell'inadempimento al debitore, giungendo alla conclusione che la clausola liberatoria per il fallito presuppone, pur sempre, la rinuncia a far valere la risoluzione.

Quest'ultima prospettazione appare più convincente, se non altro sotto il profilo giuridico dell'inutilità del tentativo di risolvere la tematica enunciata sulla base della disciplina generale che regola i contratti e dell'inevitabile esigenza di valorizzare, invece, la natura processuale dell'istituto nella quale trova maggiore giustificazione la risoluzione concordataria in forza del mero fatto obiettivo dell'inadempimento, senza alcuna indagine sulla colpa.

Il legislatore ha escluso che il concordato fallimentare con assunzione liberatoria del debitore possa essere risolto.

Qualora l'azione di risoluzione non possa più essere esercitata per scadenza del termine, si è sostenuta la possibilità per il singolo creditore di esperire l'azione individuale di cognizione prima ed esecutiva dopo contro il debitore inadempiente. Dubbio appare, invece, l'esercizio dell'azione individuale di inadempimento, pendendo ancora il termine per far valere quella di risoluzione in sede concorsuale.

Si riconosce, da parte di alcuni studiosi, la richiesta di un nuovo fallimento dell'imprenditore inadempiente del concordato fallimentare. Si ritiene in questo caso che il nuovo fallimento non svolga alcun effetto sul concordato inadempito e si esclude, perciò, che il nuovo fallimento possa determinare la risoluzione del concordato inadempito.

Addirittura si è riconosciuta la possibilità di insinuare nel nuovo fallimento il credito relativo nella percentuale concordataria non corrisposta in sede di concordato.

Non risulta tuttavia convincente la prospettata possibilità di dichiarare un nuovo fallimento dell'imprenditore in relazione ad obbligazioni che, in quanto sorte a seguito dell'inadempimento del concordato fallimentare, sono ricollegabili ad un'insolvenza pregressa e già regolata dal procedimento concorsuale conclusosi col concordato, posto che, se è vero che il concordato non produce novazione delle obbligazioni concorsuali (53), l'obbligazione sorta per effetto del mancato adempimento dello stesso è pur sempre ricollegabile all'originaria insolvenza.

Si è discusso se legittimati a chiedere la risoluzione siano i creditori concorrenti¹ oppure anche i creditori non insinuati; si è anche affermata la legittimazione dei creditori assistiti da un diritto di prelazione e di massa.

La risoluzione non può essere domandata decorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento.

Agli effetti della validità della pronuncia di risoluzione è necessario che la stessa intervenga prima della scadenza del termine predetto, essendo irrilevante la circostanza che la domanda sia stata presentata tempestivamente o che il procedimento abbia avuto inizio (67).

¹ Trib. Orvieto 22 maggio 1991, decr., in *Il fallimento*, 1991, 1196.

L'inadempimento deve, tuttavia, persistere sino al momento della pronuncia di risoluzione¹.

Deve essere disposta la convocazione del fallito e dei suoi fideiussori, anche se non è indispensabile la loro comparizione (104); non è necessario l'intervento del pubblico ministero (95).

Il tribunale è chiamato ad accertare se vi sia stato un inadempimento degli obblighi del concordato, secondo le modalità ed i tempi stabiliti nella proposta omologata, senza alcun margine di discrezionalità in ordine alla gravità dell'inadempimento (95).

La decisione è formata di una parte costitutiva estintiva dell'omologazione e di un'altra costitutiva inerente alla riapertura del fallimento. Essa è soggetta a ricorso per cassazione² per motivi di legittimità (90).

Se la domanda viene rigettata, il tribunale provvede con decreto; si è discusso della natura di quest'ultimo provvedimento e della sua impugnabilità, risolto in senso negativo dalle sezioni unite della Cassazione (97).

10. L'annullamento

Il concordato fallimentare può essere annullato quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Il legislatore ha, altresì, sancito che non è ammessa alcuna altra azione di nullità.

Con il correttivo alla riforma fallimentare, il legislatore ha proceduto ad una modifica dell'art. 138 legge fallimentare, seppur in via formale, lasciando sostanzialmente identico il contenuto, ma sostituendo la sentenza al decreto, quale forma del provvedimento giurisdizionale conclusivo del procedimento di annullamento del concordato.

Tuttavia, a differenza della risoluzione che non può operare nel concordato fallimentare con assunzione e liberazione immediata del fallito, l'annullamento coinvolge anche il debitore che sia stato liberato delle sue obbligazioni. In altri termini, l'annullamento travolge persino il concordato con liberazione immediata del fallito, che – come si è visto – non può invece essere risolto.

