

Svolgimento del processo

Con decreto depositato in data 19 maggio 2009 la Corte d'appello di Napoli, riformando il provvedimento del Tribunale, ha omologato il concordato proposto nell'ambito del fallimento della Italgest s.p.a. dalla Cattaneo Ventisei s.r.l. che, in estrema sintesi, a fronte della cessione dei beni, diritti e azioni costituenti l'attivo fallimentare, prevede, oltre al pagamento dei crediti prededucibili e delle spese di giustizia, il pagamento integrale dei creditori privilegiati e nella misura del 40% di quelli chirografari, nonché, in favore di questi ultimi e in proporzione dei loro crediti, la corresponsione di una quota aggiuntiva derivante dal ricavato delle azioni di massa cedute alla proponente con la sola esclusione di quelle pendenti nei confronti del Banco Popolare Soc. Coop. per revocatoria e Contro il decreto ha proposto un primo ricorso la curatela del fallimento Italgest s.p.a. affidandosi a cinque motivi;

resistono la Cattaneo Ventisei, che, propone altresì ricorso incidentale con un unico, complesso motivo, il Comune di Calvizzano s.r.l. e il Banco Popolare; ha altresì proposto controricorso e ricorso incidentale il Comune di Boscoreale con quattro motivi cui resiste la proponente con controricorso.

Un secondo, successivo ricorso, articolato in otto motivi, è stato proposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e ad esso resistono la Cattaneo Ventisei s.r.l., il Banco Popolare e il Comune di Calvizzano.

Un terzo ricorso, ultimo in ordine di tempo, con il quale si enunciano quindici motivi di censura, è stato infine proposto dalla Banca della Campania s.p.a.; resistono la Cattaneo Ventisei s.r.l., il Banco Popolare, il Comune di Calvizzano e quello di Pompei.

Hanno depositato memorie la curatela del fallimento Italgest s.p.a., la cattaneo 26 s.r.l. e la Banca della Campania s.p.a..

Tutti i ricorsi sono stati riuniti in udienza in quanto proposti nei confronti della stessa sentenza.

Motivi della decisione

In via prioritaria deve essere valutato il primo motivo del ricorso incidentale della Cattaneo Ventisei s.r.l. che propone una questione peraltro rilevabile d'ufficio; in particolare, viene denunciata l'inammissibilità del ricorso del curatore quale conseguenza dell'assenza della qualifica di parte processuale in senso sostanziale del medesimo.

La Corte d'appello, investita dell'eccezione circa l'inammissibilità dell'intervento del curatore che si è costituito col ministero del difensore nel giudizio proposto dalla Cattaneo Ventisei s.r.l. avverso il diniego di omologazione, l'ha rigettata facendo discendere la qualità di parte del curatore dalla formulazione letterale della L. Fall., art. 131, laddove, nel testo conseguente al D.Lgs. n. 5 del 2006 applicabile *ratione temporis* al procedimento in discorso, prevede la notifica del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione del reclamo "al curatore e alle altre parti", interpretando dunque il termine "altre" come "parti ulteriori rispetto al curatore". Tale interpretazione non sarebbe tuttavia corretta se intesa come volta ad attribuire al curatore il ruolo di parte anche in senso sostanziale, anche se non è questa l'interpretazione da dare necessariamente alla motivazione del giudice del merito che in realtà è volta a giustificare unicamente la presenza nel procedimento di reclamo del curatore; in tale procedimento la costituzione del curatore è stata correttamente ammessa in quanto derivante dal suo ruolo, come si dirà, di parte in senso formale.

Dovendosi dunque qualificare il ruolo processuale del curatore nell'ambito del giudizio di omologazione e prescindendo dal rilievo dell'ambiguità del riferimento, posto che il termine "altre" può (e si vedrà che in realtà deve) essere interpretato come riferito alle parti ulteriori rispetto al ricorrente che ovviamente è parte nel giudizio, si deve innanzitutto considerare che con il D.Lgs. n. 169 del 2007, la formulazione della norma è divenuta maggiormente precisa ed inequivoca dal momento che solo per il fallito, per il proponente e per gli oppositori dispone che non deve essere loro notificato il decreto se sono essi stessi

reclamanti, implicitamente escludendo che reclamante possa essere il curatore (sempre che non sia esso stesso proponente e sempre che tale ruolo gli venga riconosciuto). E che le modifiche apportate dal c.d. decreto correttivo abbiano tendenzialmente un indubbio valore interpretativo, laddove non ne sia evidente la portata innovativa, è già stato ritenuto dalla Corte con sentenza n. 22150/2010.

A parte l'interpretazione letterale, inducono comunque ad escludere la qualità di parte in senso sostanziale del curatore fallimentare considerazioni di carattere sistematico. L'organo in questione, infatti, se pure ha acquisito una nuova rilevanza nell'ambito della procedura fallimentare, solo parzialmente appannata dalla 'promozione del comitato dei creditori operata con il decreto correttivo, resta pur sempre un organo della procedura che interviene nella stessa in virtù della sua funzione pubblicistica di soggetto dotato di poteri di gestione e di ausiliario del giudice per lo svolgimento delle funzioni a questi riservate; nell'ambito della procedura il curatore è dunque una parte sui generis e solo in senso formale (così, per il concordato preventivo e con riferimento al commissario giudiziale, Cass. civ., sez. 1^a, 9/5/2007, n. 10632; conforme Sez. 1^a, 9/2/2007, n. 2886) che è dotata di specifici poteri processuali e dunque anche di quello di impugnazione solo laddove la norma espressamente glieli riconosca (come avviene nell'ambito dell'accertamento del passivo) oppure abbia un proprio specifico interesse. Per quanto attiene al concordato fallimentare in particolare, il curatore interviene nel procedimento con funzioni che nulla hanno a che vedere con il ruolo di parte processuale quali il parere sulla proposta, la relazione sull'esito della votazione, la relazione definitiva in via sostitutiva del comitato dei creditori silente, l'iniziativa per la sottoposizione al voto di eventuali proposte ulteriori rispetto a quella scelta dal comitato (dopo le modifiche introdotte con la L. n. 69 del 2009, art. 61), la comunicazione del decreto del giudice delegato che fissa le modalità per l'inizio del giudizio di omologazione. Ne consegue che anche nel giudizio di omologazione il ruolo del curatore è definito ed è, ferma la funzione di ausiliario del giudice, quello di essere unicamente il necessario contraddittore processuale, in virtù del disposto dell'art. 26 richiamato dall'art. 129, del proponente e degli eventuali oppositori nella sua qualità di rappresentante della massa dei creditori o, se si vuole, della procedura; nulla autorizza, per contro, a ritenerlo legittimato all'opposizione neppure nel caso di parere contrario alla proposta dal momento che tale facoltà non gli viene espressamente riconosciuta e non può farsi rientrare nella generica categoria composta da "qualsiasi altro interessato" poichè se il suo interesse fosse ritenuto connesso al ruolo il legislatore lo avrebbe menzionato tra i legittimati come ha fatto, implicitamente, per il fallito e i creditori dissenzienti imponendo la notifica nei loro confronti del decreto del giudice delegato contenente il termine per la proposizione dell'opposizione.

La carenza di legittimazione all'opposizione comporta quale ovvia conseguenza la carenza della legittimazione al reclamo contro il decreto che decide sull'omologazione e quindi al ricorso per cassazione contro la decisione della corte d'appello posto che anche nell'ambito di tali procedimenti il curatore è solo una delle necessarie controparti del reclamante o del ricorrente con il ruolo di rappresentante della massa ma senza che ciò comporti l'attribuzione in suo favore del potere di impugnazione dal momento che gli interessi in gioco possono essere tutelati dai titolari dei medesimi e cioè il proponente, il fallito e i singoli creditori.

La fondatezza della censura esaminata esime dal valutare le ulteriori ragioni di doglianza circa il ricorso e relative alla invalidità della procura rilasciata dal curatore.

L'inammissibilità del ricorso della curatela comporta la perdita di efficacia del ricorso incidentale proposto dalla Cattaneo Ventisei s.r.l. nonché di quello, anch'esso incidentale, proposto dal Comune di Boscoreale, essendo entrambi tardivi in quanto proposti rispettivamente con il tempestivo controricorso il 13 e il 17 luglio 2009 e quindi ben oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione del decreto della Corte d'appello (L. Fall., art. 131, e art. 334 c.p.c.) effettuata rispettivamente il 25 e il 27 maggio 2009.

