

N. 24/2004 R.G. FALLIMENTO



TRIBUNALE DI BRINDISI

SETTORE PROCEDURE CONCORSUALI

FALLIMENTO “OMISSIS & C. S.A.S.”

IL GD

L'istante ha fatto istanza di poter modificare le condizioni del concordato, successivamente alla sua omologa e alla sua parziale attuazione. Ciò per la necessità di reperire nuove risorse necessarie per l'attuazione delle obbligazioni concordatarie.

Invero, la problematica relativa all'ammissibilità della modifica dei concordati già omologati si è' aggiornata a causa delle gravi alterazioni del contesto economico indotte dall'emergenza pandemica, così come dall'incalzare di taluni macro-conflitti con effetti economici sistemici, (come quello fra Russia e Ucraina).

D'altronde, la globalizzazione e l'instaurarsi di legami significativi fra le diverse economie nazionali rendono inevitabile che ogni evento (apparentemente) geolocalizzato abbia delle conseguenze (dirette o indirette) anche al di fuori del luogo di verifica.

Ciò, per quanto l'incidenza di tali eventi, statisticamente eccezionali, non possa dirsi costante o univoca perché differenziata quantitativamente e qualitativamente a seconda dei vari settori merceologici, di volta in volta, presi in esame.

L'assenza di una regolamentazione specifica di tale profilo, specie dopo la novella (abrogatrice) del 2015¹, rende opportuno un tentativo di ricostruzione della *questio iuris*, muovendo da un assetto regolatorio lacunoso e privo di organicità al fine di verificare la possibilità di estrarre, eventualmente, i principi regolatori della materia.

1. Le soluzioni interpretative prima della novella di cui al DL 83/2015.

Invero, il problema non è nuovo nel panorama interpretativo, perché già, in passato, la Suprema Corte (Cassazione Civile n. 8575 del 2015)², alla stregua del quadro normativo allora vigente, si è espressa nel senso dell'impossibilità di modificare la proposta di concordato, anche quando l'istante si proponesse di apportare le variazioni contenutistiche³ prima del provvedimento di omologa.

Nel caso che occasionò la pronuncia, emergeva la natura meramente integrativa delle modifiche, così come la portata migliorativa delle nuove condizioni rispetto a quelle

¹ v. DECRETO-LEGGE 27 giugno 2015, n. 83, in materia di “Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria”, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

² Nel caso di specie, si discuteva dell'ammissibilità di una modifica irrituale, perché tardiva e tale era stata ritenuta dal giudice di merito, in quanto considerata meramente integrativa dell'originaria proposta, essendo contraddistinta da variazioni di natura migliorativa relative alle sole modalità esecutive; variazioni avallate, peraltro, dal commissario giudiziale che ne risultava il sostanziale “suggeritore”.

³ indifferentemente, se quantitative o qualitative

originariamente offerte, in ordine alle quali, peraltro, il commissario giudiziale aveva espresso parere favorevole.

Secondo la suddetta pronuncia, le variazioni del piano, anche laddove non comportino un mutamento della percentuale di soddisfacimento, ma solo delle modalità di attuazione del concordato, venendo a incidere sulla fattibilità economica dello stesso, avrebbero implicato sempre la necessità che i creditori ne siano adeguatamente informati prima del voto.

Dunque, l'eventuale voto favorevole del ceto creditorio, non previamente e ritualmente reso edotto, non avrebbe eliso l'illegittimità della modifica e, dunque, non avrebbe eliminato l'impedimento giuridico all'omologa giudiziale.

Inoltre, sotto il profilo del destino giuridico dell'originaria proposta di concordato, le modifiche, apportate alla stessa, nel caso di specie, risultate di portata non trascurabile e tali da implicare una trasformazione sostanziale del piano, avrebbero *“configurato una revoca della proposta originaria la quale, benché approvata dai creditori, non può essere posta a base del provvedimento di omologazione”*.

Da ciò, secondo il Supremo Consesso conseguiva che la dichiarazione d'inammissibilità delle modifiche, tardivamente apportate al piano concordatario, non avrebbe consentito, comunque, di procedere ad una valutazione della proposta nella sua formulazione originaria.

Ciò, per quanto la stessa avesse riportato il voto favorevole della maggioranza dei creditori.

Invero, la pronuncia sembra accogliere un'accezione, particolarmente estesa, di revoca tacita che, in omaggio ai principi generali, dovrebbe essere circoscritta alla ricorrenza di condotte univoche e conciliabili logicamente con la volontà di porre nel nulla la propria volontà.

La sentenza muoveva, *in primis*, da ragioni di carattere testuale e, in particolare, dalla disamina del secondo comma del previgente art. 175 della legge fall., aggiunto dall'art. 15 del d.lgs. n. 169 del 2007, che aveva introdotto l'espresso divieto di apportare modifiche alla proposta di concordato dopo l'inizio delle operazioni di voto.

Si trattava di un limite che veniva enucleato dalla norma in relazione alla proposta (v art. 175, comma 2, l.fall.), ma che non poteva non considerarsi estendibile anche nei riguardi del piano che della prima rappresenta l'indefettibile oggetto.

D'altronde, anche sul piano i creditori sono chiamati a esprimere il proprio voto, come si desumeva implicitamente dal disposto del (non più vigente) art. 179, comma 2, l fall.⁴, che permetteva la modifica della volontà espressa da parte dei creditori partecipanti alla procedura di voto, ogniqualvolta fossero stati notiziati, dal commissario, di variazioni delle condizioni di attuabilità del concordato.

⁴ secondo cui “Quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto”.

Deve, dunque, convenirsi con chi riteneva che il (soppresso) divieto di modificazione ex art. 175, comma 2, 1.fall. avesse portata di carattere generale e investisse, oltre che la proposta, anche il piano.

In via interpretativa, argomentando dal tenore formale della norma e dalla sua finalità ispirativa, si affermava che se l'esercizio di tale diritto potestativo di formulare modifiche era vietato dopo l'inizio del procedimento di voto, a maggior ragione doveva considerarsi precluso dopo l'effettiva espressione del voto da parte di ciascuno dei legittimati.

Infatti, non poteva logicamente ammettersi che l'oggetto, in relazione al quale si fosse estrinsecato il voto, potesse mutare dopo il suo concreto esercizio⁵.

A contrario e, dunque, sostenendo la libera mutabilità della proposta o del piano, avrebbe dovuto ritenersi che la stessa manifestazione di voto fosse priva della sua ideale funzione di selezione di un'opzione contenutistica, in quanto destinata, di fatto, a estrinsecarsi su un oggetto, suscettibile di mutare arbitrariamente, per diventare in tutto o in parte altro da sé.

Deve evidenziarsi come la norma⁶, successivamente abrogata⁷, avesse risolto il contrasto di opinioni precedentemente manifestatosi in dottrina ed in giurisprudenza relativamente all'individuazione del termine ultimo entro il quale la proposta di concordato potesse essere modificata.

La Cassazione, nel precedente del 2015, ebbe modo di evidenziare come le suddette variazioni, pur non comportando un mutamento della percentuale di soddisfacimento dei crediti indicata nella proposta, non potevano considerarsi indifferenti per i creditori, in quanto risultavano suscettibili d'incidere non solo sui tempi della liquidazione, ma anche sulla fruttuosità della stessa e, quindi, sulla fattibilità economica del concordato.

A giudizio della Corte, la circostanza per cui quest'ultimo aspetto fosse rimesso in via esclusiva all'apprezzamento dei creditori, avrebbe determinato l'impossibilità per il tribunale di operare qualunque controllo in sede di omologazione (cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.; Cass., Sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497; 25 settembre 2013, n. 21901).

Nondimeno, l'esenzione dal sindacato giudiziale non avrebbe implicato anche che, ai fini di un'informata e consapevole espressione del voto, i creditori non dovessero essere adeguatamente ragguagliati in ordine alle prospettive temporali ed economiche di realizzazione del piano. Ciò, tanto più che, ai fini di tale valutazione, non poteva ritenersi sufficiente la nuova relazione predisposta dal commissario giudiziale, occorrendo innanzitutto un aggiornamento di quella redatta ai sensi dell'(abrogato) art. 161, terzo comma, cod. proc. civ. dal professionista designato dalla debitrice.

Secondo la pronuncia del 2015, l'ammissibilità delle modifiche apportate alla proposta concordataria non poteva essere ricollegata neppure al secondo comma dell'(oramai abrogato)

⁵⁵Autorevole dottrina ha affermato che <<e'.....connaturato all'istituto del voto, quale manifestazione di volontà, che l'oggetto di essa sia stabile, risultando impossibile, oltre che giuridicamente inutile, l'espressione favorevole o sfavorevole rispetto ad un piano o ad una proposta che non siano più tali per essere stati gli stessi già modificati>>.

⁶ L'art. 175, comma 2, 1 fall.

⁷ Il comma fu soppresso in virtù dell'art. 3, comma 4, lett. b), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

art. 179 della legge fall., introdotto dall'art. 33, comma primo, lett. d-ter) del decreto-legge n. 83 del 2012⁸, ed invocato dalla sentenza impugnata a sostegno dell'affermata possibilità di sottoporre ai creditori, successivamente all'approvazione del concordato, modificazioni non solo migliorative, ma anche peggiorative, per far fronte all'intervenuto mutamento delle condizioni di fattibilità del piano.

La circostanza per cui le modifiche in questione fossero state apportate per venire incontro alle osservazioni contenute nella relazione del commissario giudiziale non avrebbe consentito, infatti, di ricondurne la formulazione ad un'iniziativa di quest'ultimo, come previsto dalla norma citata.

Tal ultima, peraltro, nell'affidare al commissario il compito di rilevare eventuali mutamenti nelle condizioni di fattibilità del piano, presuppone il verificarsi di eventi, estranei alla volontà del debitore e sopravvenuti all'approvazione del concordato, idonei ad impedirne il corretto adempimento ed esclude, pertanto, che la predetta iniziativa possa essere assunta al fine di porre tardivamente rimedio a carenze originarie della proposta (cfr. Cass., sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.)⁹.

