

## Il concordato preventivo tra *cessio bonorum* e *datio in solutum*. Il caso "S. Raffaele"

SOMMARIO: 1. L'orientamento del Tribunale di Milano sul contenuto della proposta di concordato preventivo con cessione dei beni: la necessità di un *impegno* del debitore al pagamento delle percentuali previste. — 2. Le differenze tra concordato preventivo e *cessio bonorum* sotto il profilo della "liberazione" del debitore. — 3. In caso di concordato con *cessio bonorum*, non occorre o è irrilevante ai fini della risoluzione oggi come ieri, l'*impegno* al pagamento delle percentuali offerte ai creditori. — 4. L'*alternum* tra concordato mediante *cessio bonorum* e concordato mediante *datio in solutum*. — 5. I rischi che il concordato possa diventare *aleatorio*.

1. *L'orientamento del Tribunale di Milano sul contenuto della proposta di concordato preventivo con cessione dei beni: la necessità di un impegno del debitore al pagamento delle percentuali previste.* — Il decreto del Tribunale di Milano, che ammette al concordato preventivo il gruppo di imprese che fanno capo alla Fondazione Centro S. Raffaele del Monte Tabor (\*), tratta, in particolare, la questione — affrontata per la verità anche da altri Tribunali, ma con minore ricchezza di argomentazioni — se oggi, tra le condizioni di ammissibilità del concordato, rientri non solo la indicazione, ma anche l'impegno del debitore al pagamento di una precisa percentuale ai creditori chirografari. Il Tribunale, accogliendo la domanda, sulla base di proprie precedenti pronunce e dell'orientamento della Cassazione (1), afferma che è sempre necessario, anche in caso di concordato con cessione dei beni, "un preciso e determinato *impegno di pagamento* in una certa percentuale verso i creditori chirografari (da pagare peraltro tutti in una percentuale che comunque appaia *non irrisoria*, pena il *difetto di causa*

(\*) Il decreto 28 ottobre 2011 — pres. e rel. Lamanna — si può leggere in *Il fallimento*, 2012, n. 1, p. 7. Il successivo decreto di omologazione del 3 maggio 2012 non ha toccato gli argomenti oggetto di questa nota.

(1) Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, 36, nella quale si afferma che "la cessione dei beni e le altre operazioni... non possono essere disciolte dalla promessa di un risultato utile conseguibile, precisato o implicito in una percentuale di soddisfacimento, senza il quale la proposta del debitore diverrebbe *aleatoria in senso giuridico*". La Cassazione, in questa stessa sentenza, nega che l'*iter* di approvazione di un concordato preventivo possa essere ricondotto *sic et simpliciter* nell'alveo di formazione di un ordinario contratto di diritto privato; nega la assimilabilità del concordato con cessione alla *cessio bonorum*, ma non esita ad applicare all'istituto la sanzione della nullità ex art. 1421 c.c., rievabile di ufficio, la "illiceità dell'oggetto" (oltre che le categorie, più sfumate, del vizio genetico e dell'*abuso di diritto*).

della soluzione concordataria proposta). Questa tesi — secondo il Tribunale — sarebbe una conseguenza della espunzione/abrogazione dell'art. 186 co. 2 l.f., il quale stabiliva — con regola che secondo il Tribunale era da ritenersi "di natura eccezionale" — che "nel caso di concordato mediante cessione di beni a norma dell'art. 160, comma 2 n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento". Secondo il Tribunale, tale norma consentiva eccezionalmente la liberazione integrale del debitore, anche in caso di mancato pagamento della percentuale minima del quaranta per cento. Proprio in forza di tale previsione, il concordato per cessione dei beni acquisiva una configurazione autonoma rispetto al modello della cessione dei beni disciplinata dall'art. 1977 c.c. (la quale, ex art. 1984 c.c., è liberatoria nei limiti di quanto viene corrisposto ai creditori).

Oggi — si legge nella motivazione del decreto — dopo la riforma, sarebbe perciò inammissibile una proposta che pretenda di collegare un effetto interamente esdebitatorio alla previsione, come evento semplicemente possibile e non come precipua obbligazione di risultato, di un pagamento di una percentuale ai creditori chirografari senza che tale percentuale determinata, e si traduca in un preciso impegno a pagare una ammessa dall'attuale art. 186 quarto comma, l. fall, di concordato immediatamente liberatorio con assunzione di un terzo. Il concordato per cessione dei beni andrebbe sussunto nella categoria del contratto tipico disciplinato dagli artt. 1977 e ss. c.c., che ha connotazione gestoria, anche se sarebbe possibile una diversa tipologia di *cessio honorum* concordataria, avente natura direttamente traslativa, che si ha quando il debitore concordi con i creditori il trasferimento ad essi in proprietà dei suoi beni, in modo che attraverso la cessione traslativa si realizzi l'adempimento secondo un modello assimilabile alla *datio in solutum*. In questo caso, il trasferimento può atteggiarsi come immediatamente soddisfattivo; mentre non può realizzarsi lo stesso effetto la cessione posta in essere alla stregua del modello gestorio. Dopo la abrogazione dell'art. 186 co. 2 l. fall, non vi è più modo di derogare all'art. 1984 c.c., al di fuori della stipula di contratti *ad hoc*. Quando l'art. 160 menziona la cessione dei beni recepisce tale strumento nella stessa configurazione in cui esso è disciplinato dal codice civile. Con la espunzione dell'art. 186 co. 2, il legislatore ha voluto conformare la disciplina dell'inadempimento del concordato preventivo alle norme generali in tema di risoluzione civilistica, imponendo di valutare la importanza dell'inadempimento, che può emergere solo se rapportata ad una precisa obbligazione di pagamento assunta dal debitore concordatario ("il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza"); in mancanza di tale obbligazione, la proposta finirebbe per avere una *causa meramente aleatoria*, giacché, impedendo di chiedere una risoluzione per inadempimento, finirebbe per traslare per intero il rischio del concordato

sui creditori stessi. La cessione dei beni è uno strumento di attuazione e non di sostituzione dell'obbligazione di pagamento. Una configurazione del concordato in termini di assoluta aleatorietà sarebbe anche costituzionalmente illegittima, perché a maggioranza verrebbero sacrificati diritti soggettivi senza alcuna controprestazione e senza possibilità di un rimedio successivo.