L'ulteriore ricorso è stato proposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e deve essere esaminato poichè, pur qualificabile come incidentale in quanto notificato in data successiva al ricorso della curatela,

non è qualificabile come incidentale tardivo, essendo stato notificato il 23 giugno 2009 e quindi nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del decreto impugnato avvenuta il 27 maggio 2009.

Per le stesse ragioni deve essere altresì valutato il ricorso proposto dalla Banca della Campania s.p.a. (comunicazione del decreto: 29 maggio 2009; notificazione del ricorso: 29 giugno 2009, essendo il 28 domenica).

Giova premettere alla disamina dei motivi che alla procedura de qua si applica il c.d. rito intermedio disciplinato dal D.Lgs. n. 5 del 2006; la domanda di concordato, infatti, è stata depositata in data 22 maggio 2007 e l'art. 150 del citato decreto dispone che solo le procedure di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del decreto stesso (16 luglio 2006) sono definite secondo la legge anteriore, mentre le modifiche apportate con il D.Lgs. n. 169 del 2007, regolano le procedure di concordato fallimentare "aperte" successivamente alla sua entrata in vigore (art. 22) e quindi a far tempo dal 1 gennaio 2008, data alla quale il concordato di cui si tratta, presentato con proposta depositata il 22 maggio 2007, scrutinata con parere favorevole dal curatore in data 7 novembre 2007, e licenziata dal giudice delegato con il provvedimento in data 21 dicembre 2007 con il quale ne veniva disposta la comunicazione ai creditori, era senz'altro da considerarsi "aperto", pur in assenza di un formale provvedimento in tal senso non previsto dalla disciplina del concordato fallimentare, non potendosi comunque posticipare l'individuazione del momento processuale in discorso oltre quello coincidente con l'esame operato dal giudice delegato sulla ritualità della proposta (L. Fall., art. 125, comma 2) che costituisce il primo intervento del giudice sul contenuto della stessa.

I due ricorsi possono essere esaminati congiuntamente in quanto presentano più di una censura in comune e di conseguenza l'ordine della discussione dei motivi non rispecchia necessariamente quello con cui gli stessi sono stati dedotti.

Con il secondo motivo del ricorso della Banca della Campania (in seguito solo "Banca") si deduce violazione della L. Fall., art. 125, art. 112 c.p.c., per avere omesso la Corte d'appello di valutare la causa di improcedibilità della domanda di concordato derivante dalla mancanza del parere favorevole del curatore fallimentare il quale, dopo essersi pronunciato in favore della proposta, nel giudizio di reclamo ha assunto una posizione diametralmente opposta nella memoria di costituzione criticando la proposta stessa sotto diversi profili.

Il motivo è infondato. Il curatore, secondo la disciplina rilevante *ratione temporis*, è chiamato a pronunciarsi due volte sulla proposta di concordato: una prima volta subito dopo il deposito della proposta stessa e una seconda nell'ambito del giudizio di omologazione e dopo l'approvazione da parte dei creditori; tuttavia l'esistenza di un parere favorevole (così come di quello del comitato dei creditori per la disciplina attuale) è condizione di procedibilità solo con riferimento alla fase anteriore alla votazione dei creditori in quanto viene espressamente previsto che il giudice delegato ordini la comunicazione della proposta ai creditori "acquisito il parere favorevole del curatore" (art. 125); nessun richiamo al contenuto del parere del curatore è invece rinvenibile nell'art. 129 per quanto concerne il giudizio di omologazione e l'assenza è del tutto ovvia dal momento che detto parere è unicamente rivolto al tribunale che deve decidere sull'omologazione ma non può certo avere l'effetto di mettere in non cale l'avvenuta approvazione da parte dei creditori bloccando la procedura o condizionandone l'esito.

E' dunque del tutto irrilevante sotto il profilo della procedibilità la valutazione della proposta operata dal curatore nella fase dell'omologazione, fermo restando che, nella fattispecie, anche tale parere è stato favorevole e la posizione dell'organo della procedura è formalmente mutata solo nel giudizio di reclamo.

Con il terzo motivo del ricorso della Banca si deduce violazione dell'art. 129 per non avere la corte di merito ritenuto la nullità del giudizio di omologazione per l'omessa comunicazione all'impresa fallita dell'approvazione della proposta di concordato.

Il motivo è inammissibile sotto un duplice profilo. In primo luogo risulta dalla motivazione dell'impugnato decreto che, contrariamente all'assunto della ricorrente, "il risultato di approvazione della proposta è stato comunicato...agli amministratori della società fallita..." per cui l'erronea percezione di tale dato di fatto, considerato assodato senza specifica argomentazione, avrebbe dovuto essere censurata nell'ambito di un giudizio di revocazione. E' il caso di osservare che non contrasta con tale affermazione la reiezione operata dalla Corte d'appello dell'eccezione del Banco Popolare circa la non integrità del contraddittorio in primo grado in quanto il giudice del merito si è occupato solo degli effetti della mancata comunicazione alla fallita delle opposizioni che è adempimento procedurale diverso dalla comunicazione dell'esito del procedimento di approvazione della proposta che è il solo oggetto della censura contenuta nel motivo in esame.

In ogni caso difetta l'interesse della ricorrente dal momento che non viene evidenziato quale documento la stessa abbia avuto dall'ipotetica omissione della comunicazione alla fallita che è finalizzata alla proposizione dell'opposizione all'omologa cui anche la ricorrente era legittimata e che in effetti ha proposto.

Con il quarto motivo della Banca si deduce violazione della L. Fall., artt. 26 e 129, per non avere rilevato la Corte d'appello l'improcedibilità del giudizio di omologazione per omessa presentazione del ricorso introduttivo da parte della proponente.

Collegato a tale censura è il primo motivo del ricorso del Ministero dell'Economia e delle Finanze (in seguito Ministero) con il quale si deduce violazione dell'art. 112 c.p.c., per avere omesso la Corte di pronunciarsi in ordine alla tardività della proposizione del ricorso di cui sopra.

La censura proposta dalla Banca è infondata. Il procedimento di omologazione del concordato fallimentare non prevede l'impulso d'ufficio ma l'iniziativa da parte del proponente in quanto dal disposto dell'art. 129 applicabile *ratione temporis* ed espressamente dalla vigente formulazione si evince che unico legittimato a richiedere l'omologazione è il proponente il concordato al quale, proprio per consentirgli l'iniziativa, viene comunicato il provvedimento del giudice delegato che, tra l'altro, contiene la notizia dell'avvenuta approvazione della proposta da parte dell'assemblea dei creditori.

Mentre però è espressamente previsto che sia la richiesta di omologazione che eventuali opposizioni si propongano "con ricorso a norma dell'art. 26" e che il giudice delegato fissi il termine per la presentazione delle opposizioni, nulla si dice in ordine al termine entro il quale deve essere presentata la richiesta. Ritiene la Corte che tra le possibili opzioni interpretative secondo cui il proponente godrebbe dello stesso termine assegnato agli interessati all'opposizione oppure di quello di dieci giorni previsto dall'art. 26 sia da privilegiarsi quest'ultima in virtù del richiamo complessivo allo speciale giudizio camerale che il riferimento a tale norma comporta e alla considerazione che solo per gli oppositori viene previsto un termine particolare e quindi derogatorio di quello dalla medesima previsto, senza considerare che l'alternativa soluzione comporterebbe l'inconveniente pratico consistente nel costringere gli oppositori ad attivarsi anche in assenza di iniziativa del proponente e quindi inutilmente, considerato che tale inerzia comporta l'improcedibilità della domanda.

Nella fattispecie tale termine è stato osservato dal momento che, come risulta dal controricorso sul punto non efficacemente contraddetto, la comunicazione alla proponente Cattaneo Ventisei s.r.l. è intervenuta in data 21 aprile 2008 e il ricorso è stato depositato il 29 aprile successivo.

L'infondatezza del motivo comporta il difetto di interesse di quello concernente l'omessa pronuncia sulla tempestività del ricorso proposto dal Ministero dal momento che la decisione di merito cui la Corte sarebbe legittimata una volta accertata la violazione dell'art. 112 c.p.c., comporterebbe il rigetto della censura.

Con il secondo motivo del ricorso del Ministero, cui corrisponde l'undicesimo motivo del ricorso della Banca, si deduce violazione della L. Fall., artt. 35, 124 e 125, per avere omesso la Corte d'appello di ritenere inammissibile o improcedibile la proposta di concordato a causa dell'omessa identificazione del reale

soggetto proponente, riconducibile al Banco Popolare Soc. Coop. (già Banco popolare di Verone e Novara s.c. a r.l., in seguito BPVN).