1.1. Le obiezioni critiche alla posizione di chiusura della Suprema Corte

Dopo l'arresto del 2015, in via interpretativa, si era evidenziato come il dato normativo e l'apparente perentorietà del dato testuale, non potessero giustificare un'indiscriminata chiusura a modificazioni migliorative.

Modificazioni *in bonam partem* che erano evidentemente rivolte a rendere più solida la fattibilità o convenienza del piano in prospettiva di possibili opposizioni da parte di creditori dissenzienti e, quindi, di una possibile valutazione sul punto da parte del Tribunale in sede di omologazione.

D'altronde, sotto il profilo statistico, le integrazioni della proposta, di norma, vengono, di norma, formulate a seguito di scostamenti peggiorativi rispetto alle originarie previsioni di piano, tali da mettere in pericolo l'attuabilità della proposta approvata dai creditori.

A tal riguardo, si evidenziava come la disposizione del (previgente) art. 179, secondo comma, l.fall. consentisse una sorta di "riapertura" della votazione in conseguenza di sopravvenienze sfavorevoli, nella prospettiva dei creditori, idonee, quindi, a modificare le determinazioni già assunte sulla base delle precedenti informazioni acquisite.

Orbene, se il voto può essere "riaperto", essendo consentito ai creditori di modificarlo, doveva essere consentito al debitore di modificare ed integrare la proposta o il piano, al fine di indurre i creditori a non modificare, per l'appunto, il voto già espresso.

⁸ L'art. 179 l. fall., al comma secondo, prevede che "Quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto".

⁹ destinatari dell'avviso previsto dall'art. 179, secondo comma, sono d'altronde i creditori, rispondendo la segnalazione alla finalità di consentire non già al debitore di apportare alla proposta le modifiche necessarie per ottenere il voto favorevole dei creditori, ma a questi ultimi di costituirsi nel giudizio di omologazione, per modificare il voto precedentemente espresso.

Anche sotto questo profilo, quindi, la motivazione della Cassazione non era considerata persuasiva.

In dottrina, si evidenziava come le conclusioni cui era pervenuta la pronuncia fossero nel loro rigore, difficilmente giustificabili. Ciò, in considerazione del fatto che, nell'interpretazione e applicazione delle norme in tema di concordato preventivo, doveva, comunque, prevalere il perseguimento, in omaggio al criterio esegetico c.d. teleologico, dell'interesse dei creditori intervenuti.

Inoltre, si affermava che “i piani concordatari costituiscono progetti economici di soluzione della crisi di impresa che, inserendosi in una realtà naturalmente destinata ad evolversi, spesso imprevedibilmente”, sono soggetti fisiologicamente a degli assestamenti contenutistici.

Dunque, la stessa mutevolezza delle coordinate economiche, finanziarie e storiche, che costituiscono i presupposti del piano, avrebbe reso naturale il riconoscimento all'imprenditore di uno speciale *ius variandi*.

A tal riguardo, si evocava la categoria della <<naturale modificabilità del piano concordatario>> che costituiva il corollario logico del fatto che le variabili in gioco tendevano naturalmente a variare, specie in presenza di procedure giudiziali di ammissione e omologa, spesso, discostantisi, significativamente, da quel limite temporale di nove mesi (prorogabili dal Tribunale una sola volta per sessanta giorni), decorrenti dal deposito del ricorso, entro cui dovrebbe intervenire l'omologazione (v. previgente art. 181 l.f.¹⁰).

D'altronde, la norma non recava un'espressa comminatoria di decadenza dal relativo potere giudiziale, né la sua inosservanza è stata ricostruita, in via interpretativa, come idonea a impedire l'omologa.

Inoltre, in disarmonia con la posizione della Suprema Corte, si riteneva, condivisibilmente, che, al di fuori dell'ambito operativo della norma, si riespandesse, nella sua forza espansiva, il principio generale della <<naturale>> modificabilità della proposta e del piano e ciò in virtù del disposto del (previgente) art. 161, comma 3, l.fall..

D'altronde, anche prima della novella abrogatrice del 2015, l'art. 161, comma 3, l.fall., sembrava presupporre concettualmente tale potere di modifica.

Infatti, la suddetta disposizione¹¹ prescriveva, a livello procedurale, che le modifiche sostanziali alla proposta e al piano dovessero essere accompagnate e supportate dalla presentazione di una relazione integrativa sotto il profilo della veridicità e della fattibilità.

E non avrebbe senso tale previsione volta a <<proceduralizzare>> lo *ius variandi* dell'impresa, se tale facoltà non esistesse.

A tal riguardo, si deve convenire con quanti ritengono che la norma in questione costituisca un'ipotesi paradigmatica della utilità di un'interpretazione “sistematica”, che guardi al

¹⁰ L'art. 181 l. fall. prevede che “La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180. L'omologazione deve intervenire nel termine di nove mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni”.

¹¹ L'art. 161 l. fall., comma terzo, prevede che “Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano”.

contesto di inserimento della singola norma, ai fini della ricostruzione dei principi regolativi della materia.

Peraltro, in via interpretativa¹², si è posto il problema dell'esatta perimetrazione di una norma dai contenuti estremamente vaghi, non essendo chiaro se la preclusione esistesse per ogni variazione quantitativa o qualitativa oppure, in alternativa, se l'aggettivo utilizzato comportasse una selezione normativa, perché operata *ex lege*, fra modifiche contenutistiche marginali e modifiche di carattere apprezzabile, tali da incidere sull'impianto complessivo del piano¹³.

Volendo, invece, mutuare gli schemi classificatori propri del giudizio di cognizione ed, in particolare, gli elementi distintivi delle domande nuove dalla mera *emendatio*, non potrebbe non aversi riguardo all'evoluzione interpretativa che, figlia di un approccio di tipo sostanziale di cui è chiara la matrice comunitaria, ha stravolto il concetto di domanda nuova, inverando una vera e propria rivoluzione copernicana rispetto agli schemi classificatori tradizionali.

Secondo tale nuova impostazione ricostruttiva, la domanda nuova sarebbe configurabile non in forza della mera modifica del *petitum* iniziale, ma solo al darsi della richiesta di un nuovo bene della vita, diverso da quello posto a fondamento dell'iniziale domanda¹⁴.

¹² Per taluna dottrina, modifiche di carattere sostanziale sarebbero, per quanto concerne il piano, l'eventuale passaggio dalla continuità aziendale alla cessione dell'azienda o, ancora, alla sua liquidazione puntiforme; la previsione dell'apporto di finanza ad opera di soggetti o dell'intervento di un assuntore; per quanto riguarda, invece, la proposta, gli stessi A. menzionano la previsione o la soppressione della divisione in classi; la previsione apprezzabile delle percentuali di soddisfazione per i creditori.

¹³¹³A titolo esemplificativo, si è affermato che *nuova proposta* sarebbe <<quella del tutto innovativa rispetto alla precedente, tale da comportare un nuovo giudizio di ammissibilità>>, laddove la *modifica della proposta* <<si limiterebbe ad apportare soltanto alcune integrazioni o correzioni che non trasformano sostanzialmente il piano concordatario, non incidendo - di regola - sull'entità e sulle modalità di soddisfacimento dei crediti>>.

¹⁴ Secondo le Sezioni Unite, con la modifica della domanda "*l'attore, implicitamente rinunciando alla precedente domanda (...) mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio*".

Tale modifica, abilitata dall'ordinamento, non può essere integrata da una mera variazione, incidente su aspetti secondari della domanda inizialmente proposta oppure dalla mera mutata qualificazione giuridica dei fatti dedotti processualmente. Infatti, così ritenendo, si violerebbe il testo così come la *ratio* ispirativa della norma, in contrasto con il principio di conservazione degli atti processuali nonché la correlata esigenza di ragionevole durata del processo. Ciò, con pregiudizio della vicenda "*sostanziale ed esistenziale*", venendo il giudice investito della cognizione del bene della vita in modo atomistico.

Infatti, "*ridurre la modificazione ammessa (dall'art. 183 c.p.c.) ad una sorta di precisazione o addirittura di mera diversa qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto significherebbe (...) costringere la parte che abbia meglio messo a fuoco il proprio interesse e i propri intendimenti in relazione ad una determinata vicenda sostanziale (...) a rinunciare alla domanda già proposta per proporre una nuova in un altro processo (...) ovvero a continuare il processo perseguendo un risultato non perfettamente rispondente ai propri desideri ed interessi, per poi eventualmente proporre una nuova domanda (...) dinanzi ad un altro giudice*".

Per contro, secondo il Supremo Consesso, la modifica della domanda dovrebbe essere consentita in modo più elastico potendo "*riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (petitum e causa petendi)*".

Ciò, con l'unico limite dato, sul piano oggettivo, dalla necessità per l'attore di rimanere nell'ambito dei confini del bene della vita agognato, senza esondare nella ricerca di un altro e diverso bene.

Per contro, sotto il versante soggettivo, deve essere osservata l'originaria identità delle parti, con conseguente impossibilità di evocazione in giudizio di terzi soggetti.

Duplici limiti che risulta posto a tutela dell'affidamento riposto dalla controparte nell'iniziale assetto del *thema decidendum* e nell'interesse a che tale assetto non subisca modificazioni, mediante richieste, volte a sorprenderla, neutralizzandone le strategie difensive.

Invero, se si considera la modifica della proposta concordataria, non in una logica pubblicista-processuale, ma meramente negoziale, ricostruendo la proposta quale se e' indubbio che ogni riferimento alla suddetta problematica diviene di scarsa utilità ai fini della ricostruzione dei principi della materia.

Prescindendo dall'esatta decodificazione del lessico legislativo della norma fallimentare, si e' posto il problema se un' eventuale modifica sostanziale implichi la sottoposizione o meno ad una nuova valutazione di ammissibilità al concordato ex art. 163 l.fall.(abrogato dal CCI)¹⁵.