Questo è, in sintesi, il contenuto della complessa e delicata decisione del Tribunale.

2. *Le differenze tra concordato preventivo e cessio honorum sotto il profilo della "liberazione" del debitore.* — A) Nella motivazione del decreto, l'argomento centrale è quello della esdebitazione dell'imprenditore per effetto del concordato. Il concordato libera interamente il concordato. Se si adottano soluzioni "liberali" sull'adempimento, e sulla risoluzione del concordato per inadempimento, la liberazione del debitore rischierebbe di divenire un beneficio ingiusto, tenendo conto del fatto che nel contratto di cessione dei beni ai creditori, normalmente, se l'adempimento è parziale anche la esdebitazione è parziale e non generale. Secondo il Tribunale, la nuova norma sulla risoluzione esigerebbe la assunzione di un impegno al pagamento delle percentuali. Una mera indicazione delle percentuali renderebbe più difficile, o addirittura impossibile, la soluzione e, per questa via, si consentirebbe all'imprenditore di fruire illegittimamente del beneficio della esdebitazione concordataria.

La domanda che il Tribunale pone è quella dei rapporti tra il contratto di cessione dei beni ai creditori, prevista dagli artt. 1977 e ss. del codice civile, e il concordato preventivo con cessione dei beni, previsto dalla legge fallimentare, sia pure sotto il solo profilo della "esdebitazione" del debitore. Nessun dubbio vi può essere sulla circostanza che tra i due istituti vi sia un collegamento per quanto riguarda la loro origine storica. Resta da vedere se però la cessione dei beni, sorta in epoca remota, soprattutto per evitare le sanzioni personali contro il debitore, quale l'arresto per debiti, abbia poi assunto un volto ed una funzione diversa, rispetto al modello originario quando, a partire da una certa data, è stata adottata nei vari ordinamenti come strumento di attuazione delle procedure concorsuali concordatarie caratterizzate dall'"abbandono" dei beni. Il Tribunale di Milano fa propria la tesi della sostanziale identità tra i due istituti, e da essa trae alcune importanti conseguenze, per quanto riguarda la ammissibilità della proposta e la risoluzione del concordato (2).

(2) Nel sistema anteriore alla legge fallimentare del 1942, la analogia tra cessione dei beni ai creditori e concordato mediante cessione era tutt'altro che pacifica: v. A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja e Branca - Legge fallimentare* a. c. di F.

In particolare, il Tribunale sostiene che il concordato preventivo con cessione dei beni prima della riforma, nel vigore della originaria formulazione dell'art. 186 co. 2° il quale stabilisce che nel caso di concordato mediante cessione dei beni, a norma dell'art. 160 comma secondo n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento avesse, proprio per effetto di questa norma "una configurazione autonoma rispetto al modello normativo tipico di cessione dei beni disciplinato dal codice civile"; e ciò nel senso che tale norma "eccezionale" costituisce una deroga al principio della cessione dei beni, sancito dall'art. 1984 c.c., secondo cui "se non vi è patto contrario il debitore è liberato verso i creditori solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione, e nei limiti di quanto hanno ricevuto". Questa norma "eghiorinata di legge", nel sistema previgente — si legge nel decreto — suppliva alla necessità di un "patto contrario", di natura contrattuale, richiesto dall'art. 1984 c.c. per ottenere la esdebitazione totale a seguito di pagamenti solo parziali.

Ciò premesso, il presupposto di ogni ragionamento sul tema deve essere che, probabilmente, la esdebitazione del debitore, che sia anche imprenditore commerciale, è e deve essere ispirata a logiche diverse da quelle della esdebitazione del debitore "civile". Pertanto, se si assume che la cessione dei crediti civilistica, normalmente, e in mancanza di un "patto contrario", sia liberatoria per il debitore solo nei limiti di quanto viene corrisposto ai creditori a seguito della liquidazione dei beni, la deroga, o la divergenza rispetto ad essa del concordato con cessione, restando al sistema previgente, non si verificava solo quando venissero pagate, con effetto totalmente esdebitatorio, percentuali inferiori al quaranta per cento (dei chirografari), ma si verificava in tutti i concordati che non prevedessero pagamenti integrali ai creditori chirografari (e quindi, statisticamente, in quasi tutti i concordati che hanno visto la luce nel nostro ordinamento). L'opinione preferibile sul sistema previgente è, a mio avviso, quella che assegnava — e assegna — al concordato *in sé*, e quindi al concordato di ogni e qualsiasi tipo (purché non fosse solamente dilatorio), una efficacia esdebitatoria diversa e più ampia di quella posseduta dalla cessione civilistica dei beni ai creditori. La deroga, infatti, non si aveva solamente se e quando, a seguito della liquidazione, si ottenesse meno del quaranta per

cento promesso obbligatoriamente ai creditori chirografari; ma anche quando si promettesse (e si pagasse), per es., il novanta per cento dei creditori chirografari. In tale ultima ipotesi il proponente, pagando novanta, veniva liberato per cento; se si fosse trattato di una cessione dei beni civilistica, pagando novanta sarebbe stato liberato per novanta, e sarebbe comunque sopravvissuta al contratto una percentuale di debiti insoluti pari a dieci.