Le censure sono infondate. Giova premettere che il giudice del merito, con motivata valutazione in fatto non censurabile in questa sede e comunque non contestata, ha ritenuto carente di prova che dietro la Cattaneo Ventisei s.r.l. si celasse la società fallita mentre ha ritenuto che vi siano indizi "univoci e concludenti nel senso di far ritenere che con ogni probabilità vero dominus della proposta di concordato sia il BPVN" individuandoli, principalmente, nella stessa composizione della società proponente, partecipata per la quasi totalità da una fiduciaria e in grado, pur a fronte di un modesto capitale sociale, di procurarsi una solida fideiussione di Euro 32.000.000 per l'esecuzione del concordato, nella circostanza che la proposta ricalcava una precedente proposta transattiva avanzata dallo stesso BPVN e infine nell'ulteriore e incontestabile circostanza che le condizioni prospettate certamente giovavano a detto istituto, che, soccombente in primo grado per una revocatoria del valore di circa 130.000.000, oltre interessi, vedeva escluso il ricavato dell'azione dall'importo aggiuntivo messo a disposizione dei creditori, con la conseguenza di non dover versare quanto eventualmente dovuto in caso di soccombenza attendendo poi di recuperare nei riparti quanto spettanti gli L. Fall., ex art. 70, comma 2, ma di poter direttamente operare la compensazione con la proponente.

Ciò nonostante la Corte d'appello ha escluso un vizio del procedimento e la statuizione deve essere condivisa.

L'identificazione del reale soggetto proponente il concordato, prescindendo dall'ipotesi che lo stesso sia il fallito che nella specie è stata esclusa e che comunque in generale non costituisce causa, di per sé dell'inammissibilità della proposta, una volta che la stessa sia depositata nell'ambito temporale previsto e non preveda la cessione delle azioni di massa, dal momento che anche questi è legittimato, può essere indubbiamente un elemento essenziale per la corretta valutazione della stessa e quindi fa parte di quelle notizie che debbono essere veritiere e note ai creditori affinché possano esprimere un consenso informato.

E' tuttavia necessario identificare e circoscrivere gli elementi caratterizzanti il soggetto proponente che debbono essere noti in quanto, diversamente si aprirebbe la via ad un'infinita possibilità di contestazioni, posto che nel c.d. mercato dell'insolvenza aperto dalla riforma con la liberalizzazione della legittimazione alla proposta di concordato possono entrare i soggetti più diversi, ben potendo, dal punto di vista esclusivamente soggettivo, essere decisive per taluni circostanze che per altri possono essere del tutto ininfluenti, così che, ad esempio, potrebbe per taluno essere circostanza moralmente ostativa all'accettazione quella che il proponente sia un'impresa che ha interessi nel mercato bellico oppure che delocalizza l'attività in paesi dove il lavoro ha scarsa tutela.

Escludendo dunque la necessità di conoscenza di elementi connessi alla reale identità del proponente necessariamente oggetto di valutazione eminentemente soggettiva ciò che oggetti va mente interessa la platea dei creditori e che quindi può ritenersi che l'ordinamento imponga per un'esigenza di tutela del loro affidamento sono quelle informazioni che attengono alla capacità del soggetto di eseguire il concordato e quindi alla fattibilità del medesimo di cui i creditori sono i primi e, in difetto di opposizioni, unici giudici (Cass. civ. n. 21860/2010). Tali elementi sono tanto più numerosi quanto più complessa è l'esecuzione e limitate le garanzie offerte in quanto acquista un peso determinante l'affidabilità del proponente. Nella fattispecie l'informazione di cui abbisognavano i creditori era del tutto sufficiente, come ha correttamente evidenziato la Corte d'appello, in quanto il soggetto che ha presentato la domanda di concordato era una società regolarmente costituita che aveva dimostrato la sua affidabilità depositando una fideiussione a prima richiesta di un primario istituto certamente sufficiente a garantire l'esecuzione del concordato, come ha accertato il giudice dei merito con valutazione non contestata.

Con il quarto motivo del ricorso del Ministero, di contenuto analogo al tredicesimo motivo del ricorso della Banca, si deduce violazione della L. Fall., artt. 40, 124 e 125, per avere omesso la Corte d'appello di rilevare

l'invalidità del parere espresso dal comitato dei creditori in seno al quale era rappresentato il BPVN, reale soggetto proponente il concordato (in tesi) e quindi in conflitto di interessi.

Il motivo è infondato, anche se deve essere corretta la motivazione del provvedimento impugnato.

Secondo la Corte campana, innanzitutto, sarebbe applicabile alla fattispecie la L. Fall., art. 40, nella originaria formulazione.

L'affermazione non può essere condivisa. Il D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 150, già citato, prevede con disposizione transitoria che "I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore". Posto che, come è già stato rilevato, la procedura di concordato in questione, è disciplinata dal citato testo normativo in quanto la domanda è stata depositata dopo la sua entrata in vigore mentre il procedimento fallimentare sul quale la procedura concordataria si innesta resta regolato dalla normativa precedente, il problema che si pone è se in base allo stesso testo riformato che regola il concordato debbono essere lette le norme che non attengono specificatamente al concordato ma al fallimento in generale e che vengono in rilievo in particolari passaggi della procedura concordataria, come è appunto il caso dell'art. 40 che disciplina, per quanto qui interessa, il dovere di astensione dei membri in conflitto di interessi. Premesso che sul punto non può qualificarsi come un precedente esplicitamente contrario la sentenza n. 24026/10 laddove, in relazione ad un concordato disciplinato dalla legge riformata, ha ritenuto non necessaria la motivazione in presenza di un comitato dei creditori nominato nella vigenza della disciplina del 1942 in quanto relativa a fattispecie del tutto particolare in cui il comitato si era espresso col silenzio assenso, ritiene la Corte che un'interpretazione logica della disposizione transitoria imponga di applicare, laddove possibile, le disposizioni della legge fallimentare implicitamente richiamate dalla disciplina del concordato e rilevanti per la nuova conformazione dell'istituto nella formulazione congruente con quella applicabile a tale procedura al fine di evitare insanabili contraddizioni sistematiche tra un complesso normativo che presuppone, ad esempio, una certa ripartizione dei ruoli tra gli organi e quindi nuove responsabilità ed un altro basato su principi in buona parte diversi. Ed è questo indubbiamente il caso del comitato dei creditori che ha dismesso le vesti modeste di "organo ombra" per assumere una maggiore rilevanza che tocca il punto più alto anche nella procedura de qua con il decreto correttivo e la cui attività deve essere valutata con particolare rigore per quanto attiene quantomeno al profilo sostanziale.

Ciò posto, poichè nella fattispecie il BPVN ha partecipato alla votazione del parere favorevole alla proposta di concordato benchè la sua particolare posizione nell'ambito della proposta gli conferisse un interesse potenzialmente in contrasto con quello che avrebbe potuto dettarne le valutazioni per conto della massa dei creditori per i quali il "vantaggio aggiuntivo" (così la Corte di merito) che al BPVN garantiva la proposta era un possibile danno, non vi è dubbio che abbia violato l'obbligo di astensione.

Ciò tuttavia non comporta alcuna conseguenza sulla regolarità del procedimento.

In primo luogo, infatti, è principio generale in materia societaria e quindi di conflitti di natura privatistica (per l'applicazione, ad esempio, in tema di conflitti in materia di condominio Cass. civ., sez. 2^a, 25/11/2004, n. 22234), che può essere invocato in subiecta materia in considerazione della natura del comitato e del suo ruolo nei confronti della comunità dei creditori, che la violazione del dovere di informazione sul conflitto e dell'obbligo di astensione rileva unicamente se le deliberazioni assunte con la partecipazione del soggetto in conflitto possono arrecare un danno (artt. 2373 e 2391 c.c.), circostanza questa non adeguatamente illustrata nel motivo e comunque non ravvisabile nella fattispecie, trattandosi oltretutto di parere in allora obbligatorio ma non vincolante, ed in concreto, come ha evidenziato il giudice del merito, anche motivato distintamente dai vari membri.

In secondo luogo, non solo non è pervenuta al giudice delegato alcuna richiesta di sostituzione del membro del comitato in ritenuto conflitto di interessi ma la delibera con cui è stato espresso il parere non è stata

fatta oggetto di tempestivo reclamo L. Fall., ex art. 36, (nella formulazione conseguente alla riforma, applicabile per le ragioni addotte) e quindi l'eventuale vizio della stessa non può essere eccepito o rilevato nella fasi successive.

Con il quinto motivo di ricorso della Banca si deduce violazione dell'art. 112 c.p.c., L. Fall., artt. 124, 125 e 131, per avere il giudice del merito modificato le condizioni della proposta di concordato.