Deve convenirsi con la tesi negativa, essendo la fase dell'ammissibilità fondata su una valutazione dei presupposti (oggettivi e soggettivi) richiesti per l'accesso alla procedura che hanno natura "strutturale" e che, dunque, sono destinati a rimanere invariati nel corso della procedura¹⁶, anche perché legati ai valori dimensionali e di indebitamento relativi all'ultimo triennio dalla presentazione dell'originaria istanza. Tali requisiti, data l'unicità della fonte, sono, per l'appunto, cristallizzati dai bilanci ritualmente approvati e depositati.

D'altronde, a contrario e, dunque, ritenendo necessaria una nuova valutazione di ammissibilità, si dovrebbe ipotizzare un aggravio procedimentale, non supportato da una specifica previsione, né imposto dai principi logici o da un'interpretazione di tipo sistematico in materia¹⁷.

A diverse conclusioni, probabilmente, si potrebbe pervenire alla luce del nuovo Codice della Crisi, dal momento che il comma 1 dell'articolo 84 CCI prevede, in via aggiuntiva, quale requisito di ammissibilità, ai fini del concordato con continuità, la previsione da parte del piano del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale¹⁸.

Nuovi requisiti di ammissibilità sono previsti per quanto concerne il concordato liquidatorio richiedendosi delle soglie minime di soddisfacimento, a garanzia del ceto creditorio, da

D'altronde, "se l'eventuale modifica avviene sempre in riferimento e connessione alla medesima ed originaria vicenda sostanziale, la controparte sa che una simile modifica potrebbe intervenire a norma della disciplina processuale vigente" e, dunque, non e' legittimata ad opporvisi, rifiutando il contraddittorio.

E' indubbia la portata eversiva della sentenza, in quanto in totale contrasto con la dogmatica processualistica sedimentatasi fino alla sua pronuncia, anche se in linea con la mutata sensibilità giuridica ed, in particolare, con la diversità delle coordinate interpretative costituzionali e, soprattutto, sovranazionali.

¹⁵ A tal riguardo, giova ricordare come lo schema procedurale tipico della vicenda concordataria si snodi secondo la seguente successione logica: deposito della domanda- ammissione – votazione da parte del ceto creditorio - omologa.

¹⁶ Si pensi ai requisiti soggettivo, ovvero l'essere l'imprenditore commerciali non "sotto soglia" e oggettivo, essendo l'accesso al concordato preventivo consentito al solo imprenditore che si trovi in stato di crisi ovvero insolvenza definito dall'articolo 2.

¹⁷ Sono di quest'avviso: App. Torino 14 luglio 2010, cit.; Trib. Pescara 16 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 1212; Trib. Palermo 18 maggio 2007, 75; Trib. Ancona 13 ottobre 2005.

¹⁸ Il comma 1 dell'articolo 84 CCI prevede che "1.L'imprenditore di cui all'articolo 121, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi, sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'articolo 87, il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assuntore o in qualsiasi altra forma. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate. È fatto salvo il disposto dell'articolo 296.

soddisfarsi, necessariamente, per il mezzo di finanze esterne, ovvero di soggetti terzi, diversi dall'imprenditore individuale o collettivo¹⁹.

E' chiaro che tale ordine di verifica non può non essere svolto, di volta in volta, con riguardo alla singola proposta.

In ogni caso, deve ritenersi che, anche a voler ritenere necessaria una nuova valutazione, sia alla stregua del nuovo dato normativo, sia nella vigenza della disciplina del '42, la stessa possa avvenire anche in sede di omologa. Ciò così da evitare l'evidenziato allungamento procedurale.

La suesposta oscillazione interpretativa, ingenerata dalla genericità del dato normativo della abrogata norma fallimentare, non faceva che complicare e aggravare i problemi ricostruttivi²⁰.

In particolare, in contrasto con le conclusioni della Corte nel 2015, si affermava che una modifica in senso migliorativo della proposta o del piano già approvati dai creditori non avrebbe dovuto razionalmente condurre al rigetto dell'omologazione.

D'altronde, il principio di ragionevolezza costituisce parametro esegetico imprescindibile, secondario solo a quello che impone la fedeltà ad un dato letterale che sia univoco.

Esso rappresenta declinazione del correlato principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., la conformità al quale rappresenta parametro ai fini del vaglio della costituzionalità delle norme ordinarie sostanziali e processuali²¹.

D'altronde, a fronte dell'indubbio dinamismo interpretativo indotto dal principio *de quo*, e' innegabile la indispensabilità di tale categoria: ragionevole e' qualunque opzione esegetica sia idonea a realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco, imponendo un sacrificio non sproporzionato agli interessi in gioco.

Il principio di ragionevolezza e', peraltro, ispiratore costante dell'attività esegetica proprio in materia probatoria come dimostra il già menzionato approdo delle Sezioni Unite, n. 13533 del

¹⁹ L'articolo 84 CCI prevede che, rispettivamente: "4. Nel concordato con liquidazione del patrimonio la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo. Le risorse esterne possono essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile purché sia rispettato il requisito del 20 per cento. Si considerano esterne le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

5. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente. La quota residua del credito è trattata come credito chirografario".

²⁰ A tal riguardo, si e' evidenziato come <<non sono di aiuto i criteri, anch'essi peraltro non sempre univoci, che la giurisprudenza ha nel tempo identificato per stabilire il discrimine tra domande "nuove" e mera *mutatio libelli*, perché anche dal punto di vista processuale la domanda di concordato è inevitabilmente unica⁽⁵⁾ e fondata sulla prospettazione di un piano ed una proposta postulati come idonei a definire la crisi, le cui modifiche, pur potenzialmente assai ampie⁽⁶⁾, mantengono la medesima *causa petendi* ed afferiscono sempre all'ambito della

²¹ Proprio di recente, autorevole dottrina ha affermato che "l'attuale controllo di costituzionalità è totalmente pervaso dal metodo della ragionevolezza: è un controllo di ragionevolezza" e vi e' stato chi stigmatizzando il ricorso a tale parametro, ha affermato che "la giurisprudenza sulla ragionevolezza appare ormai del tutto ingovernabile, in quanto si è negli anni trasformata in una sorta di valutazione circa la ingiustizia della legge o che trattasi di una nozione "inafferrabile nel suo contenuto".

2001, che rinviene il proprio fulcro nel criterio, chiaramente ispirato al principio di ragionevolezza, della vicinanza alla fonte della prova come criterio di distribuzione e selezione dell'onere della prova in relazione alle parti del rapporto contrattuale.

In ciò e' evidente la stretta connessione tra ragionevolezza e equità cui, senza dubbio, nell'attuale assetto ordinamentale e interpretativo, devono riconoscersi spazi operativi ben più ampi di quelli consegnati dalla tradizione giuridica e che vedevano l'equità confinata alle ipotesi in cui il legislatore consentisse espressamente il ricorso ad essa (c.d. equità *secundum legem*)²².

Inoltre, la Suprema Corte, nel 2015, si è pronunciata negativamente sotto la vigenza dell'articolo 175, comma secondo, della Legge fallimentare nella formulazione del testo previgente.

Il comma secondo dell'art. 175 LF è stato, però, soppresso dal DL 83/2015.

2. Le soluzioni interpretative anteriori e successive alla novella del 2015

2.1 La precedente sentenza Cass. 18 giugno 1992, n. 7557.

Del resto nel senso di una soluzione esegetica che preservasse la tenuta in termini di ragionevolezza dell'impianto normativo, si era già espressa la stessa Corte di cassazione con la sentenza 18 giugno 1992, n. 7557.

La sentenza (cronologicamente anteriore a quella del 2015) muoveva da considerazioni del tutto diverse da quelle che verranno poste dalla Corte, a fondamento della tesi <<negativa>> e aveva motivato nel senso che la modificabilità della proposta (in precedenza non prevista) era stata riconosciuta dalla riforma del 2007²³, ma con il limite temporale legato all'inizio delle operazioni di voto. In tale occasione, la Cassazione aveva ritenuto che tale limite rispondesse *“al fine di evitare che il calcolo delle maggioranze si fondi su voti espressi in riferimento ad un piano diverso”*.

Tale pronuncia piuttosto risalente riconobbe al debitore ammesso al concordato preventivo la facoltà di offrire, anche dopo l'adunanza dei creditori e nel corso del giudizio di omologazione, un miglioramento delle condizioni previste dalla proposta già approvata, e segnatamente un incremento della percentuale di pagamento dei crediti chirografari, affermando che tale modifica, avente carattere integrativo, doveva ritenersi ammissibile, traducendosi in un cospicuo vantaggio per i creditori chirografari, ove non avesse inciso sui

²² Ragionevolezza e equità sono clausole generali che consentono all'ordinamento – unitamente ai principi personalistico e solidaristico ex art. 2 Cost. - di adattarsi alla molteplicità e novità delle istanze di tutela, provenienti dal corpo sociale così come dal tessuto costituzionale, smussando il rigore del diritto positivo e assicurandone la tenuta costituzionale. Oppure, più semplicemente, come nel caso di specie, assicurano un equilibrato bilanciamento fra valori confliggenti, individuando, di volta in volta, modalità di composizione adeguate alla fattispecie di cui si impongono la definizione giudiziale.

²³ Nella relazione illustrativa al decreto legislativo 12 Settembre 2007, n. 169, recante modifiche al Titolo III, Capo III, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, al decreto legislativo, si precisa che il comma 2 dell'art. 14 si inserisce nell'art. 175 del r.d., dopo il primo comma, un nuovo comma, secondo cui la proposta di concordato non può più essere modificata una volta avute inizio le operazioni di voto.

Ciò, allo scopo di evitare iniziative dell'imprenditore di carattere strumentale e contrarie al principio di correttezza in grado di allungare i tempi di definizione della procedura.

tempi e le modalità di pagamento, né alterato la proposta nei confronti degli altri creditori (cfr. Cass., Sez. 1, 18 giugno 1992, n. 7557).

A queste conclusioni la Corte pervenne attraverso una valorizzazione, da un parte, del potere dispositivo delle parti, il quale avrebbe patito un'ingiustificata limitazione ove la sorte del concordato fosse rimasta ancorata alla proposta iniziale; dall'altra, del requisito della convenienza per il ceto creditorio. La valutazione dello stesso, ai sensi dell'art. 181, primo comma, n. 1 della legge fall, (nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dal decreto - legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80), avrebbe dovuto ritenersi determinante per il conseguimento delle finalità assegnate all'istituto.