Il concordato preventivo, quindi, in tutte le sue estrinsecazioni, e soprattutto nella versione caratterizzata dalla cessione dei beni, sul piano dell'efficacia verso i creditori (e senza volere estendere la osservazione all'efficacia verso i creditori non partecipanti, profilo che rafforzerebbe la conclusione della specialità del concordato rispetto alle cessioni dei beni ai creditori), aveva *in se* una portata diversa, e più ampia, della cessione ai creditori di stampo civilistico.

La deroga ai principi generali della cessione contrattuale, e in particolare alla necessità di un patto espresso per la esdebitazione totale in caso di pagamento parziale, non stava nell'art. 186 co. 2 l. fall., ma nell'intera struttura del concordato: diremmo oggi, nella sua filosofia di fondo, che era — e forse è ancora — quella di attribuire alla maggioranza del ceto creditorio, vincolando la minoranza, la decisione sui sacrifici da affrontare; il tutto sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, alla quale è affidato il compito di vigilare che i sacrifici siano equamente ripartiti, e che la decisione della maggioranza non sia totalmente opportunistica o irragionevole.

**B)** Il Tribunale ritiene che, per quanto riguarda la liberazione del debitore, la riforma abbia ricondotto il concordato preventivo mediante cessione nell'alveo originario del contratto di cessione dei beni. Ciò, come si è già osservato, sarebbe avvenuto mediante quella che il Tribunale chiama espunzione/abrogazione della originaria formula dell'art. 186 co. 2 (nel caso di concordato mediante cessione dei beni... questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento); formula che oggi è stata sostituita con un enunciato completamente diverso, valevole per ogni tipo di concordato: "il concordato non si può risolvere se l'insoddisfazione ha scarsa importanza".

Tenendo conto della nuova disciplina della risoluzione, il Tribunale afferma che oggi il debitore debba non solo indicare ma anche promettere e, in un certo senso — aggiungiamo — garantire (come obbligazione di risultato) il pagamento percentuale per i creditori chirografari. Non basta, come accadeva sotto il vigore del sistema precedente, che il debitore, offra tutti i beni esistenti nel suo patrimonio la cui valutazione faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura del quaranta per cento, con la conseguenza, espressamente voluta dalla legge, della stabilità e non risolvibilità del concordato

Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1979, p. 64 ss.; R. Miccio, *La cessione dei beni nel concordato*, Milano 1953, 180 ss. e 184. V. pure, per "sostanziali differenze", F. Savvì, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Commentario del codice civile a c. di A. Scialoja e G. Biondra*, sub artt. 1977-1986, Bologna-Roma, 1974, 311 ss.; e A. De Martino, *La "cessio bonorum" nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 85 ss. Dopo la riforma, v. tra gli altri G. Racugno, in *Trattato di diritto fallimentare*, dir. da V. Buonocore, Vol. I, Padova, 2010, 500, il quale accenna ad una ricostruzione in termini di *emptio spei*; A. Niero-D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, Zanichelli, 2009, 355; M. Farnani, *Diritto fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 2011, 612.

con cessione, dalla quale si ricavi poi meno della percentuale di legge. Oggi, ricondotto *ex lege* il concordato nell'alveo del contratto di cessione dei beni ai creditori, per effetto della espunzione/abrogazione della norma sulla risoluzione, non sarebbe possibile — come invece lo era ieri — la esdebitazione totale del proponente a fronte di un suo adempimento parziale, giacché la possibilità di quel "patto contrario" previsto dal codice per eventuali effetti interamente esdebitatori della cessione, non sarebbe più contenuto nella legge, e non sarebbe possibile a maggioranza.

Se questa ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale, cui il Tribunale aderisce, è esatta, resterebbe da dimostrare — riprendendo gli spunti sviluppati nel paragrafo che precede — per quale ragione debba ritenersi che il concordato *oggi* riproponga in campo fallimentare la regola codicistica dell'art. 1984, assunta come regola generale (quella della liberazione solo se vi è adempimento totale, e quella del non liberazione se vi è adempimento parziale). In realtà, come si è già accennato, il concordato, oggi come ieri, ha *in se* (assieme ad altre deroghe, come ad quella degli effetti verso i creditori non aderenti) la deroga al principio generale contenuto nell'art. 1984 c.c., perché esso libera interamente il proponente in cambio di pagamenti, e prestazioni varie, che normalmente sono solo parzialmente soddisfattive rispetto alle pretese dei creditori.

C) Per la verità, la tesi, fatta propria dal Tribunale, potrebbe contenere un sottile elemento inesplicito, che consentirebbe di superare la obiezione appena formulata. Infatti, se si ritiene che il concordato abbia *in se* valore esdebitatorio, tale effetto potrebbe essere collegato all'adempimento, dopo al passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione, dei debiti previsti nel piano e quindi falciati, e non quelli originari dai quali è dipesa la crisi. Dal momento della omologazione in poi, l'adempimento, da parte del debitore va riferito a ciò che ha promesso con il piano, e quindi il pagamento delle percentuali concordatarie deve essere considerato adempimento integrale, anche se, rispetto ai debiti dai quali si è partiti, l'adempimento è palesemente parziale. Rivive allora, e diventa evidente, il collegamento tra concordato e contratto di cessione dei beni, la cui esistenza è sostenuta nella motivazione del provvedimento: la liberazione del debitore si ha solo se le obbligazioni concordatarie vengano adempite; è necessario che in questa direzione l'impegno del debitore sia determinato.