Legittimati all'azione di annullamento sono il curatore del fallimento e qualsiasi creditore anche non concorrente. La legittimazione passiva spetta esclusivamente al fallito.

Il concreto esercizio dell'azione di annullamento va inquadrato negli schemi del procedimento di cognizione ordinario.

La situazione che determina l'esperibilità dell'azione di annullamento viene comunemente individuata in una falsa rappresentazione dello stato patrimoniale del fallimento (in

¹ Trib. Catania 13 febbraio 1981, in *Il fallimento*, 1982, 265.

² Cass. 30 maggio 1995, n. 606, in *Il fallimento*, 1995, 1206.

relazione al quale i creditori sono stati indotti ad accettare la proposta ed il tribunale ad omologarla), sulla base di raggi doli o fraudolenti posti in essere dal fallito o ai quali questi abbia preso parte.

In particolare, nel caso di esagerazione del passivo sono stati individuati quegli atti del debitore destinati a far apparire debiti inesistenti o esistenti in misura inferiore a quella esposta. La sottrazione dell'attivo comprende l'asportazione materiale dei beni del fallito; la dissimulazione consiste in forme di occultamento o nell'imputare beni a terzi o nel presentarli gravati da oneri o vincoli a carico del debitore.

Più complessi appaiono l'individuazione del concetto di annullamento ed il suo eventuale accostamento all'istituto civilistico, non trascurando di considerare la natura non esclusivamente contrattualistica del concordato e, soprattutto, i diversi effetti che la disciplina civilistica pone rispetto a quelli del concordato fallimentare.

Il termine di decadenza di sei mesi per proporre l'azione di annullamento decorre dall'eliminazione della falsa rappresentazione della consistenza attiva o passiva determinata dal dolo altrui¹.

Il termine di due anni è stabilito dalla legge con riferimento alla scadenza dell'ultimo pagamento. Anche in questo caso, come per la risoluzione, si è discusso se la sua decorrenza deve essere considerata in modo obiettivo oppure in relazione alla presentazione della domanda.

Legittimati a proporre la domanda di annullamento sono il curatore del fallimento e qualsiasi creditore anche non concorrente².

L'azione di annullamento va inquadrata nello schema processuale del giudizio di cognizione ordinario, sicché non è configurabile l'iniziativa d'ufficio. Tale azione non è esercitabile prima che la sentenza di omologazione sia passata in giudicato.

Anche la sentenza di annullamento riveste un contenuto destinato ad eliminare gli effetti dell'omologazione ed un altro avente per oggetto la riapertura del fallimento³.

11. Effetti della risoluzione e dell'annullamento

Si è da tempo discusso su quale sorte subiscano, a seguito della risoluzione e dell'annullamento del concordato fallimentare, le garanzie offerte per l'adempimento degli obblighi relativi. Ciò, in riferimento al contenuto della disposizione di cui all'art. 140, legge fallimentare, secondo cui i creditori conservano le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato risolto od annullato.

Occorre ricordare, infatti, in relazione al termine «garanzie»

¹ Trib. Catania 5 giugno 1981.

² Trib. Roma 8 giugno 1991, in *Il fallimento*, 1992, 201.

³ Trib. Catania 31 ottobre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 419.

adoperato dal legislatore, quanto posto in luce da una parte della dottrina, circa il significato tecnico riferito nella specie, ossia nel senso che debba essere considerato più ampio di quello sancito nel Codice civile. Al riguardo si è detto che la trascorsa normativa non aiuta a risolvere il dubbio interpretativo sorto nella disciplina attuale, essendo stata la riapertura del fallimento precedentemente regolata diversamente nelle due ipotesi di risoluzione ed annullamento del concordato, mentre la regola di cui al citato art. 140 vale sia per l'una, sia per l'altra evenienza.

Ciò premesso, si può agevolmente affermare che nell'ipotesi di concordato con garanzia, il fideiussore rimane vincolato alla prestazione anche a seguito della risoluzione o dell'annullamento dello stesso. Tale effetto è spiegabile col fatto che la causa dell'obbligazione fideiussoria presenta una sua autonomia e non può essere, pertanto, influenzata dalla sorte del concordato. Inoltre, va considerato che il rapporto fideiussore-debitore principale è estraneo alla riapertura del fallimento, tanto è vero che l'eventuale trasferimento di tutto o parte del patrimonio del fallito non può mai costituire un effetto connaturato alla proposta omologata dal tribunale, ma è oggetto esclusivo di eventuali convenzioni stipulate dai predetti soggetti.