Sotto il primo profilo, d'altronde, sono indubbi i sempre maggiori spazi riconosciuti dal legislatore così come dalla giurisprudenza di legittimità all'estrinsecarsi dell'autonomia negoziale²⁴, al punto da portare taluni interpreti a esprimersi in termini di "nuovi confini della negoziabilità"²⁵. Ciò in virtù, soprattutto, del riconosciuto – seppur indiretto - fondamento costituzionale dell'autonomia privata che sarebbe individuabile nell'art. 41 Cost. posto a salvaguardia a tutela dell'iniziativa economica privata.

Il secondo comma prevede che l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Tali considerazioni avrebbero dovuto assumere un valore ancor più pregnante alla luce delle modificazioni introdotte nella disciplina del concordato preventivo, nel primo decennio del 2000, che, in quanto volte ad accentuare i profili contrattuali dell'istituto e a rimettere in via esclusiva ai creditori l'apprezzamento in ordine alla convenienza della proposta avanzata dal debitore, avrebbero dovuto far propendere per un ampliamento della facoltà di modifica riconosciuta a quest'ultimo.

Invero, la pronuncia del 2015 aveva avuto cura di specificare le ragioni logiche che l'avevano spinta a discostarsi dal risalente precedente, evidenziando come il legislatore nel riconoscere espressamente tale facoltà, ne avesse rigorosamente limitato l'ambito temporale di esercizio alla fase anteriore all'inizio delle operazioni di voto, senza distinguere tra modifiche migliorative e peggiorative. Ciò, essenzialmente al fine di evitare che il calcolo delle maggioranze si fondasse su voti espressi in riferimento ad un piano diverso da quello destinato ad essere effettivamente eseguito.

²⁴ In virtù della teorica giusnaturalistica⁸, l'autonomia privata, quale potere di autodeterminazione del soggetto in relazione alla propria sfera giuridica, sarebbe stata, di per sé, produttiva di effetti giuridici, laddove secondo la logica positivista, l'autonomia potrebbe estrinsecarsi solo per effetto di norme che ne attribuiscono la titolarità ai consociati, modulandone i contenuti e i confini.

²⁵ Secondo autorevole dottrina, "uno degli strumenti principe dell'autonomia è il negozio". È stato evidenziato come l'autonomia negoziale sia oggi sempre più pervasiva al di fuori del suo ambito naturale di estrinsecazione, ovvero la materia contrattuale, come, ad esempio, in materia familiare o processuale. Ciò, per quanto tale tendenza sia caratterizzata da un movimento di segno inverso per quanto concerne la forma che deve rivestire la volontà dei privati in forza del c.d. neoformalismo negoziale c.d. di protezione, di derivazione comunitaria. L'ordinamento euronitario prescrive, infatti, una pluralità di oneri formali preordinati alla tutela del consumatore.

Peraltro, in relazione alla previgente disposizione, lo stesso giudice di legittimità, in occasione di altre pronunce, e' intervenuto al fine di limitare la portata precettiva del divieto normativo, ancorando la sua operatività al ricorrere di una modifica sostanziale e effettiva della proposta, perché idonea a incidere sul grado di soddisfacimento dei creditori, arrecando loro un pregiudizio concreto rispetto alle condizioni inizialmente assentite.

In tal senso, giova richiamare Cassazione civile sez. I, 22/07/2022, n.22988 secondo cui *“Le modifiche alla proposta di concordato integrano una nuova proposta quando: i) mutano la natura dell'accordo proposto ai creditori (o meglio, cambiano la logica di superamento della situazione di crisi o di insolvenza nella quale versa la società), tanto da rendere necessario un nuovo controllo di ammissibilità da parte del tribunale, una rinnovazione dell'attività di valutazione dell'attestatore, una nuova votazione da parte dei creditori, i quali, alla luce delle modifiche introdotte, non possono più fare affidamento sull'assetto originario, per essere cambiate le caratteristiche fondamentali della proposta; ii) in aggiunta o in alternativa a quanto appena detto, laddove mutano elementi della proposta che vanno ad incidere sull'impianto "satisfattorio" del ceto creditorio, quali, inter alia: il numero e la composizione delle classi, la percentuale riconosciuta ai chirografari, la previsione di nuova finanza”*.

Dunque, secondo la Suprema Corte, la modifica della proposta, peraltro, pure laddove non assurga a vera e propria nuova proposta, deve comunque riguardare, per essere rilevante ai fini della L. Fall., art. 175, comma 2, elementi della stessa tali da alterare significativamente la sostanziale coincidenza, propria di ogni stipulazione negoziale, tra proposta originaria e sua accettazione. Si vuol dire, cioè, che quella disposizione, lungi dal doversi intendere riferita ad un qualsivoglia mutamento, magari di carattere assolutamente insignificante, della proposta originaria, deve trovare applicazione in presenza di una modifica che, concretamente, pregiudichi la valutazione (quanto alla convenienza economica, ai suoi rischi, alla sua possibilità di successo) già effettuata dai creditori approvando la proposta ed il piano ad essa relativo.

Si tratta di un approccio coerente con quel principio di ragionevolezza, che, come già evidenziato, rappresenta declinazione del correlato principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., la conformità al quale rappresenta parametro ai fini del vaglio della costituzionalità delle norme ordinarie sostanziali e processuali, nonché' imprescindibile criterio esegetico.

3. La riflessione indotta dalla crisi pandemica: la relazione tematica elaborata dalla Cassazione in data 8 Luglio 2020

Si e' posto il problema della possibilità di modifica del concordato anche in un momento successivo all'omologazione e, quindi, una volta che l'accordo tra il proponente e i creditori si sia chiuso con il controllo omologatorio del tribunale. In relazione a tale profilo, vista l'importanza della questione, si è espressa la relazione tematica emanata dalla Cassazione in data 8 Luglio 2020, al numero 56. In proposito il Giudice di legittimità ha ,fissato i seguenti punti: 1) le modifiche del piano concordatario devono seguire come criterio solo il soddisfacimento dei creditori nell'ottica della massima valorizzazione del patrimonio del debitore;

2) il primo limite alla modificabilità consiste nel “mantenimento della consistenza economica della proposta effettuata e delle percentuali accluse”,
 3) il secondo limite consiste nella conservazione del profilo di rischio di impresa e del core business.

La relazione della Suprema Corte prosegue rilevando che, omologato il concordato, le uniche azioni proponibili contro lo stesso, in base alla Legge Fallimentare, parrebbero essere la risoluzione e l'annullamento.

Quindi, in riferimento ad altre possibili impugnative – muovendo dalla constatazione che il concordato ha natura contrattuale – la relazione ritiene applicabile al concordato i normali rimedi contrattuali previsti nel codice civile dalle norme sul contratto in generale così come da quelle che disciplinano l'adempimento delle obbligazioni. In armonia con i suddetti presupposti concettuali, ritenuta la natura di evento straordinario ed imprevedibile dell'evento pandemico, ha prospettato l'applicabilità alla fattispecie in esame della normativa prevista per l'eccessiva onerosità sopravvenuta e, in particolare, l'articolo 1467²⁶ del codice civile unitamente all'articolo 1256 in tema di adempimento dell'obbligazione, norma quest'ultima che riguarda la causa di forza maggiore. Muovendo, perciò, da queste due norme e tendendo conto della sopravvenuta impossibilità ad adempiere gravante sul debitore per causa allo stesso non imputabile, sarebbe possibile predicare la risolubilità del contratto. E' chiaro che tale soluzione presuppone che sia stato superato quello che può dirsi un limite tradizionale all'operare dell'impossibilità non imputabile, quale causa estintiva, ovvero la non estinguibilità delle obbligazioni pecuniarie, in quanto appartenenti alla categoria delle obbligazioni generiche.

Invero, già prima di tale riflessione, l'assolutezza del principio *genus numquam perit* era stato posto in crisi da chi sosteneva la necessità che la diligenza²⁷ cui è tenuta il debitore dovesse essere ricostruita avuto riguardo alle peculiari circostanze del caso di specie, nonché al contenuto del titolo fondativo dell'obbligazione.

La relazione stessa riconosce, inoltre, al debitore, "vittima" di eventi pregiudizievoli, la possibilità di ottenere la rimodulazione della prestazione contrattuale divenuta inesigibile. Pertanto, secondo la Suprema Corte, nell'ambito dei limiti sopra evidenziati (mantenimento della consistenza economica della proposta e conservazione del profilo di rischio di impresa e del core business) la proposta concordataria può essere modificata dilatando i termini di adempimento secondo le esigenze finanziarie dovute al lockdown. In definitiva, la Cassazione ritiene applicabile a tale fattispecie il disposto dell'articolo 1467, ultimo comma codice civile, che permette di modificare equamente il contratto per ricondurlo ad equità in funzione del recupero del valore impresa che, peraltro, ha valenza costituzionale e non certo per sottrarsi agli impegni assunti.

²⁶ Rimedio che secondo autorevole Dottrina potrebbe essere esercitato anche sul piano stragiudiziale e non richiederebbe necessariamente la proposizione di una domanda giudiziale, necessaria nella sola ipotesi in cui, esercitato il diritto sul piano sostanziale, la controparte ne contesti la conformità alla fattispecie tipica

²⁷ La diligenza intesa quale misura dello sforzo dovuto e non quale criterio di imputazione dell'adempimento.