Qualcosa di analogo (la riduzione dell'ammontare dei debiti del proponente) può aversi anche nel caso della cessione dei beni ai creditori al di fuori delle procedure concorsuali. Se infatti la cessione viene preceduta o accompagnata da una *transazione* sul *quantum* con efficacia novativa, l'adempimento, e la sua liberatorietà, dovranno essere valutati non con riferimento ai debiti originari ma in relazione ai debiti, come oggi dice la legge fallimentare, "ristrutturati". Questa sarebbe una via per ottenere la liberazione integrale del debitore, senza ricorrere espressamente al "patto

contrario" previsto dall'art. 1984 c.c. Ma questa via (quella della ristrutturazione dei debiti in parallelo alla cessione dei beni) — avverte il Tribunale a proposito del patto contrario dell'art. 1984 c.c. — non potrebbe essere percorsa con una decisione a maggioranza da parte dei creditori interessati alla cessione.

D) Il concordato diverge dunque dalla *cessio bonorum* perché questa consente anche la liberazione parziale del debitore, risultato che, in alcune circostanze, alle parti può apparire apprezzabile. La causa, o la funzione del concordato è invece la alternativa secca tra liberazione totale o risoluzione e fallimento. Il contratto di cessione permette al debitore di conseguire una liberazione solo parziale, anche se, nella stragrande maggioranza dei casi, è ovvio che il debitore aspiri ad una liberazione integrale o, come diremmo oggi "tombale". Il risultato della totale esdebitazione può essere conseguito attraverso quel patto aggiunto previsto dall'art. 1984 c.c., nel quale può intravedersi una transazione sul *quantum*, parallela al contratto di cessione, o con una autonoma pattuizione transattiva a carattere novativo. Se però nel contratto di cessione mancano il patto contrario, o la transazione novativa sulla riduzione degli importi dovuti, il pagamento parziale *a)* non potrà essere rifiutato e *b)* lascerà sopravvivere la parte del debito non soddisfatta. Tutto ciò nel concordato non può avvenire. Il concordato omologato, eseguito e non risolto, ha sempre effetto integralmente liberatorio. Già si è fatto cenno alla circostanza che, se si guarda ai debiti complessivi del proponente, e non alle percentuali promesse e realizzate, la procedura concordataria presenta uno scostamento rispetto al contratto di cessione perché *ex lege*, nel concordato, si raggiunge un effetto totalmente esdebitatorio, pur non essendovi pagamento integrale dei creditori. Ma anche quando il pagamento eseguito mediante il ricavato della liquidazione — inferiore ovviamente al dovuto originariamente — sia per ipotesi anche inferiore alle percentuali promesse nel piano, *ma non dia vita a risoluzione*, anche in questo caso si dovrà ammettere che il concordato ha efficacia totalmente liberatoria. Come si è già detto, qualora le percentuali distribuibili a seguito della liquidazione siano inferiori (ovviamente) al debito originario, inferiori alle percentuali promesse, e inferiori alla soglia di *tolleranza consentita dalla nuova disciplina della risoluzione*, non sarà possibile invocare, da parte del debitore, o da parte dei creditori, quella liberazione solo parziale, che sarebbe viceversa l'effetto normale del contratto di cessione. L'epilogo sarà, o la stabilità del concordato con liberazione integrale, o la risoluzione del concordato (salvi i problemi di *soluti retento* che potranno porsi per i creditori che abbiano ricevuto pagamenti parziali in esecuzione del concordato poi risolto).

3. In caso di concordato con cesso bonorum, non occorre, o è irrilevante ai fini della risoluzione, oggi come ieri, l'impegno al pagamento

delle percentuali offerte ai creditori. — La riforma della norma sulla risoluzione, e la attuale rilevanza dell'inadempimento secondo le regole ordinarie ai fini della risoluzione (solo l'inadempimento di *scarsa importanza* impedisce la risoluzione), comportano — secondo il Tribunale — che il debitore oggi debba *indicare* quali siano le percentuali *promesse*, e debba *garantire* il pagamento. Una proposta concordataria che non indichi le percentuali destinate ai creditori, e che non preveda un impegno del debitore al loro pagamento, sarebbe *inammissibile*, anche perché trasformerebbe il concordato in una operazione *aleatoria* a danno dei creditori, e soprattutto a danno dei creditori dissenzienti.

Distinguendo per comodità espositiva l'*indicare* dal *promettere*, è sicuramente fondato il rilievo che sia inammissibile una proposta nella quale il debitore *non indichi* in nessun modo quanto intende offrire ai creditori. Ma questa ipotesi appare puramente teorica e marginale, perché, o attraverso la previsione del ricavato della liquidazione, o attraverso le stime, o attraverso la attestazione del professionista sulla fattibilità, questo elemento della proposta, se non determinato, potrà essere considerato determinabile (3).

Analogamente, e a maggior ragione, è difficile imbarcarsi in concordati *con creditori divisi in classi*, nei quali il proponente dimentichi di indicare... le percentuali di pagamento destinate alle classi. Se ciò dovesse accadere, e se la incertezza o la indeterminabilità dovessero perdurare fino alla votazione e alla omologazione, non vi è dubbio che questo sgangherato concordato dovrà essere considerato inammissibile.

La tesi della inammissibilità non può però essere sostenuta, con la stessa determinazione, per la ipotesi che il debitore, oggi come ieri, offra in cessione i suoi beni, ne quantifichi il presumibile valore di realizzo, indichi analiticamente le percentuali destinate ai creditori o alle classi di creditori, descrittiva le possibili modalità future di liquidazione, indichi un termine per l'inadempimento, *ma non assuma un impegno o una garanzia di pagamento* (4).