Nell'ipotesi di concordato fallimentare con assunzione, invece, sia la risoluzione, sia l'annullamento impediscono che l'assuntore possa ancora beneficiare della cessione dei beni del fallimento, onde la sua obbligazione di adempiere alle obbligazioni concorsuali viene a trovarsi priva di causa. Anche a volere, poi, sostenere la natura non contrattuale del concordato fallimentare, non sarebbe giustificabile negare qualsiasi interdipendenza tra le due prestazioni, tanto più che queste sorgono nell'ambito di una fattispecie complessa ed unitaria nella quale il carattere essenzialmente processuale-pubblicistico non sempre è chiaramente delineabile e sovente prevale quello negoziale-privatistico.

Con specifico riferimento ai concetti di risoluzione e di annullamento si è posto in luce che essi non possono discostarsi da quelli civilistici al punto da perdere la caratteristica peculiare della retroattività della situazione *quo ante*.

Piuttosto bisogna riconoscere che, nell'ipotesi di risoluzione del concordato con assuntore, pur in presenza di un difetto funzionale della causa delle obbligazioni, il terzo si è reso responsabile di un adempimento e sotto tale profilo non può negarsi che egli debba, perciò, ritenersi responsabile del danno cagionato ai creditori, quantificabile nella differenza tra l'ammontare del realizzo dell'attivo del fallimento e ciò che avrebbe dovuto essere distribuito ai creditori, oltre al danno per il ritardo con cui risulteranno adempiute le obbligazioni.

Nell'ipotesi di annullamento occorre accertare se l'assuntore sia stato partecipe alla frode, nel qual caso sarà responsabile del danno causato ai creditori, solidalmente col fallito.

In caso di una sua estraneità alla frode, il difetto genetico della causa (esclusivamente riferibile al comportamento del fallito) rende *tamquam non esset* l'accordo e l'assuntore è liberato della sua obbligazione, salvo la sua eventuale pretesa di danni nei confronti del fallito.



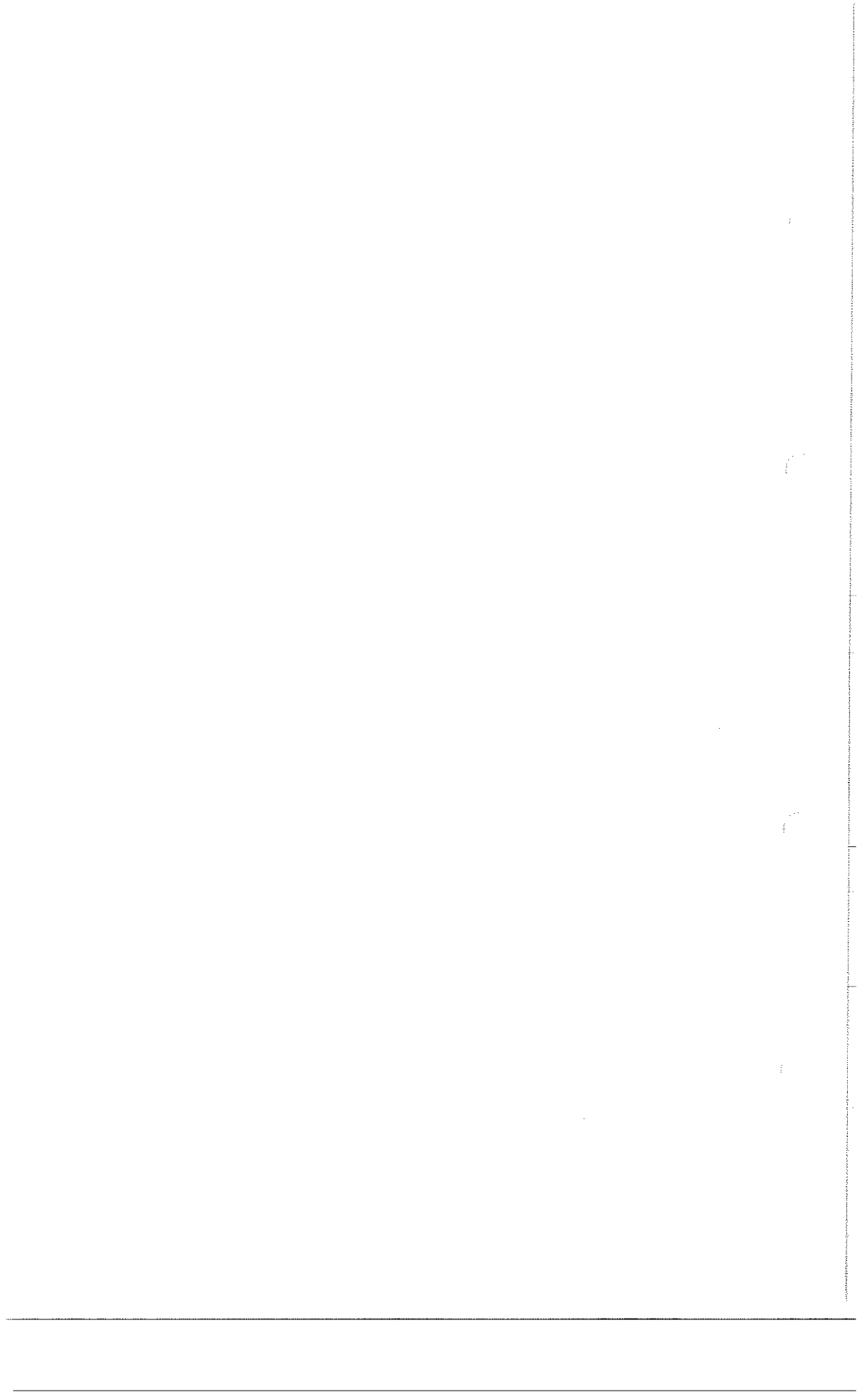
Secondo un altro orientamento, proprio della giurisprudenza prevalente¹, e che appare preferibile, la sentenza di omologazione va assoggettata ad imposta proporzionale, ai sensi dell'art. 8, lett. b), Tariffa, parte prima, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131.