In tal modo, ha ritenuto che “in presenza di variazioni del piano funzionali alla realizzazione del risultato programmato del superamento della crisi, non sia necessario ripetere l’itinerario processuale concordatario”, il tutto purchè avvenga nel rispetto dei limiti sopra detti. La relazione continua affermando che, pur a fronte della straordinarietà dell’evento, non sarebbe, comunque, possibile trasformare un concordato in continuità in concordato liquidatorio e che, tutte le volte che si vada ad alterare la garanzia patrimoniale generica, s’imporrebbe un vero e proprio rinnovo dell’iter concordatario. Quest’ultima affermazione appare all’interprete di fondamentale importanza, perché nell’ipotesi in cui si voglia attuare un’operazione di fusione – non prevista nel piano – in cui risulti coinvolta la società in concordato, stante il disposto dell’articolo 2504 bis primo comma codice civile, bisognerà – secondo quanto detto dalla Cassazione – ripetere l’iter concordatario. Considerazioni pressochè analoghe potranno effettuarsi qualora si voglia realizzare una scissione – non prevista nel piano – di una società in concordato . In definitiva, la relazione esposta dall’Ufficio del massimario della Cassazione evidenzia la fungibilità del mezzo con cui il debitore si procura la provvista al fine di pagare i creditori concordatari.

L’impostazione abbracciata dalla relazione 56/2020 della Cassazione è stata condivisa anche in dottrina.

4.La modifica (pattizia) delle condizioni concordatarie al di fuori della crisi pandemica

Premessa l’ammissibilità di una modifica, anche unilaterale, post omologa per i concordati sulla cui esecuzione abbia inciso la crisi pandemica, si pone il problema di sondare tale possibilità, quale ordinaria modalità di “gestione” dell’esecuzione del concordato, ogniqualvolta si manifestino interessi meritevoli di tutela²⁸, come la ricerca di una più agevole o veloce attuazione delle obbligazioni concordatarie.

²⁸ Pur a seguito del travagliato percorso interpretativo, deve ritenersi che il cd. “giudizio di meritevolezza” previsto dall’art. 1322, comma 2, c.c., non si risolva in una prospettiva statica, come doppiamente del controllo di legittimità dell’operazione negoziale, ma presupponga la ricerca della preordinazione della stessa - che deve essere, comunque, conforme agli standard di legalità - al perseguimento di una “funzionalità” sociale o, come affermato da consolidata giurisprudenza di legittimità, anche solo del singolo o delle parti contraenti.

Ciò, muovendo in ogni caso dalla disamina della causa, nel primo caso (necessariamente) corrispondente agli schemi tipici, già individuati dal legislatore che si sarebbe preoccupata di predeterminarne le modalità di realizzazione.

L'autorevole opinione espressa dal giudice della nomofilachia ancora la variazione ad una modifica significativa del quadro fattuale ed economico, se non addirittura all'eccezionalità degli eventi socio-economici che abbiano inciso sulla concreta attuazione del piano concordatario, spiegando la propria efficacia eziologica in relazione alle previste modalità di esecuzione.

Ciò al fine di giustificare la pretesa, declinabile quale diritto soggettivo potestativo, a conseguire una modifica delle condizioni concordatarie.

Tale ricostruzione evoca quella tesi dottrinale che, perorando una facoltà di modifica più elastica da quella ritenuta ammissibile dalla Cassazione, evoca la necessità che, dopo il deposito dell'iniziale proposta, siano sopraggiunte modifiche oggettive delle condizioni fattuali e giuridiche che abbiano connotato il contesto storico in cui è maturata la proposta.

Tale teorica, enucleata prima della modifica del 2015, consisteva, per l'appunto, nell'assunto per cui piano e proposta sarebbero stati suscettibili di modifica durante il procedimento concordatario (art. 161, comma 3, l.fall.).

Ciò, senza che l'esercizio di tale facoltà incontrasse limiti (contenutistici) di sorta fino al momento dell'inizio delle operazioni di voto, ma con il solo vincolo procedimentale della fissazione di una nuova adunanza, qualora fosse stata necessaria la predisposizione di una nuova relazione ad opera del commissario giudiziale in virtù del generale potere di monitoraggio e informativa ex art. 172 l.fall..

Dopo l'ultimazione delle operazioni di voto l'esercizio dello ius variandi sarebbe stato ammissibile solo se fondato su sopravvenienze significative, anche non riconducibili eziologicamente, a eventi (storicamente e statisticamente) eccezionali (arg. ex art. 179, comma 2, l.fall. e 186, ult. comma, l.fall.).

Ciò, a condizione, altresì, che tali sopravvenienze non fossero state riconducibili eziologicamente a scelte deliberate o volontarie dell'imprenditore o, comunque, a condotte di carattere colposo, essendo indifferente la configurazione di una colpa generica - perché poste in essere per negligenza o imperizia - o specifica.

D'altronde, la oramai vetusta ricostruzione della causa quale "funzione economico-sociale", trova riscontro anche nella Relazione al codice civile del 1942. La causa avrebbe dovuto consentire di controllare se il risultato avuto di mira dalle parti sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico. Ciò, perché l'ordinamento giuridico non riconosce tutela al «mero capriccio individuale» ma a «funzioni utili» che abbiano una «rilevanza sociale» e, come tali, meritevoli. Da notare, come gli approdi giurisprudenziali più recenti abbia sostenuto la necessità che gli interessi in concreto perseguiti dalle parti consentano un "giudizio di compatibilità" con i principi costituzionali.

Dunque, la causa sarebbe immeritevole di tutela allorché l'interesse perseguito non sia coerente con le disposizioni puntuali e con i principi della Costituzione. Limite all'autonomia negoziale che non deve essere confuso con la necessità che l'operazione economica negoziale promuova necessariamente i valori costituzionali. Adottando tale secondo approccio, gli spazi operativi dell'autonomia ne sarebbero fortemente mortificati.

D'altronde, è evidente come la non incostituzionalità di un contratto o di un negozio non è altro che una particolare gradazione del mero giudizio di legalità. Per contro, a fronte di tali plurimi ricostruttivi, deve ritenersi che la meritevolezza debba essere declinata come preordinazione alla tutela di un interesse anche solo di una delle parti, non necessariamente di rilievo costituzionale, ma, in ogni caso, serio e non strumentale, né velleitario o capriccioso.

E' evidente la derivazione genetica di tale ricostruzione dal principio generale di autoresponsabilità²⁹ che, corollario dei principi equitativi e di ragionevolezza, costituisce limite logico alla possibilità per un soggetto di riversare su terzi le conseguenze dannose del proprio agire o, comunque, di rimanere indenne dalle stesse.

Tale possibilità di modifica viene ritenuta ammissibile anche in presenza di un concordato preventivo che non avesse registrato l'adesione della maggioranza ma avesse ricevuto voto sfavorevole.

Ciò fin quando non fosse intervenuta la chiusura del procedimento concordatario che segna il limite logico prima che giuridico di ogni possibilità di variazione contenutistica.

Anche secondo tale (più elastica) opzione ricostruttiva quello dell'imprenditore sarebbe un diritto soggettivo "condizionato" alla revisione che supererebbe l'eventuale dissenso del ceto creditorio, imponendo ad esso di soggiacere ad un allungamento dei tempi di soddisfazione.

Non e' peregrino, al riguardo, richiamare quella clausola riassumibile dall'espressione "*rebus sic stantibus*" che e' alla base della possibilità di richiedere una modifica giudiziale delle condizioni di separazione, così come in relazione all'ordinamento internazionale, della facoltà di recedere degli impegni assunti dallo Stato con altri soggetti del diritto internazionale³⁰.

Nondimeno, proprio in applicazione dei principi conformativi dell'autonomia negoziale, deve ritenersi che, anche al di fuori del suddetto presupposto (modifica oggettiva del quadro fattuale che ha presieduto al perfezionamento dell'accordo con i creditori), venga in rilievo, per l'appunto, una generale possibilità di modifica, in via pattizia, dunque, con l'assenso dei creditori, delle condizioni concordatarie.

Ciò purchè tale variazione sia funzionale al perseguimento di un interesse meritevole di tutela, secondo lo schema procedurale tipico di esercizio della libertà di autodeterminazione negoziale ex art. 1322 c.c., comma 2.

Verifica da effettuarsi autoritativamente in sede di omologa.

E' chiaro che, disancorato dal presupposto della ricorrenza di un mutamento significativo delle coordinate economiche o produttive o sociali, la modifica delle condizioni concordatarie non potrà prescindere dalla ricerca del consenso dei creditori ammessi alla procedura.

Al più si pone il problema dell'eventuale sufficienza delle maggioranze previste in sede di approvazione iniziale oppure se sia richiesto il raggiungimento di un'utopistica unanimità.

Invero, la palese disfunzionalità di questa seconda soluzione deve indurre a ritenere che sia da prediligersi la prima soluzione.

Ciò, anche perché il legislatore, anche nelle proprie scelte coeve all'approvazione della l. fallimentare, ha prescelto il principio maggioritario quale criterio di selezione degli interessi creditori idonei a condizionare la proposta concordataria.

²⁹ Il principio conosce una formale emersione, per quanto concerne la responsabilità contrattuale, nell'art. 1227 c.c. che l'art. 2056 c.c. estende alla responsabilità aquiliana, ma può dirsi provvisto di una generale applicabilità in quanto riducendosi alla "necessità di risentire le conseguenze pregiudizievoli di una propria condotta".

³⁰ In relazione a tal ultimo aspetto, a venire in rilievo, secondo la migliore dottrina internazionalistica, e' una causa di estinzione atipica o, comunque, rinveniente il proprio fondamento nel diritto internazionale consuetudinario, anche se trasposta nel Trattato di Vienna sui trattati del 1969

Ovviamente la rinnovazione del voto dovrebbe, necessariamente, avvenire nel rispetto dello schema procedurale di cui al previgente art. 176 ss. l.fall., applicabile *ratio temporis* alla fattispecie concreta.

Verosimilmente, potrebbe ipotizzarsi che sia possibile prescindere dalla riconvocazione dei creditori con finalità di riedizione del voto, nell'ipotesi di modifiche meramente migliorative della domanda di concordato.

D'altronde, la sfera giuridica dei creditori che abbiano già la propria volontà di voto, sarebbe soggetta ad un incremento quantitativo e non è ragionevolmente prefigurabile un interesse degli stessi alla manifestazione di una volontà ostativa.

Nondimeno, anche in tale ipotesi, può essere evocato il principio di immodificabilità della propria sfera giuridica in assenza della volontà del soggetto beneficiario che, elaborato dalla dottrina, in ambito contrattuale, con riguardo ai contratti con effetti reali in favore di terzi, costituisce criterio di carattere generale, espressione del principio d'indisponibilità della sfera altrui.