(3) L. Pica in *Fallimenti e concordati*, a c. di P. Celentano e E. Forgillo, Torino-Milano 2008, 1084. Sulla necessità che la proposta sia determinata o determinabile, vedi anche, G. Iacini, *Il concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, dir. da G. Fauceglia e L. Panzani, vol. 3, Torino, Utet, 2009, 1603 e F. CAVALA, *L'esame della proposta concordataria*, in *Le procedure concorsuali* a cura di A. Caiata, coordinato da S. De Matteis e S. Scarafoni, II, Padova, Cedam, 2011, 1313.

(4) V. sulla questione, che registra diverse prese di posizione, L. GUGLIEMucci, *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2011, 327-328; G. RACIGNO, (nt. 1), 500; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare* a c. di A. Didone, vol. II, Torino, Giappichelli, 2009, 1783; G. LO CASCO, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2011, 694 il quale, pur consapevole del diverso orientamento della giurisprudenza prevalente, sostiene che il concordato preventivo non possa essere soggetto a risoluzione in dipendenza del risultato negativo della liquidazione, ipotizzando però una responsabilità del debitore o di altri soggetti che abbiano prestato la loro opera per la attuazione del concordato; M. FERRO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario dir. da A. Iorio e coord. da M. Fabiani, t. II, Bologna,

Nulla vieta che il debitore possa veramente promettere ai creditori, con una partizione espressa, e con garanzie vere e proprie, non previste ma nemmeno vietate (5), il pagamento delle percentuali.

Ma, prescindendo da tale ipotesi (che darebbe vita, forse, ad un concordato diverso da quello consistente nella cessione dei beni), anche oggi, nel concordato con cessione dei beni, la promessa, o la garanzia, del debitore circa la effettività dei valori ricavati dalla liquidazione, o si basa su garanzie reali o personali in senso stretto, che andrebbero ad *aggiungersi* alla garanzia generica del patrimonio, trasformando la natura del concordato; o nulla aggiunge alla struttura legale del procedimento.

Il debitore che ceda tutto il suo patrimonio, anche quello personale, ai creditori, può arricchire, in termini di effettività, la garanzia (generica) costituita dai beni messi a disposizione mediante *ulteriori* garanzie, personali o reali, tipiche o atipiche, proprie o di terzi. Così facendo, egli assegnerebbe alla cessione una funzione *accessoria di garanzia* che rafforzerebbe la obbligazione concordataria *principale*, che sarebbe quella del pagamento. Il concordato, come esattamente è stato messo in risalto da una parte della giurisprudenza, rinfuirebbe nell'area del concordato "mistito" (6). Ma, prescindendo dalla ipotesi oggi consentita di concordato con cessione solo parziale, se il debitore, senza ricorrere a garanzie ulteriori, si limita a formulare un impegno a pagare *in ogni caso* le percentuali concordatarie, anche se la liquidazione di tutto il patrimonio offerto non dia i risultati sperati, la promessa o l'impegno nulla aggiungono e per nulla rafforzano la obbligazione concordataria, se non altro perché il debitore, per definizione, non ha più un patrimonio ulteriore al quale attingere.

Il Tribunale di Milano, però, attribuisce alla promessa di pagamento, di cui ipotizza la obbligatorietà (anche) nel concordato mediante *cessio honorum*, un valore specifico, collegato alla nuova disciplina della risoluzione. L'impegno del debitore sarebbe indispensabile perché esso renderebbe agevole la applicazione della norma che prevede la risoluzione del concordato, in quanto solo rispetto ad un impegno determinato è possibile

Zanichelli, 2007, 2366 ss. V. pure M. FERRO, in *La legge fallimentare*, a c. di M. Ferro, Padova, Cedam, 2011, 1724 ss.; L. PICA, 1171; P. PALARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2008, 810, nt. 6 e 824 ss.; P. SIRINI, *sub art. 186 l. fall.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, tomo III, art. 160-215 a c. di A. Negro, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, Giappichelli, 2010, 2366, ma con formula dubitativa M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., 613; T.E. CASSANO, *Il piano concordatario ed il suo contenuto*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, III, Torino, Giappichelli, 2011, 57.

(5) V. sulla necessità che anche il concordato con cessione preveda garanzie di adempimento, nel sistema previgente R. MICCO, (nt. 2), 200 ss.; A. BONISTRONI, (nt. 2), 68 ss.; nel sistema attuale, G. RACIGNO (nt. 3), 500, 501. Sulla garanzia che possono essere offerte ai creditori, vedi N. ROCCO DI TOREPADULA, *Il concordato preventivo*, in G. FAUCEGLIA, N. ROCCO DI TOREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, Zanichelli, 2010, 327.

(6) Cass. 25 giugno 2011 n. 13817, in *Fallimento*, 2011, 935; Trib. Genova 2 luglio 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

valutare se l'inadempimento è grave o lieve. È implicita, nel pensiero del Tribunale, la convinzione che un concordato basato, come accadeva in passato, su risultati aleatori della liquidazione non consenta — soprattutto ai creditori dissenzienti — di difendersi utilizzando il meccanismo della risoluzione. Dunque, l'impegno del debitore al pagamento delle percentuali — senza il ricorso a avere e proprie garanzie aggiunte a quelle della cessione dei beni — avrebbe un significato ed un effetto: quello del rafforzamento, per i creditori dissenzienti, della disciplina della risoluzione del concordato.