2.1.1. Le garanzie – La Corte di cassazione ha ripetutamente affermato che le garanzie richieste dall'art. 124, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. "legge fallimentare"), ai fini dell'omologazione con sentenza della proposta di concordato, sono esonerate dal pagamento dell'imposta di registro in quanto obbligatorie *ex lege*. Secondo il Collegio, infatti, "l'unico sistema di valutazione, ai fini della verifica relativa al se la garanzia debba o meno essere considerata richiesta dalla legge, appare quello di accertarne il valore condizionante rispetto all'emanazione del provvedimento di omologazione". E nella fattispecie, invero, è certo che, in mancanza di garanzie, il concordato non è omologabile².

2.1.2. Il valore degli immobili trasferiti – La Corte di cassazione ha ripetutamente affermato che il trasferimento di immobili disposto in esecuzione di concordato fallimentare non può essere compreso, né mediante interpretazione estensiva, né in via di applicazione analogica, tra le ipotesi di "espropriazione forzata e trasferimenti coattivi" in riferimento alle quali l'art. 42, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634, predefinisce la base imponibile.

¹ La sentenza omologativa del concordato (preventivo o fallimentare) concluso dall'imprenditore commerciale con i propri creditori è soggetta ad imposta di registro in misura proporzionale ed è inquadrabile tra gli atti (giudiziali) genericamente indicati *sub* lettera c) dell'art. 8 della Tariffa, Parte Prima, di cui all'Allegato A) del citato decreto del Presidente della Repubblica (cfr. *ex pluribus*, Cass. 13 giugno 2005, n. 18435; Cass. n. 4253/1994; n. 4265/1990; n. 2970/1990; n. 4840/1985, tutte in Banca dati *I quattro codici della riforma tributaria big*, Ipsoa).

² Cfr. *ex pluribus* Cass. 8 marzo 2002, n. 3420; Cass. 4 novembre 1992, n. 11959; Cass. 14 luglio 1992, n. 8552; Cass. 11 luglio 1992, n. 8470, tutte in *banca dati Ipsoa*.



3.1. Dichiarazione del Curatore di avvenuta esecuzione del concordato e richiesta di svincolo delle cauzioni e cancellazione delle ipoteche – POST RIFORMA

Tribunale di
[Sezione Fallimentare]
Fallimento:

DICHIARAZIONE DI AVVENUTA ESECUZIONE DEL CONCORDATO FALLIMENTARE (ART. 136 L.F.)

Ill.mo Sig. Giudice Delegato,
il sottoscritto, Curatore del fallimento suindicato,

DICHIARA

che tutte le condizioni del concordato proposto dal fallito e di cui alla sentenza di omologazione in data sono state completamente adempiute [come risulta da],

CHIEDE

che, dato atto di quanto sopra, la S.V. ordini lo svincolo delle cauzioni [e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia (v. doc. n.)].