Sostiene la ricorrente che il giudice del reclamo potrebbe unicamente accogliere l'impugnazione avverso il rigetto della richiesta di omologazione o respingerla confermando quest'ultimo mentre non potrebbe modificare le condizioni contenute nella proposta, operazione che invece avrebbe compiuto la Corte d'appello.

Il principio enunciato è corretto in quanto il giudice, sia esso il tribunale o la corte d'appello in sede di reclamo, non può omologare una proposta di concordato apportandovi modifiche sostanziali mentre può dettare, laddove necessario, modalità esecutive integrative di quelle previste (su tale ultimo punto Cass. civ., sez. un., 16/7/2008, n. 19506). E' tuttavia infondato il motivo laddove assume che la Corte d'appello abbia apportato modifiche di apprezzabile rilievo in quanto proprio l'esemplificazione riportata in ricorso convince che, in realtà, il provvedimento di omologa si limita a riportare, chiarendole dove ritenuto opportuno, le condizioni contenute nella proposta concordataria senza modificarle nella sostanza. Per quanto attiene, in particolare, alla clausola relativa alla posizione creditoria della ricorrente è infondato l'addebito secondo cui il giudice del reclamo avrebbe modificato sostanzialmente la parte relativa alla soluzione del contrasto in ordine alla spettanza in favore del creditore revocato insinuatosi al passivo ex art. 71 anche degli interessi sulla somma revocata dal momento che se è vero che nella formulazione adottata dalla Corte di merito non si fa cenno alla questione, è anche vero che la stessa rimaneva impregiudicata nella proposta che rimette agli accordi tra le parti (in quanto tali sempre possibili) la soluzione della stessa.

Con il settimo motivo di ricorso la Banca deduce violazione degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., nonché L. Fall., artt. 124 e 125, addebitandosi alla Corte d'appello di aver erroneamente ritenuto che la proposta fosse formulata in modo chiaro e trasparente così da poter essere correttamente valutata dagli interessati.

Il motivo, una volta esclusa ogni irregolarità derivante dalla contestata mancata identificazione del reale proponente, è inammissibile in quanto, sotto il profilo della violazione di legge, in realtà richiede alla Corte di formulare una valutazione circa la leggibilità della proposta di concordato diversa da quella effettuata dal giudice del merito, la cui motivazione, peraltro appare pienamente congrua avendo questi evidenziato la completezza dell'informazione sui due punti maggiormente rilevanti per la valutazione della proposta e cioè l'incidenza sull'attivo dell'eventuale definitivo accoglimento della revocatoria nei confronti di BPVN del valore complessivo di circa 150.000.000 di Euro, che avrebbe portato in esito al contenzioso ad un riparto di circa il 65% a fronte di una proposta di pagamento del chirografo al 40%, oltre alla quota derivante dal ricavato delle revocatorie in corso esclusa quella contro la BPVN riservata alla proponente, nonché l'incidenza sul passivo (che sarebbe stato grandemente ridotto) delle cause di revocazione dei crediti dei Comuni ammessi in caso di accoglimento delle stesse al termine di un giudizio di non breve durata essendo ancora in corso il primo grado. Nè è illogica la valutazione di sufficiente informazione ai creditori laddove evidenzia come i dati rilevanti fossero contenuti nella relazione del curatore e nella documentazione allegata e come fossero di utile lettura, per una visione diversa da quella del curatore, l'atteggiamento contrario del tribunale e i pareri motivatamente negativi della Banca della Campania e del Ministero perchè è ovvio che tanto maggiore è la complessità della proposta concordataria tanto più attiva deve essere l'attenzione dei creditori e doveroso l'accesso agli atti del procedimento.

Con i motivi ottavo, nono e decimo del ricorso della Banca, che per la loro complementarità possono essere esaminati congiuntamente, si deduce violazione degli artt. 1353, 1360, 1362, 1363, 1364, 1365 e 1366 c.c., L. Fall., art. 124, per avere la Corte d'appello ritenuta non verificata la condizione risolutiva apposta alla proposta secondo la quale questa era subordinata alla permanenza dei giudizi in corso nello stato in cui si trovavano e ciò nonostante la revocatoria nei confronti della Banca della Campania fosse

stata nel frattempo definita in fase di legittimità con il rigetto del ricorso, nonchè per avere ritenuto che comunque gli effetti di detta condizione potessero essere oggetto di valida rinuncia da parte della proponente che vi aveva in effetti tempestivamente rinunciato.

I motivi sono inammissibili. Premesso, quanto all'insegnamento della Corte sul punto, che "La cosiddetta condizione unilaterale, cioè la condizione convenuta nell'interesse esclusivo di uno solo dei contraenti, anche se non stipulata espressamente, può emergere per implicito, come corollario indefettibile dello scopo che le parti si propongono, allorquando la sua determinazione nell'interesse di un unico contraente, chiamato a sopportare un preciso onere economico, promani da una corretta valutazione dell'intero rapporto negoziale" (Cass. civ., sez. 3^a, 17/8/1999, n. 8685; conforme sez. 2^a, 15/11/2006, n. 24299) e che "Il principio per cui la condizione volontaria unilaterale, quale elemento accidentale del negozio giuridico finalizzato a tutela dell'interesse di una sola parte, può essere oggetto di rinuncia, espressa o tacita, ad opera di quest'ultima, non solo prima, ma anche dopo il verificarsi dell'evento, senza che la controparte possa ostacolare tale volontà abdicativa, opera anche con riguardo alla proposta di concordato fallimentare, con la conseguenza che, ove il proponente ne abbia risolutivamente condizionato l'efficacia - a tutela di un proprio interesse - all'avverarsi di un evento futuro ed incerto (nella specie, presentazione di domande di insinuazione tardiva), l'accettazione di tale proposta non attribuisce ai creditori il potere di far valere gli effetti risolutivi di siffatto avveramento, in contrasto con la volontà dell'interessato, che vi abbia, per *facta concludentia*, rinunciato" (Cass. civ., sez. 1^a, 8/8/1990, n. 8009), la ricorrente, pur conformando le proprie censure allo schema della violazione di norme di diritto, in realtà richiede inammissibilmente alla Corte una diversa interpretazione della volontà delle parti (Cass. civ., sez. 2^a, 31/5/2010, n. 13242) sostenendo, contrariamente all'assunto della Corte di merito, che la condizione risolutiva della proposta si sarebbe verificata e che nell'intenzione delle parti stesse la clausola de qua non sarebbe di carattere unilaterale.

In realtà la ricostruzione operata nel provvedimento impugnato regge al vaglio critico della congruità e della logicità. La Corte d'appello ha infatti basato la sua interpretazione circa il contenuto della clausola in esame sul presupposto che la stessa fosse volta a garantire la proponente contro il rischio che, per intervenute modificazioni sulle prospettive dell'esito delle cause in corso, l'adempimento del concordato divenisse maggiormente oneroso e tale motivazione appare ineccepibile dal momento che la proposta non è frutto di una trattativa (o comunque non vi è prova che nella fattispecie ciò sia avvenuto) e quindi eventuali clausole di salvaguardia non possono che essere interpretate tendenzialmente come poste nell'interesse di chi le ha dettate se non ne è evidente una diversa finalità, nella specie neppure ipotizzata. Pienamente corretta appare allora la conseguenza che ne ha tratto il giudice del merito circa la facoltà della parte nel cui interesse la clausola sulla condizione unilaterale era stata posta (il proponente appunto) di rinunciare ad invocarne gli effetti e ciò rende irrilevante ogni indagine circa l'avvenuta verifica dell'evento, condizionante e la valutazione negativa che ne ha fornito il giudice del merito sul presupposto della sostanziale indifferenza della modifica intervenuta sullo stato del giudizio quanto al costo o ai benefici del concordato per il proponente.

Con il dodicesimo motivo del ricorso della Banca si deduce violazione della L. Fall., art. 124, sostenendosi, sul presupposto che dietro la proponente Cattaneo Ventisei s.r.l. si celi in realtà il Banco popolare, che la Corte di merito avrebbe errato nell'omologare un concordato che prevede la cessione delle azioni di massa alla proponente e la limitazione della responsabilità della medesima ai creditori ammessi al passivo e agli oppositori o ai tardivi al tempo della presentazione della proposta.