D'altronde, è indubbio che una proposta migliorativa, semmai fondata su finanza esterna o su sopravvenienze attive, legate ad eventi non preventivabili, oppure previsti ma non certi, una volta approvata e omologata la proposta, potrebbe indurre a desistere dall'opposizione creditori che abbiano manifestato il proprio dissenso in sede di voto.

Ovviamente, nella prima ipotesi, deve trattarsi realmente di sovvenzioni esterne e non dell'emergere di utilità proprie in realtà originariamente sottaciute dal proponente.

5. Le scelte del Codice della Crisi e le tendenze ordinamentali più recenti

Stando all'attuale quadro normativo delineato dal Codice della Crisi, suggestioni nel senso dell'ammissibilità della modifica (pattizia nei termini su delineati) delle condizioni concordatarie, si traggono dall'art. 58³¹ che prevede espressamente la rinegoziazione degli accordi e le modifiche del piano concordatario con conseguente modificazione della proposta originaria.

La novella prevede, per la prima volta, una disciplina organica della possibilità di apportare modifiche alla proposta e al piano concordatario, ogniqualvolta gli stessi richiedano aggiustamenti o correzioni.

Ciò, peraltro, estendendo espressamente tale facoltà anche in relazione al momento di esecuzione del concordato, una volta, cioè, che ne sia intervenuta l'omologa.

³¹ L'art. 58 prevede che "1. Se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, è rinnovata l'attestazione di cui all'articolo 57, comma 4, e il debitore chiede il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. L'attestazione deve essere rinnovata anche in caso di *modifiche sostanziali degli accordi*.

2. Qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indicato all'articolo 57, comma 4, il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al tribunale, nelle forme di cui all'articolo 48>>.

Sono oggetto di menzione:

1. al primo comma le correzioni apportate prima dell'omologazione, da parte del Tribunale. In tal caso, e' prescritta una nuova attestazione da parte del professionista indipendente, con la necessità di conseguire nuovamente il consenso da parte dei creditori, sempre secondo il principio maggioritario;

2. al primo comma le correzioni apportate successivamente all'omologazione; nel qual caso e' prescritta la nuova attestazione ma, in luogo della convocazione dei creditori per l'espressione del consenso, si prevede il meccanismo sostitutivo dell'opposizione a seguito della obbligatoria pubblicazione della modifica sul registro delle imprese.

Esigenze di semplificazione procedurale hanno indotto il legislatore della novella a sostituire la necessità di una delibera assunta nel rispetto del principio maggioritario con la mera eventualità che il creditore, esercitando la sua facoltà di attivare il rimedio oppositorio, investa il Tribunale, in composizione collegiale, delle ragioni giustificative del proprio dissenso.

Dunque, dopo l'omologa, l'interesse del singolo non e' piu' rimesso all'arbitrio della maggioranza ma sottoposto alla valutazione giudiziale e a quella capacità di componimento degli interessi in gioco, secondo ragionevolezza, che e' sottesa alla stessa.

Ciò, peraltro, secondo uno schema procedurale non totalmente innovativo perché mutuante la disciplina tradizionale, in punto di dissenso del creditore la cui volontà non abbia concorso al raggiungimento delle maggioranze legali.

Non e' peregrino ritenere che il nuovo dato normativo possa, in una logica evolutiva, influenzare l'esegesi del quadro previgente, avallando l'idea per cui il Nuovo Codice si sarebbe limitato a positivizzare, dandogli una veste formale espressa, una facoltà di modifica già ammessa dal nostro ordinamento e rinvenibile il proprio fondamento nei principi generali del contratto.

Piu' in generale l'ammissibilità (seppur proceduralizzata) di modifiche deve ritenersi fondata sulla più generale tendenza del legislatore a mutuare in ambito pubblicistico schemi e istituti tipicamente negoziali.

Evenienza che, di per sé, non e' da stigmatizzarsi e, anzi, appare in sintonia con la tendenza, in atto, alla <<privatizzazione>> del processo civile e all'attenuazione dei suoi momenti pubblicistici, con la conseguente entrata in crisi del principio d'indisponibilità delle norme processuali. Ciò se non altro quando siano le parti a non voler beneficiare di una decadenza o di una preclusione processuale o ancora di una nullità che debba essere pronunciata in danno della controparte e, dunque, in loro favore.

Si pensi, a titolo, esemplificativo, alla produzione di un documento tardivo, perché prodotto dopo la concessione dei termini e il deposito delle note ex art. 183, comma 5, c.p.c. o ancora alla proposizione di una domanda riconvenzionale, senza l'osservanza del termine di 20 giorni prima della prima udienza di comparizione e trattazione.

Tali considerazioni, come evincibile agevolmente, dalla disamina dell'evoluzione normativa della materia, sono trasponibili agli schemi delle procedure concorsuali.

E' innegabile, d'altronde, che esista una generale tendenza della legislazione piu' recente a privilegiare moduli procedimentali che appaiono fondati su una commistione fra schemi privatistici e pubblicistici, mediante l'introduzione, in ambito sia fallimentare sia esecutivo, di moduli consensuali o negoziali. Ciò, a riprova della superata dicotomia fra diritto pubblico e privato, propria di una concezione autoritativa dei rapporti sociali e che sia l'avvento della Costituzione (coi principi personalistico e solidaristico), sia le sollecitazioni e le categorie di pensiero eurounitarie hanno contribuito a superare.

E' indubbio, infatti, il rilievo che la c.d. teoria del piano mobile dei rimedi (giudiziali e sostanziali) sottesa alla giurisprudenza comunitaria, cosi come ai progetti di codificazione di un diritto comune dei contratti e, dunque, l'abbandono di un approccio fondato su strumentari rigidi e precostituiti in favore di un adeguamento del rimedio alle mutevoli esigenze di tutela poste dalla prassi delle relazioni giuridiche, nel loro naturale evolversi, abbia contribuito a implementare l'efficienza del sistema di tutela delle situazioni giuridiche private cosi come degli interessi pubblici. Ciò anche mediante strumenti compositi ovvero recanti profili sia pubblici sia privatistici.

Si pensi all'introduzione del partenariato pubblico-privato, idoneo convogliare schemi di azione pubblici e tipicamente privati all'interno della medesima fattispecie, incentivato dal Codice degli appalti del 2016.

Costituisce un esempio paradigmatico di tale virtuosa contaminazione fra diritto pubblico e privato, la tutela consumieristica che, inaugurata dalle direttive comunitarie e consacrata nel Codice del Consumo del 2005, nella predetta logica di reciproca interferenza fra strumenti privatistici e pubblicistici, si fonda sul c.d. private enforcement.

A fondamento della stessa vi e', cioe', la scelta di politica normativa, di anticipare la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato mediante un'anticipazione (o un'estensione) della soglia di tutela, allo ultimo segmento del processo produttivo ovvero il singolo atto di consumo che viene contornato di particolari cautele, perché sia effettivamente libero e espressione di autonomia negoziale, tra cui:

1. la necessaria trasparenza delle clausole contrattuali inerenti al prezzo o all'oggetto del contratto,
2. la necessità di una specifica negoziazione di talune clausole contrattuali, investite da una presunzione di vessatorietà;
3. la sanzione irreversibile di vessatorietà (e, quindi, di nullità) per altre tipologie di clausole considerate particolarmente invasive.

Nel caso della disciplina dedicata al Consumatore ad essere tutelata e' l'interesse pubblico, eurounitario, alla concorrenzialità del mercato, quale unica condizione in grado di preservarne l'efficienza allocativa.

La tutela dello stesso si fonda, innovativamente, (anche) sul ricorso a strumenti di diritto comune, innestati nell'ambito delle misure pubblicistiche a tutela della concorrenza.

La commistione dei due piani pubblico e privato e' evincibile dalla stessa affermazione, a livello ordinamentale del principio di sussidiarietà, consacrato all'art. 118 Cost., dalla novella

costituzionale del 2001 e che ha trovato, di recente, conferma nella riforma del terzo settore, approvata nell'approvazione del Codice.

La legge delega, infatti, riconosceva espressamente all'iniziativa economica privata la funzione di sostegno alla tutela dei diritti civili e sociali (art. 2, co. 1, lett. b), confermando una scelta politica di delega alle formazioni private e, dunque, al corpo sociale, di una funzione che lo Stato sociale novecentesco tendeva ad arrogare a sé.

Così, a livello di scelte di disciplina, nel caso del Codice della Crisi, in un ambito pubblicistico, qual è quello delle procedure volte alla liquidazione del patrimonio dell'impresa o al sostegno alla prosecuzione della attività stessa, si implementano moduli tipicamente privatistici, che vanno ad aggiungersi a quelli già normati come gli accordi di ristrutturazione, incanalandoli in procedimenti di controllo giudiziale come le misure protettive che preludono ad una (ri)negoziazione delle esposizioni debitorie accentrata con il ceto creditorio.

Se è ragionevole affermare che la disciplina tradizionalmente pubblica si arricchisce di strumenti e schemi privatistici, non sarebbe, però, peregrino sostenere l'esistenza di un percorso di segno inverso ovvero che si è voluto estendere l'intervento pubblico ad un momento, quello della rinegoziazione e, quindi, della contrattazione, tipicamente privatistico.

In ogni caso, è indubbia la commistione di elementi eterogenei e piegati a finalità diverse o nuove rispetto a quelle cui sono normalmente preordinati.

Ad essere inverato è quel principio di neutralità delle forme giuridiche che nega che gli strumenti giuridici abbiano finalità rigide e precostituite, ammettendone la rivitalizzazione per il perseguimento di fini nuovi, specie, nella logica di un'interpretazione di tipo evolutivo e attenta al mutamento delle esigenze di tutela rivendicate dal corpo sociale.

6.L'ammissibilità di una modifica del concordato, al di fuori della ricorrenza di evenienze eccezionali: condizioni e limiti

Dunque, anche nella vigenza della disciplina fallimentare, applicabile al caso di specie, pur in assenza di una disciplina ad hoc, in applicazione dei principi generali del contratto che sanciscono la modificabilità del suo regolamento, ma solo ove condivisa, ovvero consentita dalle parti, deve ritenersi che, pur dopo l'omologa, il contenuto del concordato possa subire delle variazioni.