[Allega:]

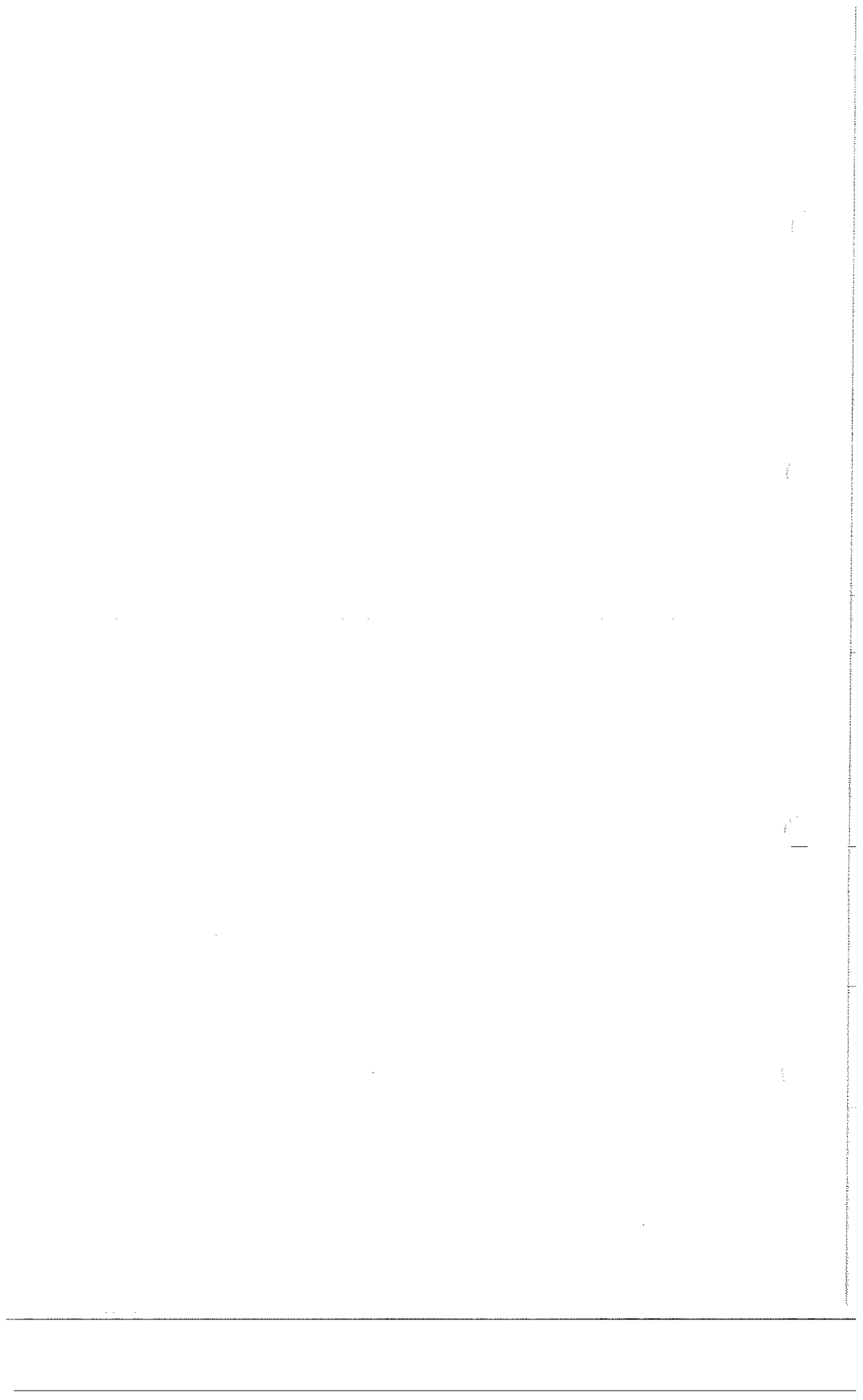
Con osservanza.

....., lì

[luogo, data]

Il Curatore

.....
[firma del Dott./Avv./Rag.]



3.2. Istanza del Curatore per il deposito di somme spettanti – in concordato fallimentare o in concordato preventivo – ai creditori contestati, condizionali o irreperibili – POST RIFORMA

Tribunale di

[Sezione Fallimentare]

Fallimento:

[Concordato preventivo:]]

ISTANZA PER IL DEPOSITO DI SOMME SPETTANTI A CREDITORI CONTESTATI [/CONDIZIONALI/IRREPERIBILI] (ART. 136, COMMA 2 [E ART. 185, COMMA 2] L.F.)

Ill.mo Sig. Giudice Delegato,
il sottoscritto ..., Curatore del fallimento suindicato [/commissario giudiziale/liquidatore del concordato preventivo suindicato],

PREMESSO CHE

in esecuzione del concordato omologato con sentenza in data ... sono stati pagati tutti i creditori aventi diritto, ad eccezione dei seguenti in quanto titolari di un credito oggetto di contestazione (v. documento ... allegato) [/titolari di un credito sottoposto a condizione non ancora verificatasi/irreperibili]:

- a. ... per euro ...
- b. ... per euro ...
- [c. ... per euro ...
- ...]