Il motivo è infondato prescindendo dalla circostanza che il Banco Popolare sia stato ritenuto essere "con ogni probabilità" e non con certezza "il vero dominus della proposta di concordato" e che la questione oggetto del motivo non risulti proposta nel giudizio di merito. E' ben vero che nella formulazione applicabile *ratione temporis* l'art. 124, comma 4, prevedeva la possibilità della cessione delle azioni di massa in relazione alla proposta presentata da un terzo e sempre con riferimento al terzo quella della limitazione degli impegni assunti con la proposta di concordato ma tale formulazione letterale deve attribuirsi all'incerta e frettolosa tecnica legislativa della riforma dal momento che non vi sarebbe alcuna rationale

motivazione per escludere la cessione delle azioni di massa in favore del proponente creditore o vietare al medesimo la limitazione dell'impegno non ravvisandosi alcuna differenza tra la sua posizione e quella di un altro terzo.

Ne consegue che il termine "terzo" non deve essere inteso come utilizzato per indicare un proponente diverso dai creditori, come avviene nel comma 1, che elenca sia questi ultimi che il terzo come possibili autori della proposta, ma solo per escludere la cedibilità delle revocazione al fallito, come è comprensibile visto che questi non può avvantaggiarsi del fallimento per giovare dell'inefficacia che attiene solo ai rapporti tra revocando e creditori, e la possibilità della limitazione i suoi impegni, posto che in tal caso i creditori concorsuali ma non concorrenti resterebbero privi della controparte debitrice. Di ciò è conferma l'evoluzione normativa, avendo il D.Lgs. n. 169 del 2007, indicato espressamente come possibili cessionari anche i creditori e confermato la possibilità della limitazione dell'impegno per qualunque proponente diverso dal fallito, con un intervento che, come si esprime la Relazione illustrativa, "chiarisce che è identica la disciplina del concordato sia che venga proposto da un terzo sia che venga proposto da uno o più creditori, come previsto nei comma 1, non essendovi ragioni per differenziare la posizione del terzo proponente da quella del creditore proponente".

Con il quindicesimo motivo viene dedotta la violazione della L. Fall., art. 127, per avere escluso la Corte d'appello l'irregolarità del procedimento benchè fossero stati ammessi a manifestare il voto quali creditori chirografari i Comuni ammessi al passivo quali creditori privilegiati ex art. 2768 c.c., in quanto era stato accertato che nella massa attiva non erano ricompresi beni della società sui quali fosse stato eseguito il sequestro conservativo a garanzia del risarcimento dei danni subiti dalle parti offese da reati di cui la società fallita era responsabile civile.

Il motivo non è fondato. L'errore di fondo in cui cade la ricorrente consiste nel ritenere che possano essere ammessi al voto nel concordato fallimentare solo i creditori ammessi allo stato passivo quali creditori chirografari o i creditori privilegiati che rinuncino previamente al privilegio.

In realtà, come risulta dal dettato della L. Fall., art. 127, e prescindendo dall'ipotesi della proposta presentata sulla base dell'elenco provvisorio dei creditori, "gli aventi diritto al voto sono quelli indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'art. 97" e quindi in linea teorica tutti i creditori ammessi al passivo, siano essi chirografari o privilegiati. Per questi ultimi, tuttavia, l'esercizio in concreto del diritto di voto è possibile o, per meglio dire, efficace solo in tre ipotesi: allorché la proposta ne prevede l'integrale pagamento se rinunciano al diritto di prelazione, come dispone esplicitamente il comma 2 della norma citata; quando la proposta non ne prevede il pagamento integrale per insufficiente capienza de bene gravato, come precisa ancora il comma 2 richiamando l'art. 124, comma 3; oppure, come dispone implicitamente la stessa norma, se la proposta non ne prevede il pagamento neppure parziale quali privilegiati per la totale insussistenza o incapienza de bene che dovrebbe costituire la garanzia. A chiarimento delle ultime due ipotesi deve rammentarsi che secondo la giurisprudenza della Corte un credito astrattamente privilegiato deve essere ammesso al passivo come tale anche in caso di omesso rinvenimento del bene su cui grava la garanzia, essendo rimandato alla fase del riparto l'accertamento della sussistenza in concreto del privilegio ammesso e quindi della sua realizzabilità (Cass. civ., sez. un., 20/12/2001, n. 16060); ma è proprio la facoltà concessa al proponente di far valutare il bene per dimostrare l'insufficienza del suo valore a garantire l'integrale pagamento che conferma la possibilità di prevedere un soddisfacimento su presupposti diversi da quelli risultanti dallo stato passivo dal momento che solo in presenza di un credito ammesso in toto in privilegio si pone il problema del suo degrado, totale o parziale, al chirografo.

Ne consegue che è ben possibile che la proposta di concordato, pur a fronte di un'ammissione al passivo di un credito come privilegiato, ne preveda ab origine il soddisfacimento quale credito chirografario in proporzione all'intero ammontare sul presupposto della ritenuta certezza della definitiva irrealizzabilità del privilegio per insussistenza del bene costituente la garanzia, ferma restando la valutazione di ritualità della stessa da parte del giudice delegato che potrebbe ritenere non provata l'insussistenza del bene gravato e

quindi non conforme la proposta al modello legale, e quella dei creditori votanti circa la affidabilità della previsione e quindi della fattibilità del concordato, stante l'obbligo del proponente di onorare il debito nella misura di legge se il bene viene poi rinvenuto.

Nella fattispecie, come risulta dall'impugnato decreto, sia nella proposta che nelle relazioni del curatore che, infine, nel decreto del GD che ordinava la comunicazione della proposta stessa, era appunto prevista l'assimilazione dei crediti dei Comuni a quelli chirografari proprio in virtù della ritenuta definitiva insussistenza di beni rilevanti ai fini del privilegio, non essendo stato effettuato alcun sequestro in sede penale, circostanza, questa, del tutto pacifica ed in allora già emersa con certezza.

Nè vale il rilievo della ricorrente secondo cui alcuni Comuni ammessi in privilegio non avrebbero votato contro la proposta nel timore di perdere la prelazione dal momento che se nella originaria disciplina, stante la formulazione dell'art. 129 che prevedeva l'implicita rinuncia alla prelazione in seguito alla manifestazione di voto, il problema si poteva porre, anche se la dottrina in prevalenza escludeva che lo stesso effetto abdicativo conseguisse al voto di dissenso, nessuna rinuncia implicita è possibile alla luce delle modifiche introdotte dalla riforma e applicabili *ratione temporis* poichè la rinuncia espressa al diritto di prelazione, totale o parziale, è divenuta condizione di efficacia della manifestazione di voto per cui il voto dato dal privilegiato come tale indicato nella proposta è semplicemente inefficace.

Con il primo e il sesto motivo del ricorso della Banca viene affrontato il problema dell'abuso del concordato che secondo la ricorrente consisterebbe nell'indebito vantaggio assicurato ad alcuni creditori rispetto agli altri, nella specie al BPVN e ai Comuni che avrebbero ottenuto dall'approvazione del concordato un vantaggio preferenziale.

I motivi debbono essere esaminati congiuntamente in quanto il secondo censura la decisione della Corte d'appello in ordine alla soluzione della questione che, a mente della censura di omessa pronuncia contenuta nel primo motivo (che si appalesa pertanto inevitabilmente infondato), la Corte stessa avrebbe eluso.

Ciò premesso è opportuno precisare che secondo la prospettazione della ricorrente l'abuso consisterebbe nell'aver la proposta violato la funzione del concordato attribuendo ad alcuni creditori vantaggi particolari in danno di altri: in particolare il BPVN avrebbe ottenuto di sottrarsi al pagamento alla procedura della somma di circa 160.000.000 corrispondente a valore delle rimesse oggetto di revocatoria e degli interessi sulla somma da restituire e i Comuni otterrebbero la rinuncia alle azioni di revocazione dei loro crediti ammessi allo stato passivo per un valore complessivo di 44.000.000 di Euro che così si sarebbero stabilizzati.

Il motivo non è fondato, anche se sul punto deve essere corretta la motivazione in base alla quale l'abuso consisterebbe solo nella violazione del dovere di correttezza e buona fede che in *subiecta materia* si identificherebbe con l'obbligo di una corretta informazione che nella specie non sarebbe mancata.

Giova premettere che non è contestabile l'applicabilità anche allo strumento concordatario del concetto di abuso del diritto che ha già trovato nella giurisprudenza importanti applicazioni sia in ambito sostanziale (basti pensare a quello tributario nonchè, *inter alia* Cass. civ., sez. 3[^], 31/5/2010, n. 13208 e Cass. civ., sez. 3[^], 18/9/2009, n. 20106) e processuale (Cass. civ., sez. 1[^], 3/05/2010, n. 10634; Cass. civ., sez. 3[^], 27/01/2010, n. 1706; Cass. civ., sez. un., 15/11/2007, n. 23726) e che trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente.