La tesi sostenuta dal Tribunale consentirebbe di imporre al debitore una condotta nell'interesse dei soggetti deboli della procedura, prescindendo da agnostici rinvii alle decisioni della maggioranza dei creditori, che consapevolmente assume il rischio della liquidazione e quello di una più blanda risoluzione. In sintesi, la giurisprudenza, a questo proposito, ritiene che si potrebbe imporre ai creditori dissenzienti la falcidia del concordato, ma non anche la aleatorietà della liquidazione e il "depotenziamento" della risoluzione. Ma questo argomento non è decisivo. La nuova disciplina della risoluzione si applica, allo stesso modo ed indifferentemente, sia ai concordati senza la promessa e garanzia di pagamenti delle percentuali, sia ai concordati con la promessa e garanzia richiesta dal Tribunale di Milano. Un impegno al pagamento, nel concordato mediante cessione, non rafforza veramente la disciplina della risoluzione. Non è, in definitiva, consentito ai creditori "marginali" di togliere al ceto creditorio la possibilità di un concordato mediante cessione e senza impegno di pagamento, quando il debitore non disponga di altri beni, e quando il fallimento matematicamente non dia ai creditori nessuna prospettiva migliore rispetto al concordato. D'altro canto dare ai creditori marginali una risoluzione più forte, se la risoluzione porta al fallimento, ha veramente un senso? Procura veramente un vantaggio? È giusto ed utile dichiarare inammissibile una proposta concordataria solo perché essa riduce (ammesso che la riduca veramente) l'area di una futura, lontana, ipotetica e vana azione di risoluzione?

4. *L'alternativa tra concordato mediante cessione bonorum e concordato mediante datio in solutum.* — È necessario, secondo l'approfondito ragionamento del Tribunale, distinguere tra concordato che preveda una cessione dei beni di tipo liquidatorio, e una cessione dei beni che rappresenterebbe una *datio in solutum*, che avrebbe invece valore liberatorio, indipendentemente dal valore realizzato nella liquidazione dei beni (e, aggiungerei, indipendentemente dalla stessa liquidazione dei beni) (7).

(7) Nel sistema previgente S. SORCIA, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1949 il quale — p. 70 — esprime qualche dubbio

La distinzione tra la tesi della *cessio* e quella della *datio* riverbera i suoi effetti sulla soluzione di molti problemi, anche pratici, perché la *datio in solutum* accentua i profili traslativi dal debitore ai creditori che, viceversa potrebbero addirittura del tutto mancare nella *cessio bonorum* (8). Questa distinzione imporrebbe, per completezza di indagine, di prendere in esame figure di teoria generale più ampie, come il cd. *abbandono liberatorio dei beni*, di cui erano esempio la procedura di *concordat par abandon d'actif* (9) o le "cessioni liquidative" (10).

L'occasione è propizia per ricordare anche, come elemento di ulteriore complicazione del quadro di insieme, che sempre più frequentemente la cessione concordataria, ha per oggetto beni che non appartengono al debitore ma a terzi estranei (11), il che crea problemi ancora oggi insoluti sul *titolo giuridico* che consente la acquisizione e la liquidazione di beni che non appartengono al debitore.

La distinzione tra concordato mediante *cessio* e concordato mediante *datio* si baserebbe sulla volontà del proponente, il quale sarebbe libero di offrire ai creditori sia l'una sia l'altra forma di concordato (12), anche se — come afferma il Tribunale di Milano — il concordato mediante *datio in solutum* finirebbe per avere una *causa meramente aleatoria*, giacché impedendo di chiedere una risoluzione per inadempimento, trasferirebbe per intero il rischio del concordato sui creditori stessi. La cessione dei beni sarebbe uno strumento di attuazione e non di sostituzione dell'obbligazione di pagamento.

In effetti, anche nel sistema anteriore alla riforma, vi erano grandi ostacoli concettuali a configurare la cessione concordataria come *datio in solutum* ex art. 1197 c.c. Ma ciò non tanto per la aleatorietà del risultato della liquidazione, giacché la *datio in solutum*, nella sua configurazione tradizionale, se la prestazione in luogo del pagamento consiste nel trasferimento della proprietà di un bene, non comprende un obbligo di liquida-

sulla possibilità di commistione tra le due figure. Per il sistema attuale v. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTINO, Padova, Cedam, 2008, p. 35; S. AMBROSINI, P. G. DEMARCI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 22-23; L. PICA, (nt. 3), 1088.

(8) In questa direzione va la analisi condotta da R. MICCIO, (nt. 2) spec. p. 41 ss. il quale sostiene v. pag. 176 ss. e 182 che il concordato abbia effetti "reali nei confronti della massa dei creditori".

(9) V. S. SORCIA, (nt. 7) 13 e *in* nota 6; F. SALVI (nt. 2), 292 ss.; R. MICCIO, (nt. 2), 171, nota 9.

(10) Sistemáticamente ricostruite da M. SIMELLI, *Le cessioni liquidative*, vol. I, Napoli, Jovene, 1959, e vol. II, Napoli, 1962.

(11) V. sul tema F. RASCONSE, *Il piano del concordato preventivo con messa a disposizione di beni dei terzi: profili negoziali e notrizi*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, dir. da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, vol. III, Torino, Giappichelli, 2009 p. 1627 ss.; L. GUOTERMOCCI, (nt. 3), p. 528, (nt. 5).

(12) Il quadro ricostruito si complica se si ritiene che la *cessio bonorum* sia un tipo particolare di *datio in solutum*, v. S. SORCIA, (nt. 7), 13 e *in* nota 5.

zione del bene oggetto della *datio*, ma implica la soddisfazione dei creditori direttamente attraverso la attribuzione ad essi della proprietà un bene in natura (13).