CHIEDE

che la S.V. voglia disporre le modalità del deposito delle somme suddette.
Con osservanza.

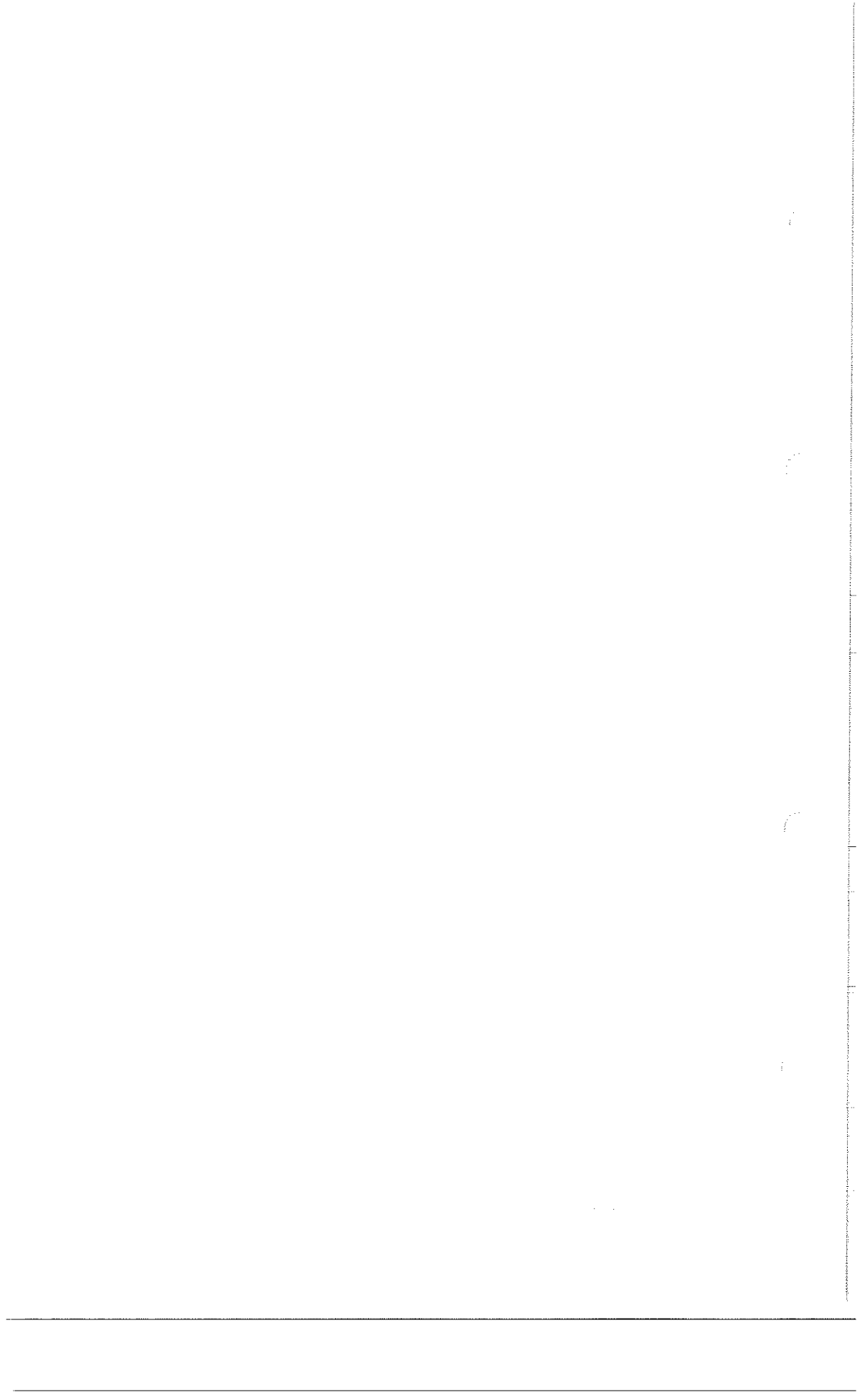
....., lì

[luogo, data]

Il Curatore [/Il Commissario/Il Liquidatore]

.....

[firma del Dott./Avv./Rag.]



3.3. Relazione del Curatore per la risoluzione del concordato fallimentare – POST RIFORMA

Tribunale di
 [Sezione Fallimentare]
 Fallimento:

RELAZIONE PER L'EVENTUALE RISOLUZIONE DEL CONCORDATO (ART. 137 L.F.)