Quanto allo strumento concordatario il fine per cui lo stesso è predisposto è quello di favorire l'anticipata soluzione della crisi mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate

dalla maggioranza senza arrecare al debitore fallito un danno non necessario e appunto nell'ottica del contrasto all'abuso dello strumento de quo possono essere lette le decisioni della Corte in tema di necessaria preferenza, *ceteris paribus*, della proposta presentata dal fallito (sent. n. 3327/2010) e di inammissibilità di una proposta che comporti l'espropriazione del debitore in favore del proponente anche della parte del patrimonio non necessaria per il soddisfacimento dei creditori e il pagamento delle spese (sent. n. 6904/10).

Ciò premesso è tuttavia da escludersi, innanzitutto e contrariamente all'assunto della ricorrente, che l'abuso possa consistere nella violazione della *par condicio creditorum* intesa come trattamento paritario, salve le cause di prelazione, trattandosi di ricostruzione esclusa dallo stesso legislatore dal momento che, ad esempio e decisamente, in caso di concordato con classi nulla vieta ed è anzi esplicitamente ipotizzato come possibile un trattamento differenziato non solo per quanto attiene ai mezzi soddisfatti ma anche in relazione alla percentuale offerta con il solo limite del trattamento uguale all'interno delle singole classi accomunate dalla identità della posizione giuridica e dalla omogeneità dell'interesse economico. Ma neppure nel concordato senza classi tale parità, anche se intesa come utilità complessiva e non come diretta offerta di soddisfacimento, deve necessariamente sussistere in quanto il concordato può essere proposto anche da un creditore o da un gruppo di creditori e poichè nessuno può pensare, come non è pensabile per il terzo, che questi siano normalmente mossi da intenti non speculativi è evidente che il proponente può legittimamente perseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe per tale sola sua qualità, non fosse altro che per compensare il rischio insito nell'operazione.

Venendo alla fattispecie è innanzitutto inammissibile il motivo laddove intravede un abuso del processo per ingiustificato favore ad un creditore rispetto ad altri nel trattamento della posizione del BPVN per l'ovvia considerazione che il vantaggio che questi otterrebbe concernerebbe semmai la sua posizione di debitore potenziale della procedura per l'azione revocatoria contro lo stesso intentata.

Prescindendo da ciò e dai rilievi già esposti circa la mancanza di assoluta certezza sul rapporto del BPVN con la proponente e quindi il suo ruolo nella domanda di concordato e dunque anche a voler prendere in considerazione il vantaggio del terzo debitore in ipotesi *dominus* sostanziale della proposta non è dato vedere in cosa consista l'abuso, volta che il vantaggio del debitore ha il suo contrappeso nel costo e nel rischio del concordato e nella fattispecie non appare avulso da ogni logica se si tien conto che il debito è ancora *sub iudice* e che detto vantaggio consiste nell'evitare un esborso immediato a fronte di un recupero in sede di riparto e nell'ottenimento della possibilità di un'immediata compensazione tra debito e credito con la proponente in sede di esecuzione di concordato.

Per quanto concerne il vantaggio che i Comuni la cui posizione di creditori concorrenti è oggetto di scrutinio nell'ambito di azioni di revocazione l'utilizzabilità del concetto di abuso presuppone la dimostrazione, nella specie neppure tentata, di un preventivo accordo con il proponente, non potendosi diversamente negare a quest'ultimo la facoltà di strutturare la proposta in modo tale da raccogliere il maggior numero di consensi, fermo restando che anche in questo caso il vantaggio certo può essere individuato solo nell'eliminazione dell'alea del giudizio pendente e non certo nell'ammissione in sé come alternativa all'esclusione. E' il caso di segnalare, infine, la contraddittorietà del motivo laddove ravvisa un abuso del concordato nel contemporaneo vantaggio per il BPVN e i Comuni dal momento che l'eventuale accoglimento dei ricorsi per la revocazione della loro ammissione abbatterebbe la massa passiva e di conseguenza ridurrebbe di gran lunga il debito da revocatoria, posto che l'utile risultato della stessa, così come di quelle ulteriori, non potrebbe che essere limitato al totale del passivo.

Ancora in tema di abuso del concordato deve essere scrutinato il quinto motivo del ricorso del Ministero con cui si denuncia violazione della L. Fall., artt. 124, nonché artt. 1175 e 1375 c.c., per avere omesso di considerare la Corte di merito che tramite la cessione delle azioni revocazione il vantaggio derivante dalle stesse non sarebbe andato ai creditori.

La censura non ha pregio. E' fin troppo ovvio osservare che, prevedendo la formulazione dell'art. 124 (anche in quella precedente al c.d. decreto correttivo, come si è ritenuto) la possibilità che la proposta contempli la cessione delle azioni di massa ad un terzo o ad uno o più creditori il risultato immediato del loro vittorioso esperimento non può che ridondare in loro vantaggio. E' altrettanto ovvio che il legislatore parte dal presupposto che la prospettiva di tale vantaggio per il proponente e quindi di una maggior consistenza dell'attivo comporti normalmente un vantaggio mediato per i creditori in termini di maggiore percentuale offerta e di sicurezza del quantum e del quando del soddisfacimento. Ma poichè è del tutto impossibile stabilire se ed in che misura la cessione delle azioni di massa incida sull'ammontare della somma complessivamente messa a disposizione dal proponente e nessun parametro valutativo sul punto è indicato dal legislatore non può che concludersi che la cessione delle azioni di massa in favore di soggetti diversi dal debitore è sempre consentita in quanto si presume iuris et de iure che la stessa favorisca il concordato e quindi, allo stesso tempo, la soluzione della crisi (che è interesse pubblico) e il miglior soddisfacimento dei creditori i quali, giova ricordarlo, sono comunque arbitri dell'accettazione della proposta che possono dunque non approvare se ritengono che il sacrificio che comporta la rinuncia ai proventi sperati delle azioni già autorizzate non sia sufficientemente compensato dal grado di soddisfacimento prospettato.

Con il sesto motivo di ricorso (erroneamente rubricato ancora sub 5) il Ministero deduce violazione degli artt. 1394 e 2373 c.c., e art. 78 c.p.c., in relazione al mancato rilievo del conflitto che avrebbe inquinato il voto dei Comuni in quanto portatori, nella loro qualità di soggetti esposti alla revocazione dei loro crediti, di interessi in contrasto con quelli della classe dei creditori cui appartengono.

Il motivo è infondato. Come ha puntualmente ed esaurientemente evidenziato la Corte d'appello, la esistenza di una posizione di conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno non in ogni caso ma solo allorquando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi (sia esso dotato o meno di personalità giuridica) e il suo rappresentante (tra le altre: Cass. civ., sez. 1^a, 14/03/2000, n. 2918; Cass. civ., sez. 1^a, 10/3/1995, n. 2800) e quindi quando un stesso soggetto compia un atto o manifesti una volontà rivestendo contemporaneamente due ruoli che potenzialmente potrebbero comportare scelte differenti posto che, come è stato ritenuto in tema di enti collettivi, "... la situazione di conflitto rilevante ai fini dell'art. 2373 c.c., testo previgente deve essere valutata con riferimento non già a configgenti interessi dei soci, bensì a un eventuale contrasto tra l'interesse del socio e l'interesse sociale inteso come l'insieme degli interessi riconducibili al contratto di società..." (Cassazione civile, sez. 1^a, 12/12/2005, n. 27387).

Nulla di tutto questo è ravvisabile nel rapporto tra creditori uti singuli e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti per l'assorbente ragione che il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinco da alcun patto che comporti, in una qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli.

Nell'ambito della tutela del proprio credito, e prescindendo dall'eventuale ruolo svolto in organismi ristretti specificatamente rappresentativi dell'intero ceto quale il comitato dei creditori, ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) homo homini lupus nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso. E comunque un conflitto tra i creditori è immanente nel sistema, posto che è normale che la massa attiva sia insufficiente per il soddisfacimento integrale dei creditori e che quindi sia interesse di ciascuno di loro, al fine di garantire il proprio maggior soddisfacimento, opporsi al riconoscimento del credito altrui e quindi alla sua partecipazione al riparto.

D'altra parte il legislatore, ben conscio della realtà, non ha inserito una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni ma ne ha, al contrario, implicitamente escluso la sussistenza disciplinando specificatamente i casi di rilevanza del conflitto (art. 37 bis, comma 2; art. 40 comma 4; art.