Ciò sempre che le stesse siano consentite, secondo quegli stessi meccanismi procedurali che

presiedono alla sua approvazione ex art. 125 l.f.³² e sempre che l'interesse creditorio, che costituisce la chiave di lettura della disciplina in materia, non ne risulti sproporzionatamente o apprezzabilmente danneggiato.

Altro limite deve essere individuato, in applicazione dei principi generali sul contratto, ed, in particolare, dell'art. 1322, comma 2 c.c., proprio nella necessaria idoneità della modificazione consensuale a realizzare interessi meritevoli di tutela, avuto riguardo all'ordinamento nel suo complesso, come la ricerca di una più agevole o veloce attuazione delle obbligazioni concordatarie o la prosecuzione della procedura, diversamente destinata a non poter proseguire.

Nella rinnovata cornice costituzionale, cui il Codice della Crisi ha voluto dare attuazione, deve ritenersi che anche la salvaguardia del valore-impresa possa costituire ragione idonea a giustificare una modificazione, pattizia, delle condizioni concordatarie.

Né, delineati i suddetti presupposti concettuali, può, in alcun modo, restringersi tale diritto potestativo, proceduralizzato, all'ipotesi in cui siano proposte solo modifiche migliorative del grado di soddisfacimento del predetto – preminente – interesse.

7.L'esecutività della domanda omologata

Riconosciuta la naturale modificabilità del piano concordatario deve ritenersi che ciò sia pienamente ammissibile anche - e a fortiori - in sede di esecuzione del concordato.

Come noto, l'omologazione segna l'ingresso della procedura nella fase esecutiva e ciò anche quando sia stata proposta un'eventuale impugnativa non avendo la stessa, in applicazione dei principi generali, efficacia immediatamente sospensiva.

D'altronde, il disposto del previgente art. 180, comma 5, seconda parte, l.fall., prevede, espressamente, che il decreto, pronunciato nell'ipotesi di omologazione, che intervenga successivamente alla proposizione di opposizioni sia "provvisoriamente esecutivo".

³² L'art. 125 l.f. prevede che "La proposta di concordato è presentata con ricorso al giudice delegato, il quale chiede il parere [del comitato dei creditori e] del curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte. Quando il ricorso è proposto da un terzo, esso deve contenere l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata al quale ricevere le comunicazioni. Si applica l'articolo 31 bis, secondo comma. Una volta espletato tale adempimento preliminare il giudice delegato, acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, valutata la ritualità della proposta, ordina che la stessa, unitamente al parere del comitato dei creditori e del curatore, venga comunicata a cura di quest'ultimo ai creditori a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione ed informandoli che la mancata risposta sarà considerata come voto favorevole. Nel medesimo provvedimento il giudice delegato fissa un termine non inferiore a venti giorni né superiore a trenta, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso. In caso di presentazione di più proposte o se comunque ne sopraggiunge una nuova, prima che il giudice delegato ordini la comunicazione, il comitato dei creditori sceglie quella da sottoporre all'approvazione dei creditori; su richiesta del curatore, il giudice delegato può ordinare la comunicazione ai creditori di una o di altre proposte, tra quelle non scelte, ritenute parimenti convenienti. Si applica l'articolo 41, quarto comma. Qualora la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta, con i pareri di cui al primo e secondo comma, al giudizio del tribunale che verifica il corretto utilizzo dei criteri di cui all'articolo 124, secondo comma, lettere a) e b) tenendo conto della relazione resa ai sensi dell'articolo 124, terzo comma. Se la società fallita ha emesso obbligazioni o strumenti finanziari oggetto della proposta di concordato, la comunicazione è inviata agli organi che hanno il potere di convocare le rispettive assemblee, affinché possano esprimere il loro eventuale dissenso. Il termine previsto dal terzo comma è prolungato per consentire l'espletamento delle predette assemblee.

E, nel silenzio del legislatore, in considerazione della omogeneità qualitativa delle due fattispecie, l'esecutività deve essere riconosciuta al decreto che sia stato emesso in difetto di opposizioni (art. 180, comma 3, l.fall.).

E tale esecutività non può non essere declinata se non come possibilità che il piano concordatario trovi immediata attuazione.

Orbene, non si intravedono preclusioni logiche o giuridiche a che la modifica possa intervenire anche in sede esecutiva.

Ciò, per quanto, nella vigenza dell'abrogata disciplina fallimentare, esistessero al riguardo voci dissonanti secondo cui <<l'ingresso del concordato in fase esecutiva (avrebbe escluso) che, rispetto a tale fase, (fossero) prospettabili modificazioni della proposta o del piano che abbiano rilievo nell'ambito del procedimento concordatario, tutto afferendo all'adempimento o risoluzione di quanto omologato>>.

Invero, proprio l'esigenza di tutelare quel valore-impresa la cui attuazione costituisce la finalità primaria dell'impianto normativo sotteso al (sopravenuto) Codice della Crisi, ma, in realtà, già sottesa al sistema della legge fallimentare, quale irradiato dalle direttive costituzionali, deve indurre a ritenere che la modifica delle condizioni concordataria sia ammissibile anche in sede esecutiva³³.

8. Il ritiro della domanda di concordato. Un possibile argomento a favore?

Invero, taluna dottrina ha tentato di prefigurare un argomento ulteriore in favore dell'assunto di una modificabilità del piano, condizionata alla sola approvazione e, dunque, al consenso del ceto creditorio. E' il criterio ermeneutico di antica risalenza per cui <<nel piu' sta il meno>>, ovvero ammesso un potere o un diritto, a fortiori, deve ritenersi ammissibile l'esercizio di una delle facoltà che ne costituiscono il contenuto ontologico.

Orbene, per quanto concerne la diversa – ma correlata – ipotesi della rinuncia alla domanda di concordato, che, in un'ottica negoziale, deve considerarsi anch'esso esercizio di un diritto potestativo, giovino le seguenti considerazioni.

A prescindere dall'esatto inquadramento giuridico – taluni esprimendosi in termini di revoca e non di rinuncia - esiste quasi totale unanimità di opinioni in relazione alla circostanza che il proponente, almeno fino all'omologazione, conservi la piena disponibilità della domanda di concordato. Per contro, l'eventuale esito positivo del sindacato del Tribunale avrebbe l'efficacia di consumare tale facoltà.

Invero, tale affermazione contrasta, però, proprio con quella peculiare ricostruzione del concordato, che si è tentato di tratteggiare, nella presente sede espositiva, quale peculiare accordo di fonte negoziale, seppur con quei profili di specialità che gli derivano dall'inserirsi in un contesto proceduralizzato.

³³ Si è, condivisibilmente, sostenuto che non avrebbe <<alcun senso, in materia di rapporti di impresa, ipotizzare una cristallizzazione degli effetti del provvedimento di omologazione di un piano in attesa del maturare del giudicato su di esso, essendo evidente che i tempi a ciò necessari non sono in alcun modo compatibili con il naturale evolversi della realtà commerciale>>.

Infatti, se si accede a tale ricostruzione, dovrebbe ritenersi che, dopo l'adesione da parte dei creditori, il vincolo si sia perfezionato e sia, dunque, irretrattabile.

E il problema delle condizioni del perfezionamento e' ovviamente distinto da quello relativo ai presupposti perché possano dirsi realizzati gli effetti c.d. costitutivi del concordato, "scaturendo essi ancora oggi dall'omologazione".

Invero, in relazione a tale profilo, la stessa pronuncia del 2015 ebbe modo di evidenziare come la revoca non fosse più ammissibile una volta che gli effetti propri dell'ammissione alla procedura avessero trovato formale consacrazione nel provvedimento di omologazione.

Dunque, implicitamente la pronuncia sembra riconoscere piena liceità al ritiro della proposta successivamente all'adunanza dei creditori, ma prima dell'omologa che, nella logica della Corte, veniva a costituire momento di irreversibile consumazione del relativo potere.

E, al riguardo, la sentenza ebbe modo di ribadire come, a sostegno della soluzione opposta (ovvero quella favorevole ad una revoca unilaterale post omologa), non potesse riconoscersi nessun rilievo all'accentuazione degli aspetti privatistici del concordato istituito, derivante dalle modificazioni apportate alla relativa disciplina dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dai decreti successivi.

Infatti, tali novità normative, idonee ad assicurare al concordato una nuova fisionomia giuridica, non sarebbero state, comunque, sufficienti a giustificare una concezione dell'omologazione come mera presa d'atto dell'accordo intervenuto tra il debitore ed il ceto creditorio.

Né, secondo il Supremo Consesso, sarebbe stato argomento sufficiente la limitazione del sindacato giurisdizionale al controllo della sola fattibilità giuridica della proposta concordataria (da intendersi come compatibilità della stessa con le norme inderogabili e come rispondenza alla causa concreta dell'istituto, consistente nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore, con l'assicurazione di un soddisfacimento sia pur modesto e parziale dei creditori) e la conseguente esclusione del potere di valutarne anche la convenienza e le probabilità di successo economico (cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521).

Ciò, in quanto il tribunale era, pur sempre, chiamato a verificare la regolarità formale della procedura.

Inoltre, sarebbe stata degna di particolare attenzione, nella ricostruzione dell'istituto, la portata espansiva dell'accordo, destinato a spiegare effetti vincolanti anche nei confronti dei creditori rimasti assenti o dissenzienti.

Peraltro, la valutazione del diverso profilo della fattibilità economica non era esclusa in modo assoluto, essendo destinata a riemergere, nella forma prevista dall'art. 180, comma 4, della Legge Fall.. Ciò, nel caso in cui un creditore appartenente ad una classe dissenziente o i creditori dissenzienti che rappresentassero il 20% dei crediti ammessi al voto avessero contestato la convenienza della proposta.