Il sottoscritto ..., Curatore del fallimento suindicato,

ESPONE

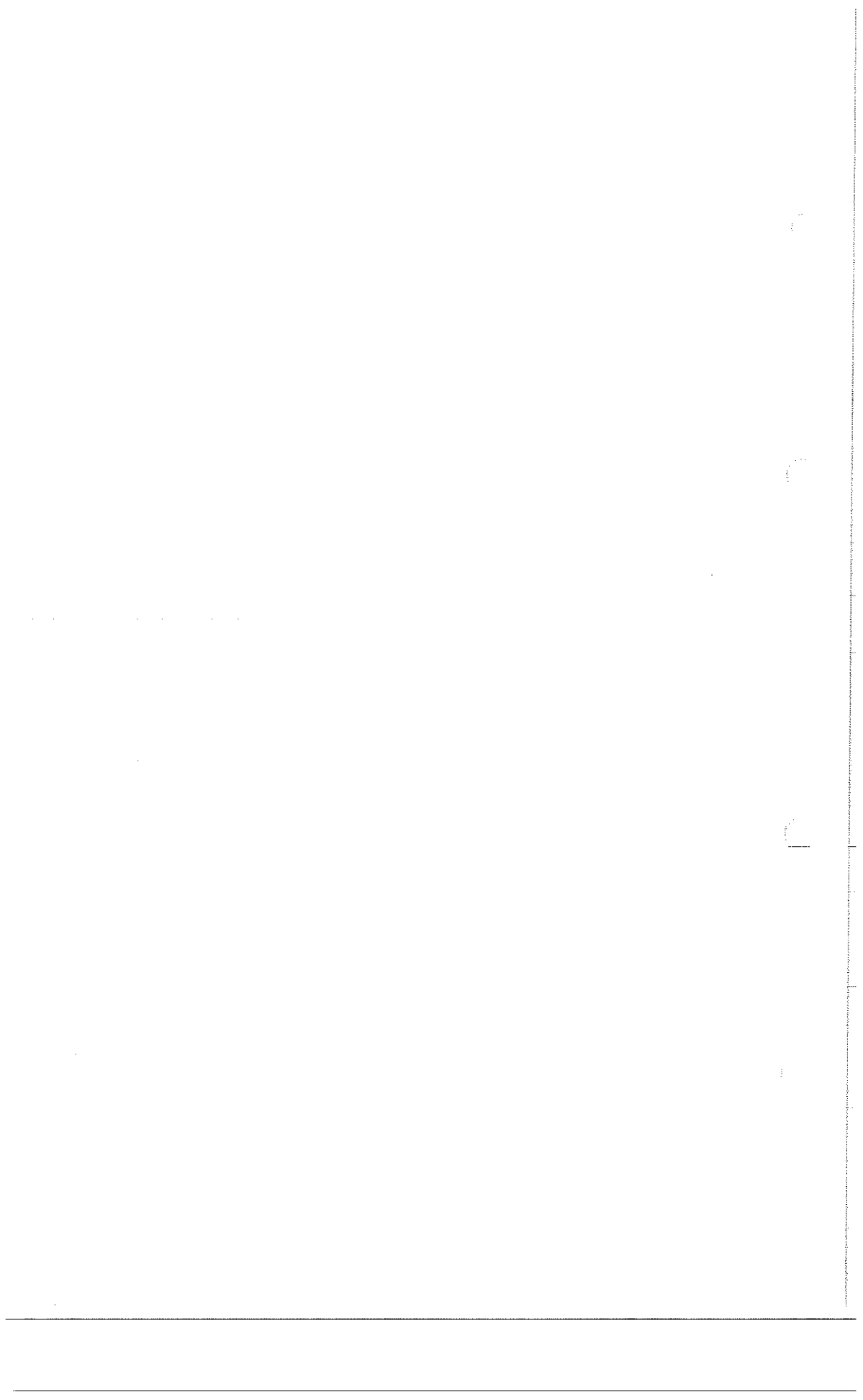
- che in data ... il fallito proponeva ai creditori un concordato, che veniva omologato con sentenza del ... di questo Tribunale;
- che tra gli altri obblighi assunti è previsto il pagamento di ... (es: 1/3) dei crediti chirografari entro il giorno ... (ovvero: entro il giorno ... dovevano essere costituite le garanzie promesse);]
- che, scaduto tale termine, e nonostante i ripetuti solleciti, non si è provveduto al suddetto adempimento;
- che il concordato non prevede l'assunzione degli obblighi dallo stesso derivanti con liberazione immediata del debitore;
- che alla luce di quanto precede, a parere del sottoscritto, ricorrono i presupposti previsti dall'art. 137 L.F. perché codesto Tribunale, sentito il fallito [i fideiussori/l'as-suntore], pronunci la risoluzione del concordato e riapra la procedura di fallimento.