127, commi 5 e 6; art. 177, u.c.), così che la partecipazione al voto e la norma mentre l'esclusione è l'eccezione e deve essere espressamente prevista.

Caso emblematico della insussistenza della configurabilità di un conflitto di interessi è quello del creditore proponente il concordato che non viene escluso dal voto sulla sua stessa proposta, come ha perspicuamente osservato la Corte d'appello, benchè il suo interesse al minor impegno possibile confligga con quello degli altri creditori al maggior soddisfacimento possibile; poichè appunto la sua esclusione dal voto non è prevista benchè il caso non possa evidentemente non essere stato presente al legislatore ne viene confermato l'assunto secondo cui non vi è alcun conflitto che rilevi posto che il creditore, anche se proponente, rappresenta solo se stesso e non anche la massa di cui pure fa parte.

Con il settimo motivo del ricorso il Ministero deduce violazione della L. Fall., art. 129, per avere il giudice del merito escluso che il giudice dell'omologazione possa valutare il merito della proposta di concordato anche nel caso in cui non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi.

Il motivo, che inevitabilmente richiama anche la questione che sarà affrontata infra sulla obbligatorietà o facoltativi della formazione delle classi, non è fondato, dovendosi condividere in proposito la puntuale motivazione del giudice del merito.

Non è qui il caso di rammentare l'ampio dibattito che si è svolto in ordine alla rivoluzione operata dalla legge di riforma e poi dal decreto correttivo circa i ruoli degli organi del fallimento o valutare la correttezza di definizioni quali la privatizzazione dell'insolvenza. Quello che è pressochè unanimemente riconosciuto è che la nuova normativa abbia radicalmente ridisegnato i compiti dei soggetti coinvolti nelle procedure di insolvenza e, in particolare nel fallimento e nel concordato preventivo e fallimentare, riportando il giudice alla sua funzione di garante della regolarità della procedura e custode dell'osservanza dei principi fondanti dell'ordinamento nonchè di organo delegato alla soluzione dei conflitti che dalla procedura derivano. Viene invece lasciato agli altri organi in maggiore o minor misura rappresentativi o direttamente ai creditori riuniti in adunanza la decisione circa il merito delle scelte che attengono alle modalità con cui pervenire alla liquidazione del patrimonio del debitore e quindi al soddisfacimento dei crediti, intervenendo il giudice solo laddove l'esistenza di un conflitto su tali scelte non sia suscettibile di essere risolto in radice in base al principio della maggioranza.

Per quanto attiene più specificatamente alla valutazione del merito della proposta già questa Corte ha avuto modo di chiarire, ad esempio, che, così come anche nella fase iniziale del procedimento di concordato preventivo il giudice non può sostituirsi ai creditori anticipando un giudizio che è sostanzialmente di merito quale quello sulla fattibilità della proposta, non possa effettuare una valutazione di convenienza del concordato neppure nella fase dell'omologazione, tranne nel caso in cui non la richieda specificatamente un creditore dissenziente appartenente ad una classe che ha votato contro la proposta di concordato (Cass. civ. 25 ottobre 2010 n. 21860).

Le stesse conclusioni devono essere confermate anche per quanto attiene al concordato fallimentare.

Oltre alle considerazioni sopra esposte circa il nuovo ruolo assunto dai creditori, costituiscono determinanti ed univoci elementi di interpretazione in tal senso le modifiche apportate alla disciplina del giudizio di omologazione. L'art. 130, nella formulazione originaria, autorizzava espressamente una valutazione di convenienza da parte del tribunale posto che prevedeva al comma 1 l'esame del merito delle proposte. A tale disposizione deve contrapporsi l'eloquente silenzio sul punto del novellato art. 129 che, sia nella formulazione applicabile *ratione temporis* che in quella attuale, dispone che in caso di mancanza di opposizioni il tribunale omologa il concordato "verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione", espressione, questa, che esclude ogni valutazione di merito sul contenuto della proposta e quindi anche sulla convenienza per i creditori. Di ciò è chiara conferma l'ulteriore previsione che costituisce eccezione alla regola appena espressa a mente della quale una valutazione sulla convenienza è invece

possibile laddove il concordato preveda una suddivisione dei creditori in classi a tutela dei creditori delle classi dissenzienti.

E non rileva che nella formulazione intermedia tale scrutinio di convenienza debba essere compiuto di ufficio e non, come è attualmente previsto, ad istanza di parte, in quanto la giustificazione dell'intervento consiste nella circostanza che, in presenza di trattamenti differenziati, non può attribuirsi alla valutazione della maggioranza il potere incontrollabile di decidere sulla convenienza della proposta, proprio perchè le condizioni offerte non sono le stesse per tutti i votanti e deve consentirsi ai dissenzienti che in maggioranza hanno votato contro una particolare modalità di soddisfacimento (sia essa sul quantum o sul quo modo) di svincolarsi dal giudizio della maggioranza complessiva richiedendo una comparazione tra quanto loro proposto e quanto otterrebbero se si percorressero alternative concretamente praticabili.

In considerazione della ratio dell'intervento del tribunale e conformemente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello deve dunque escludersi ogni sospetto di incostituzionalità della diversa disciplina dal momento che non è comparabile la situazione di chi, pur essendo destinatario di forme diverse di soddisfacimento, dovrebbe vedere decisa la convenienza da una maggioranza mossa da altre valutazioni in quanto destinataria di benefici diversi rispetto a quella dei creditori dissenzienti di un concordato senza classi che debbono accettare il giudizio della maggioranza di coloro che sono destinatario dello stesso trattamento loro riservato e che quindi subiscono le stesse conseguenze della decisione per quanto attiene alla relazione tra credito e soddisfacimento dei medesimo.

Il quarto motivo del ricorso del Ministero e il quattordicesimo del ricorso della Banca contestano entrambi la decisione della Corte d'appello laddove ha ritenuto insussistente l'obbligo di formazione delle classi pur in presenza di interessi di alcuni creditori differenziati rispetto a quelli della generalità degli altri.

I motivi sono infondati.

Prima di affrontare la questione, che vede la dottrina in maggioranza schierata per la non obbligatorietà della costituzione delle classi e un più variegato panorama giurisprudenziale di merito, è opportuno precisare che la questione, nei termini in cui è posta, è nuova non costituendo un precedente in materia la pronuncia della Corte n. 2707/2009 laddove ha ritenuto obbligatoria la costituzione di un'autonoma classe di creditori postergati dal momento che nella fattispecie decisa non si poneva il problema della necessaria costituzione delle classi a fronte di una proposta che tale soluzione non prevedeva ma della necessità di rispettare il canone della omogeneità degli interessi economici nella suddivisione dei creditori nelle varie classi in relazione ad una proposta che già aveva optato per tale sistema.

Tanto premesso e prendendo le mosse dal canone ermeneutico fondamentale (art. 12 preleggi) pare difficile contestare che secondo la formulazione letterale delle disposizioni che in qualche misura si riferiscono alle classi la loro utilizzazione nell'ambito della proposta concordataria non sia in alcun caso prevista come obbligatoria; ne sono conferma il tenore dell'art. 124, comma 2 ("La proposta di concordato può prevedere: a) la suddivisione dei creditori in classi"), dell'art. 125, comma 3 ("Qualora la proposta di concordato contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori"), dell'art. 128, comma 1, seconda parte ("Ove siano previste diverse classi di creditori"), l'art. 129, comma 5, seconda parte (che richiama l'ipotesi di cui al citato art. 128). Si tratta di disposizioni il cui tenore formale non lascia dubbi sulla circostanza che il legislatore ha previsto come ipotesi normale quella del concordato senza classi ribadendo la scelta con la stessa tecnica legislativa (e dunque non casualmente) nel concordato preventivo dettando analoghe disposizioni nell'art. 160, comma 1, art. 177, comma 1, art. 182 ter, comma 1.

E dunque una prima conclusione può essere tratta: se il legislatore ha previsto la suddivisione dei creditori in classi come ipotesi meramente alternativa a quella della sola classica suddivisione degli stessi secondo il rango, privilegiato o chirografario, del credito (laddove il diverso trattamento è oggettivamente conseguente alla composizione della massa attiva e non dipende da una scelta) senza dettare criteri che comportino necessariamente la scelta di un'opzione o dell'altra significa che la stessa è meramente

discrezionale; se invero l'adozione delle classi fosse finalizzata a rispetto di esigenze ineludibili non può revocarsi in dubbio che le stesse avrebbero dovuto essere chiaramente individuate e l'opzione classificatoria resa obbligatoria.