La cessione concordataria, vista come prestazione in luogo dell'adempimento, determinerebbe una proprietà o una contitolarietà dei beni in capo alla massa dei creditori, e qui esaurirebbe la sua funzione. Poiché però questo istituto non si presta a risolvere i problemi del concorso dei creditori, che esige la liquidazione del patrimonio (liquidazione alla quale fanno riferimento quasi tutte le norme che regolano il concordato mediante cessione), e il riparto rispettando le legittime cause di prelazione (come è imposto dalla legge già nella cessione dei beni ai creditori, e come è naturale che sia nel concordato), esso non può essere utilizzato dall'imprenditore per la regolamentazione della crisi dell'impresa. In definitiva l'istituto della *datio in solutum* è fondamentalmente uno strumento di adempimento delle obbligazioni nei rapporti non caratterizzati dalla pluralità e dal concorso dei creditori, come invece è la *cessio bonorum*. E anche quando esso appare nelle possibilità concesse dal nuovo concordato preventivo, dopo la riforma, non perde questa caratteristica: quando la legge fallimentare, all'art. 160, per la soddisfazione dei creditori... prevede la *cessione dei beni*... la *attribuzione ai creditori di azioni, quote, ovvero obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito e la attribuzione delle attività ad un assunto* con queste varie formule (che spingono un po' tutti ad affermare che il concordato oggi ha un assetto "variabile") la riforma ha introdotto nel concordato la possibilità di cessioni "non liquidative", e quindi cessioni o attribuzioni con efficacia direttamente estintiva delle obbligazioni, come accade per la *datio in solutum* o per la assegnazione giudiziale (con enormi complicazioni teoriche o pratiche per quanto riguarda la risoluzione del concordato che abbracci una serie eterogenea di soluzioni) (14). Questo ragionamento vale anche per la attribuzione di beni *all'assuntore*, a proposito della quale si era sviluppata in passato una discussione tra coloro che sostenevano che l'assuntore dovesse necessariamente procedere alla liquidazione dei beni, e coloro che — forse più

(13) E. NOBILI, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, in *www.judicium.it*, 10; G. JACHA, (nt. 3), 1603-1604; CASSANDRO, *Il piano concorsuale e il suo contenuto*, cit., 53. Sulla necessità che le attribuzioni di beni diversi dal Trib. Bologna, 15 dicembre 2008, medita ma citata da GALLETTI, Art. 160, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da C. Cavallini, III, Milano, Giuffrè 2010, 335.

(14) Per la possibilità che il piano preveda l'adempimento attraverso una *datio in solutum*, che "assicura la consegna di un determinato bene, ma non il risultato monetario finale", vedi M. SANDULLI, *Sub art. 160, in La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, di concordato vedi anche F. GURESKA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca, borsa, della crisi d'impresa*, Milano, Giuffrè 2011, 214.

esattamente — sostenevano che l'assuntore avesse un interesse alla proprietà dei beni in sé e per sé.

5. *I rischi che il concordato possa diventare aleatorio.* — È frequente la affermazione: il concordato con cessione dei beni non può consistere in una operazione "aleatoria" (15).

Sarebbe aleatorio — per i creditori dissenzienti — il concordato mediante cessione, con il rischio della liquidazione interamente a carico dei creditori, approvato a maggioranza. La aleatorietà renderebbe "privo di causa" il concordato (così come "privo di causa" sarebbe il concordato con cessione e con promessa di pagamento di percentuali "irrisorie") (16).

Il tema della aleatorietà, e quello della risoluzione ripropongono l'argomento di cui ci occupiamo sul terreno delle ricostruzioni privatistico-contrattuali. La domanda è se, per contrastare gli abusi della pratica, sia veramente utile ed appropriato il richiamo alla categoria della aleatorietà, che già di per sé suscita numerosi ed irrisolti interrogativi (17), oppure se — ferma restando la necessità di non assecondare quegli abusi — l'alea della liquidazione infruttuosa dei beni ceduti non sia di per sé un dato patologico concordato (18). Anche la dottrina dominante tende ad attribuire al concordato con cessione lo stesso tasso di aleatorietà che caratterizza la *cessio bonorum* (19). L'alea dell'inadempimento o della insolvenza del debitore non dovrebbe, in definitiva, essere rilevante come vizio del procedimento (o del contratto, soprattutto se si accetta la tesi che il concordato sia riconducibile allo schema della transazione).

(15) Così si legge anche nella sentenza Cass. 15 settembre 2011 n. 18864, sopra cit.; G. RACUGNO, (nt. 3), 500 il quale accenna ad una ricostruzione in termini di *emptio spei*.

(16) Vedi Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551. In senso favorevole alla previsione di classi di creditori non soddisfatti, vedi G. JACHA, (nt. 3), 1601-1603; CASSANDRO, (nt. 4), 52 e A. NISIO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, Utet, 2012, 86.

(17) M. PARADISO, *Gioco, scommessa e rendite*, in *Trattato di diritto civile* dir. da R. Sacco, Torino, 2006, p. 39 e *ivi* nota 21; G. DI GRANDONICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, Cedam, 1987, p. 208 ss.; R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enciclopedia del diritto*, 1958, p. 1015, ss.; L. BURRANO, *Del gioco e della scommessa*, in *Commentario Scialoja e Bianca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1986; E. VASICCHI, *Il gioco e la scommessa*, in *Trattato Scialoja e Bianca*, Bologna-Roma, Messineo Mengoni, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1986; C.A. FINAOLI, *Il gioco e la scommessa*, in *Trattato Vassalli*, IX, 2, 1961; D. RICCO, *Il gioco e la scommessa*, in G. Di Grandonico-D. Ricco, *I contratti aleatori*, in *Trattato Bessone*, XIV, Torino, Utet, 2005.

(18) Come afferma con chiarezza una parte della giurisprudenza: v. ad es. Cass. 23 giugno 2011 n. 13817, e Trib. Genova 2 luglio 2011, cit., l'unico obbligo assunto dal debitore è quello di porre a disposizione dei creditori beni liberi da vincoli ignoti che ne impediscono la liquidazione ovvero ne alterano in modo sensibile il valore spettando ai creditori, che ne condividano la valutazione, accettare il rischio di un diverso esito della liquidazione.