Coerentemente con la prospettiva negoziale, dovrebbe, invece, ritenersi che, essendosi perfezionato il vincolo, la rinuncia non possa estrinsecare i suoi effetti se non passando dalla

necessaria interlocuzione con i creditori³⁴, cui, però, secondo taluna dottrina, in contraddizione con le premesse ricostruttive, non potrebbe riconoscersi un sostanziale potere di veto, ma solo la possibilità di esprimere un parere non vincolante.

Tale considerazione vale per tutti i creditori, indifferentemente, anche per coloro che vantino un credito prededucibile, derivante dallo svolgimento di attività funzionale alle finalità concordatarie, come la stessa predisposizione del piano e della proposta da parte dei professionisti incaricati o anche la fornitura di beni o servizi per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, successivamente all'apertura della procedura concordataria.

D'altronde, anche a prescindere dalla predetta ricostruzione in termini negoziali e prediligendo un approccio in termini pubblicistici, l'esito giuridico in termini di inammissibilità del ritiro della proposta concordataria, sostanzialmente, non muterebbe.

Infatti, in applicazione dei principi propri del rito civile ordinario, la rinuncia agli atti del giudizio richiede, di norma, il consenso delle altre parti (se costituite)³⁵.

Invero, prescinde da tale presupposto procedurale, la rinuncia al giudizio esecutivo³⁶ che, per avere efficacia estintiva, deve provenire dal creditore procedente e prescinde dal consenso del debitore o degli altri creditori (interventuti) a meno che non sia provvisto di titolo esecutivo, di per sé idoneo a consentire la prosecuzione della vicenda esecutiva.

Peraltro, volgendo lo sguardo al profilo (anche) pubblicistico della procedura, è stato evidenziato come "il ritiro della proposta si connota, a ben vedere, come un'ipotesi particolare di inammissibilità sopravvenuta di essa".

Ciò, in virtù del sopravvenuto difetto dell'impulso necessario da parte dell'interessato; come tale, dovrebbe essere soggetto alle forme di cui all'art. 173, comma 2, l.fall".

Pertanto, in consonanza con i principi del processo civile che ne consentono la chiusura per rinuncia solo a fronte della previa consultazione delle parti che potrebbero avere interesse ad una diversa definizione (in questo caso, liquidatoria) del processo, una volta che il proponente abbia espresso la propria posizione con la domanda di concordato, la chiusura della procedura di concordato, foss'anche per rinuncia, presuppone che sulla crisi di quell'impresa sia data la parola ai creditori, prima di qualunque altra iniziativa.

Al fine di superare l'empasse e, dunque, ammettere un ritiro della proposta, anche successivamente al controllo del Tribunale, che conservi la sua coerenza rispetto alla ricostruzione in termini negoziali, potrebbe richiamarsi la figura del <<contratto (perfetto nei

³⁴ E' stato evidenziato come "s'imponga una fase di contraddittorio con i creditori, la cui eventuale istanza di fallimento resta destinata, in tale frangente, a prevalere, proprio per l'alternanza dialettica che caratterizza il procedimento concordatario e prefallimentare di primo grado".

³⁵ Come noto, l'art. 306, comma 1, c.c. prevede che "il processo si estingue per rinuncia agli atti del giudizio quando questa è accettata dalle parti costituite [165, 166 c.p.c.] che potrebbero aver interesse alla prosecuzione. L'accettazione non è efficace se contiene riserve o condizioni.

³⁶ Come noto, l'art. 629 c.c. prevede che <<Il processo si estingue se, prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione, il creditore pignorante e quelli intervenuti muniti di titolo esecutivo rinunciano agli atti.

Dopo la vendita il processo si estingue se rinunciano agli atti tutti i creditori concorrenti.

In quanto possibile, si applicano le disposizioni dell'articolo 306>>.

suoi elementi costitutivi, già per effetto del deposito del piano e della votazione dei creditori, ma) condizionato>>, risolutivamente, al mancato esercizio della facoltà di rinuncia.

Ciò nella premessa che i creditori sono sempre titolari del diritto di insistere nell'accoglimento dell'istanza di liquidazione giudiziale o di presentarne una ex novo.

Invero, tale ricostruzione, in disparte ogni considerazione sulla sua evidente artificiosità, non convince. Ciò, anche perché consentire il dispiegarsi incondizionato dell'autonomia negoziale dell'imprenditore, anche dopo il vaglio del Tribunale e in spregio alla volontà del ceto creditizio, dunque, in contrasto con il principio di immodificabilità della sfera giuridica altrui, se non con il consenso (o, comunque, il mancato rifiuto dell'interessato), apre la stura a fenomeni di abuso, inidonei, per definizione, ad assicurare un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco.

Dunque, anche al fine di preservare la coerenza dell'esegesi con la natura negoziale della fattispecie, deve ritenersi che la rinuncia non sia più ammissibile non solo dopo l'eventuale omologa, ma già successivamente all'esaurimento del voto, da parte dei creditori.

Ne consegue che l'orientamento, ribadito anche di recente, per cui "la proposta concordataria (sarebbe) comunque rinunciabile da parte del proponente unilateralmente (e senza, cioè, il consenso dei contrapposti creditori), sino alla omologazione del concordato, momento quest'ultimo che consacra il consenso sulla proposta concordataria già manifestato dal ceto creditorio in sede di approvazione e che avvia il concordato alla sua necessaria e successiva fase esecutiva"³⁷, non pare essere coerente con le succitate premesse ricostruttive.

Inoltre, lo stesso non può essere utilmente invocato ai fini della ricostruzione della problematica che è sottesa alla fattispecie concreta.

9. La soluzione prescelta e il caso di specie

Dunque, in sintesi, anche prima della novella, deve ritenersi ammissibile una modifica pattizia e ciò anche dopo l'omologa.

In tal senso depongono non soltanto una pluralità di indizi normativi, ma anche la incontestabile capacità espansiva, anche *in subiecta materia*, del principio di autonomia negoziale, così come del già menzionato fenomeno di privatizzazione del processo ordinario e delle procedure speciali che sottende il superamento del pregiudizio culturale e giuridico per cui le norme di rito sarebbero, di norma, imperative e sottratte alla disponibilità delle parti processuali. A tal riguardo, può dirsi capovolta la relazione fra regola e eccezione che si riteneva caratterizzasse i rapporti fra norme imperative, da un lato, e norme derogabili dall'altra, optando per l'iscrizione alla prima categoria solo in presenza dell'effettiva ricorrenza di un interesse pubblico cui possano ritenersi funzionali.

Ciò premesso, sotto il profilo della ricostruzione del regime procedurale, non potendosi applicare, retroattivamente, il meccanismo semplificatorio del dissenso-opposizione, previsto dal Codice della Crisi, il consenso dei creditori deve transitare tramite il modulo

³⁷ V. Cass. 10 ottobre 2019, n. 25479, in *www.dejure.it*. Nello stesso senso già Cass. 31 marzo 2016, n. 6277, *ivi*.

procedimentale, già conosciuto dalla legge fallimentare, dell'approvazione dei creditori, previa loro convocazione.

Nel caso di specie, la proposta di modifica prevede il trasferimento della proprietà dei beni all'assuntore perché egli provveda alla loro diretta alienazione.

Ritiene questo Giudice che tale proposta, eventualmente corretta e contornata dalle necessarie garanzie (personali o reali) come il conferimento di un'eventuale mero mandato a vendere, con incasso diretto delle somme da parte della procedura, potrebbe contribuire ad una più facile e agevole attuazione della procedura in virtù del diretto interesse dell'assuntore all'alienazione dei beni *de quibus*.

Anche quando venga in rilievo un concordato meramente liquidatorio quale è quello di specie, la progressione della procedura verso il suo esito naturale, ovvero la sua concreta e completa attuazione, sotto il profilo degli obblighi assunti, costituisce, senza dubbio, circostanza idonea a inverare un interesse meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., perché coerente con i valori costituzionali ed, in particolare, con la liberazione dell'imprenditore dalle obbligazioni assunte, quale angusto limite alla propria futura capacità operativa.

Orbene, per quanto la previgente disciplina del concordato endofallimentare - ed, in particolare, l'art. 125 l.f.³⁸, applicabile *ratione temporis* - non preveda la tenuta di un'udienza, il generale principio del contraddittorio rende opportuno che tale l'udienza si tenga in applicazione del sopravvenuto principio (peraltro, di rango costituzionale e convenzionale) del giusto processo ex art. 111 Cost.

Peraltro, deve rilevarsi come, ai fini del calcolo delle maggioranze necessarie per l'approvazione, la disciplina del concordato endofallimentare, quale è quello di specie, prevedesse espressamente il meccanismo, semplificatorio e ispirato ad un chiaro *favor* per l'impresa, del silenzio-assenso. Il silenzio, per espressa previsione legale, esce, cioè, dall'irrilevante giuridicamente per assumere valenza di manifestazione adesiva di volontà.

Dunque, tale procedura dovrà essere osservata anche nel caso di specie.

PQM

4) ordina la convocazione dei creditori per l'udienza del giorno 28.5.2024 alle ore 09,30 avanti al Giudice Delegato, presso l'aula delle udienze a ciò destinata nel Palazzo di Giustizia di Brindisi, secondo piano;

5) dispone:

a) che il Curatore provveda a comunicare a tutti i creditori entro il 10.3.2024 la data dell'adunanza, nonché copia integrale della proposta di modifica del concordato (eventualmente, rimodulata come sollecitato in parte motiva) e del presente decreto; il suo indirizzo di posta elettronica certificata (che egli dovrà entro dieci giorni dalla nomina comunicare al Registro delle imprese), l'invito a ciascun destinatario a comunicare entro il termine di quindici giorni l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale intende ricevere le comunicazioni; l'avvertimento che, in caso di mancata

indicazione dell'indirizzo, tutte le future comunicazioni si perfezioneranno con il deposito in cancelleria senza ulteriori avvisi;

b) che la stessa proposta, unitamente al parere del comitato dei creditori e del curatore, venga comunicata a cura di quest'ultimo ai creditori a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e informandoli che la mancata risposta sarà considerata come voto favorevole;

c) fissa un termine di venti giorni, prima della fissata convocazione, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso.

Brindisi, 12.2.2024

Il giudice estensore