Ma se pure si volesse prescindere dalla rilevanza del dato letterale l'assenza dell'obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi, ovviamente prescindendo dall'ipotesi che agli stessi vengano discrezionalmente riservati trattamenti diversificati sotto il profilo del quantum, del quando o del quomodo, discende dall'inconsistenza delle motivazioni che vengono addotte per giustificare la tesi dell'implicita necessità del classamento.

In proposito sarà sufficiente richiamare le considerazioni svolte trattando dei diversi motivi di ricorso.

E così, quanto alla pretesa necessità di suddividere i creditori in base ai diversi interessi deve innanzitutto ribadirsi l'esclusione della riconducibilità alla problematica del conflitto di interessi allorché il conflitto attenga alla posizione contrastante dei singoli creditori in quanto tali; così chiariti i termini della questione è allora evidente che l'obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni individuali che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e, al limite e come è stato osservato, alla predisposizione di tante classi quante sono i creditori, senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità.

Considerazioni analoghe possono essere fatte in relazione al problema, che pure esiste, dei creditori provvisti di garanzie fornite da terzi in quanto la loro posizione non è giuridicamente diversa, nel rapporto con il debitore principale insolvente o in crisi, da quella degli altri creditori e muta solo sotto il profilo pratico così come può avvenire per altri creditori per effetto di situazioni non classificabili e solo indirettamente incise dalla proposta (si pensi ad un concorrente dell'impresa insolvente che vota contro il concordato perché ritiene più vantaggioso eliminare un competitore piuttosto che recuperare il credito o, al contrario, di un imprenditore che vota a favore pur in presenza di un'offerta misera convinto di poter interagire vantaggiosamente con l'impresa uscita dalla crisi, oppure ancora al creditore a rischio di revocazione non ancora autorizzate), senza considerare i profili della pratica difficoltà, evidenziata dalla dottrina, di emersione delle garanzie e di valutazione delle probabilità di escussione.

Neppure può predicarsi la necessità delle classi in base all'enunciato secondo cui il ricorso al sistema di voto a maggioranza presuppone l'omogeneità degli interessi per cui quando questi omogenei non sono è necessaria la suddivisione in classi in modo tale che i portatori di interessi peculiari possano far sentire la loro voce sia in conseguenza della necessità del raggiungimento della maggioranza anche per classi sia della possibilità di richiedere l'accertamento del trattamento peggiore rispetto a quello assicurato dal perseguimento di alternative concretamente possibili.

Le considerazioni in precedenza svolte dovrebbero convincere che il legislatore ha inteso escludere la rilevanza degli interessi particolari e soggettivi laddove si prospetta l'opportunità di una soluzione anticipata della crisi e alternativa alla liquidazione fallimentare.

La variegata composizione della platea dei creditori e la circostanza che gli stessi, pur portatori di situazioni individuali grandemente differenziate, siano accomunati dall'aspettativa di soddisfacimento del credito ha indotto il legislatore a dare rilievo esclusivamente a tale interesse e dunque, come ha giustamente posto in luce il decreto impugnato, a presupporre che, se non sono prospettate modalità soddisfatte diverse per creditori nella stessa posizione giuridica, l'interesse cui attribuire rilievo sia uguale per tutti e consista nel perseguimento del maggior grado di soddisfacimento possibile.

L'unicità dell'interesse giustifica la riunificazione dei creditori in un unico corpo votante e la soggezione della minoranza alle decisioni della maggioranza.

E ciò è tanto vero che allorché l'unitarietà della proposta si spezza con la formazione di classi a trattamento differenziato la valutazione compiuta dalla maggioranza può essere posta in discussione proprio perchè basata sull'accettazione di diverse modalità soddisfattive ed è aperta la strada ad un accertamento che tuttavia non può prendere in considerazione la necessità di garantire ai creditori delle classi dissenzienti un trattamento pari alle aspettative conseguenti ai loro peculiari interessi ma solo se il trattamento loro riservato sia peggiore rispetto a quello che potrebbe essere assicurato, sostanzialmente, dal proseguimento della liquidazione.

D'altra parte, deve ribadirsi che se la suddivisione dei creditori in classi fosse necessaria per favorire la rappresentatività del voto e giustificare il sistema e quindi dovesse essere obbligatoria anche in presenza di trattamenti indifferenziati non solo non vi sarebbe più spazio per i concordati senza classi, essendo ipotesi residuale quella di creditori tutti portatori di identici interessi, ma il legislatore non si sarebbe potuto esimere dal dettare criteri di classamento, non potendo essere lasciato ai vari tribunali determinare quali sono le categorie di interessi rilevanti che impongono l'accorpamento dei creditori.

In definitiva e in sintesi. Nel risalente dibattito in ordine alla natura del concordato non può dubitarsi che il legislatore abbia apportato con la riforma della legge concorsuale innovazioni che, con particolare riferimento al concordato fallimentare, accentuano il carattere contrattuale dell'istituto, dal momento che l'incontro della volontà di chi propone l'accordo con quella di chi accetta il medesimo rappresentata dall'approvazione dei creditori sufficiente ad integrare la stipulazione del contratto di concordato, come evidenzia icasticamente il dettato della L. Fall., art. 130, circa l'immediata efficacia del concordato in assenza di opposizioni. E' ben vero che l'efficacia definitiva di tale contratto è subordinata all'omologazione ma si tratta di un provvedimento giurisdizionale volto non già ad integrare la volontà dei creditori con una autonoma valutazione sul merito della proposta ma solo a verificare la regolarità del procedimento e quindi ad attribuire alla volontà della maggioranza dei creditori concorrenti manifestatasi nelle forme previste valore rappresentativo della volontà di tutti i creditori concorsuali indipendentemente dalla loro partecipazione al procedimento, attribuzione questa che, proprio per la richiamata inconfigurabilità di un complesso di interessati frutto di volontaria aggregazione e di implicita accettazione del principio della maggioranza, non può che derivare dalla legge del rispetto dei cui presupposti il giudice è garante.

Nè la soluzione adottata comporta il rischio di una valutazione di incostituzionalità della norma sotto il profilo che, in difetto del potere del tribunale di sindacare la decisione del proponente di non prevedere la suddivisione in classi rendendo possibile lo scrutinio di convenienza per le classi dissenzienti, sussisterebbe l'impossibilità per il singolo di ribellarsi al volere della maggioranza prospettando al giudice, che non può più operare tale valutazione d'ufficio a tutela delle minoranze, la non convenienza del concordato, come prospettato in occasione della rimessione della questione alla Corte costituzionale (che non ha tuttavia affrontato il merito della questione in assenza di una stratificazione giurisprudenziale sull'interpretazione della norma: Ord. 12/03/2010, n. 98).

Una volta esclusa, infatti, la rilevanza delle situazioni soggettive che esulano dal rapporto bilaterale debitore-creditori ed accettato il principio secondo cui l'interesse che indefettibilmente sussiste e accomuna i creditori e che quindi è l'unico cui può essere dato rilievo è quello al maggior grado di soddisfacimento possibile la convenienza, a fronte dell'uniformità di una proposta necessariamente di pagamento in denaro non può che essere oggettivamente uguale per tutti i creditori perchè uguale per tutti è il diverso soddisfacimento che si prospetta con la prosecuzione della procedura fallimentare. Rendere arbitro di tale valutazione la maggioranza dei creditori o il tribunale non è una scelta costituzionalmente vincolata ed è comprensibile e conforme allo spirito che permea l'intera riforma che la stessa sia attribuita esclusivamente ai primi dal momento che è sugli stessi che gli effetti di tale scelta si riverberano.

Con l'ultimo motivo di ricorso il Ministro deduce carenza di motivazione nella decisione del tribunale in relazione a vari profili. Poichè tuttavia questi attengo tutti sostanzialmente a questioni di diritto, essendo queste le censure trattate negli altri motivi, la critica è inammissibile in quanto la carenza di motivazione può concernere solo una questione di fatto e non la decisione in diritto (Cassazione civile, sez. 3^a, 24/10/2007, n. 22348). I ricorsi della Banca e del Ministero debbono dunque essere rigettati. Le spese debbono essere compensate integralmente in considerazione della novità e della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

la Corte dichiara inammissibile il ricorso della curatela del fallimento Italgest S.r.l. e privi di efficacia quelli incidentali della Cattaneo Ventisei s.r.l. e del Comune di Boscoreale; rigetta i ricorsi del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Banca della Campania s.p.a.; compensa le spese tra tutte le parti.

Così deciso in Roma, il 11 gennaio 2011.

Depositato in Cancelleria il 10 febbraio 2011