(19) L. GUARIELMUCCI, (nt. 3), 528 e 340 la aleatorietà... dovrebbe condurre ad escludere la risolubilità (se si ricava una percentuale inferiore a quella "ipotizzata").

La tesi della inammissibilità di un concordato aleatorio escluderebbe anche la possibilità di una concordato *pro soluto*. E nota la distinzione tra concordato *pro solvendo*, che comporterebbe il diritto del debitore all'eventuale supero del ricavo della liquidazione, e concordato *pro soluto* che comporterebbe il diritto dei creditori all'intero ricavo della liquidazione, anche se superiore alla percentuale garantita (20).

La ipotesi di concordato *pro soluto* distribuisce l'alea, come è giusto che sia, in maniera eguale tra le due parti contrapposte: i creditori corrono l'alea della insufficienza, il debitore quella dell'esubero. La necessità (e sufficienza) dell'impegno al pagamento di percentuali determinate — a meno che non si affermi che le percentuali determinate sono le percentuali "minime" — priverebbe i creditori della possibilità di fruire, come accade nel concordato *pro soluto*, di vantaggi di una liquidazione fruttuosa con risultati superiori alle previsioni.

Per la verità la giurisprudenza che sottolinea la necessità di non assecondare concordati aleatori si riferisce in modo particolare ai diritti dei creditori *dissentienti* o di *minoranza*. L'alea del concordato, normale o anomala che sia, è assunta consapevolmente dai creditori della maggioranza, i quali però non possono imporre il proprio punto di vista agli altri (21). Questo argomento, come sul dirsi, "prova troppo". È nella filosofia del concordato che la maggioranza decida anche il sacrificio della minoranza. Non si vede quale sia la differenza tra l'ipotesi di una maggioranza di creditori che approvi un concordato, con percentuali ai limiti di quella "irrisorietà" che farebbe scattare l'intervento del tribunale (percentuali minime giustificate dal dissesto senza alternative del debitore), e l'ipotesi di una maggioranza che approvi un concordato "aleatorio", che però potrebbe dare, nel tempo, risultati migliori di quelli tenuti.

AMDEO BASSI

(20) Per la distinzione G.U. TARDI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, Cedam 2006, p. 568; G. LO CASCO, (nt. 3), 656; per la tesi del *pro soluto* G. RACUGNO, (nt. 3), 501, n. 136; L. PICA, (nt. 3), 1087; L. PICA, 1087-1088, 1139. La distinzione però, già prima della riforma, destava perplessità: v. per tutti A. BONSONORI, (nt. 2), 67.

(21) Su fondamento e limiti del principio di maggioranza nel concordato, nonché sugli strumenti di tutela dei creditori di minoranza, vedi SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di soci di minoranza e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 32 ss.; Id., *Dati omogeneità degli interessi ai creditori di minoranza*, in *nt.*, 1062 ss.; FARNI, *Brevi riflessioni su 437 ss.*; Id., *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 2009, 578 ss.; STRANGIULINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concordatarie*, in *Fallimento*, 2006, 381; D'ARCORE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *questa Rivista*, 2010, I, 392 ss.; DI MARZIO, (nt. 14), 244 ss.; Cass., 10 febbraio 2011, n. 5274, in *Fallimento*, 2011, 403 ss.

## L'organismo di vigilanza ex d. lgs. n. 231 (\*)

1. L'inserimento dell'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 nel sistema dei controlli nella società per azioni pone delicati problemi. Il d.lgs. n. 231, infatti, disciplina l'istituto in termini generali per gli enti in relazione ai quali è prevista la responsabilità amministrativa, senza preoccuparsi di cercare un coordinamento con la normativa di diritto societario.

Anzitutto è discussa la stessa natura dell'organismo di vigilanza. Si tratta di stabilire se esso sia un organo societario capace di compiere atti con rilevanza esterna o un ufficio dell'impresa, i cui atti — di carattere consultivo o propositivo, ma non decisivo — sono privi di rilevanza esterna.

A sostegno della seconda tesi si è argomentato dal principio di tipicità degli organi societari (Galletti, Sfameni), a sua volta desunto dalla riserva di legge che copre l'istituzione di organi che, in quanto meccanismi di imputazione, attingono alla materia della soggettività giuridica, riservata a norme primarie (Stella Richter jr.).

In questa sede non è necessario interrogarsi sulla fondatezza dei presupposti teorici dai quali muove la costruzione ora richiamata. È infatti sufficiente rilevare che — ove si ritenesse, sulla base di argomenti di diritto positivo e della considerazione degli interessi meritevoli di protezione giuridica che caratterizzano la fattispecie, di riconoscere in via interpretativa all'organismo di vigilanza la possibilità di compiere atti con rilevanza esterna — questa conclusione potrebbe essere conciliata con il principio di tipicità degli organi societari, fondando sulla normativa del d.lgs. n. 231 l'identità dell'organismo di vigilanza a essere meccanismo di imputazione. Pertanto la questione della qualificazione dell'organismo di vigilanza come organo societario o invece come ufficio dell'impresa costituisce un *posterius* e non un *prius* rispetto alle scelte di diritto positivo. Essa quindi assume un rilievo essenzialmente classificatorio e, come tale, può essere qui tralasciata.

(\*) Questo lavoro riproduce il testo di una relazione presentata al convegno su *Corporate Governance e sistema dei controlli nella s.p.a.*, organizzato dalla Fondazione Cesim Alberto Predieri e tenutosi a Firenze nei giorni 14 e 15 aprile 2011.