Con osservanza.

....., lì
 [luogo, data]

Il Curatore

.....
 [firma del Dott./Avv./Rag.]



4.1. Decreto che accerta l'esecuzione del concordato fallimentare e ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche – POST RIFORMA

Il Giudice Delegato
visto il ricorso che precede [e l'allegata documentazione],
visto l'art. 136, comma 3, L.F., come modificato dal D.Lgs. n. 5/2006

DICHIARA

accertata la completa esecuzione del concordato in oggetto;

DISPONE

lo svincolo della cauzione prestata per euro ... dal Sig. ... mediante ...;

ORDINA

al Conservatore dei Registri Immobiliari di ..., con esonero da ogni responsabilità al riguardo, di cancellare le seguenti iscrizioni ipotecarie:

a) ipoteca iscritta ai nn. .../... il ... per euro ... in favore di ... sull'immobile sito in ... via ... , così censito: ...

...;
[b) ...
...;

PRESCRIVE

di attenersi alle seguenti misure...

MANDA

la cancelleria ad eseguire le pubblicazioni e le affissioni di cui all'art. 17 L.F. con spese a carico del debitore.

....., lì

[luogo, data]

Il Giudice Delegato
Il Cancelliere



4.2. Decreto per il deposito di somme spettanti – in concordato fallimentare o in concordato preventivo – ai creditori contestati, condizionali o irreperibili – POST RIFORMA

Il Giudice Delegato
letta l'istanza che precede,
visto l'art. 136, comma 2 [e l'art. 185, comma 2] L.F.,

DISPONE

che le somme indicate nell'istanza medesima siano depositate su libretti di risparmio nominativi, intestati singolarmente ad ogni interessato, presso l'Istituto ..., che provvederà alla loro custodia.

..., lì ...
[luogo, data]

Il Giudice Delegato
Il Cancelliere



4.3. Decreto di autorizzazione allo svincolo di somma spettante a creditore contestato, condizionale o irreperibile (in concordato fallimentare o in concordato preventivo) – POST RIFORMA

Il Giudice Delegato

- letta l'istanza che precede,
- rilevata la definizione della contestazione [ovvero: l'avveramento della condizione/la cessazione dello stato di irregolarità], che ha reso necessario il deposito di cui al secondo comma dell'art. 136 L.F.,

AUTORIZZA

lo svincolo della somma depositata presso l'Istituto, in favore di ...

..., lì ...

[luogo, data]

Il Giudice Delegato

Il Cancelliere



5.1. Istanza di svincolo di somma depositata a nome di creditore, all'epoca contestato, condizionale o irreperibile (in concordato fallimentare o in concordato preventivo) – POST RIFORMA

Tribunale di ...
[Sezione Fallimentare]
Fallimento: ...
[Concordato preventivo: ...]

**ISTANZA DI SVINCOLO SOMMA
(ART. 136, COMMA 2 [E ART. 185, COMMA 2] L.F.)**

Il sottoscritto ..., creditore del fallimento [/del concordato preventivo] suindicato,

PREMESSO CHE

- in data ... è stato disposto il deposito su norma dell'art. 136, 2° comma L.F. della somma di euro ..., ad esso spettante in esecuzione del concordato;
- il motivo di tale deposito è venuto meno in quanto la contestazione si è risolta, come emerge dal documento ... allegato [ovvero: in quanto si è verificata la condizione sospensiva, come risulta dal documento ... allegato/in quanto è cessata la situazione di irreperibilità],

CHIEDE

che venga autorizzato lo svincolo della somma suddetta.

Con osservanza.

....., lì
[luogo, data]

.....
[firma]

1

2

3

4

6.1. Decreto che accerta l'esecuzione del concordato preventivo per cessione dei beni – POST RIFORMA

Il Giudice Delegato

- visto il ricorso che precede,
- preso atto che si è conclusa la liquidazione dei beni ceduti e che con il relativo ricavato sono stati integralmente pagati i creditori assistiti da cause di prelazione e, nella misura del ...%, i creditori chirografari,

DICHIARA

accertata la completa esecuzione del concordato preventivo proposto da ... ed omologato con sentenza di questo Tribunale in data ... e dispone l'archiviazione degli atti.

....., lì

[luogo, data]

Il Giudice Delegato

Il Cancelliere

