

I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza

Giuseppe Bersani

1. La presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura ed il suo contenuto

L'articolo 161 legge fallimentare prevede che la proposta di concordato si propone con ricorso.

Il ricorso, pertanto, rappresenta un atto concettualmente diverso dal piano vero e proprio, seppure, nella prassi giudiziaria, proposta e piano sono contenuti in un unico documento con il quale viene richiesta l'ammissione alla procedura.

Con il ricorso il debitore deve presentare: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Il piano e la documentazione devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), e quindi un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili che rientri tra le categorie professionali previste dall'articolo 28, lettere a) e b), il quale dovrà attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

E' altresì ora prevista la possibilità di indicare, a determinate condizioni, il non soddisfacimento integrale dei creditori muniti di ipoteca, pegno o privilegio.

E' stato oggetto di dibattito in dottrina ed in giurisprudenza

se potesse essere oggetto di giudizio e di controllo da parte del Tribunale il contenuto della proposta di concordato.

La dottrina appare orientata - in netta maggioranza - nel ritenere che la proposta di concordato e la sua convenienza siano sottratti ad giudizio del Tribunale.

Parte della dottrina ritiene, invece che questo particolare controllo possa rientrare nell'ambito del giudizio che il tribunale deve compiere in ordine all'ammissibilità della procedura, alla luce dell'ampiezza che di tale tipo di controllo si ricava a seguito della modifica attuata con il D. Lgs. n. 169/07, soprattutto ai sensi dell'art. 162 l.f., della previsione della facoltà per il Tribunale di richiedere integrazioni al piano; da ciò si ricaverebbe che il giudice ha il potere di rigettare immediatamente le proposte radicalmente irricevibili.¹

In particolare ci si domanda se possa considerarsi ammissibile una proposta di concordato in cui sia previsto il pagamento di una somma irrisoria a creditori chirografari.

E' noto che nella vigenza dell'abrogata formulazione la giurisprudenza riteneva che una causa di risoluzione ex art. 86 l.f. fosse costituita dall'avvenuto pagamento di una somma irrilevante, dal punto di vista patrimoniale, per i creditori chirografari.

Nella vigenza del "nuovo concordato preventivo" la giurisprudenza,² ha ritenuto insussistenti i requisiti minimi di ragionevolezza economica dell'offerta - e quindi del piano concordatario - in presenza del pagamento di una somma minima in favore dei creditori chirografari.

Il Tribunale di Roma, ha esaminato il caso in cui la società proponente presentava un piano qualificato "di ristrutturazione del debito" che prevedeva "... (i) "la cessione dei beni con la certezza di un realizzo dalla vendita degli stessi, almeno per i cespiti più importanti, in misura tale da garantire in ogni caso il soddisfacimento delle spese di procedura, il pagamento integrale dei creditori privilegiati e il soddisfacimento dei creditori

¹ Cfr. Jachia, Inammissibilità per mancanza di causa della proposta di concordato preventivo prevedente un pagamento irrisorio ai chirografari, in www.ilfallimentoonline.it.

² Cfr. Tribunale Roma, 16 aprile 2008, Pres. Deodato, est. Di Marzio, in www.ilfallimentoonline.it, ed in Banca borsa tit. cred. 2009, con nota di Macario, ivi pag. 736 ss.

chirografari in moneta concordataria in misura non inferiore allo 0,03% (ovvero al 9,13% a seconda della composizione dell'attivo) dei crediti dagli stessi vantati"; (ii) "la previsione di una unica classe di creditori"; (iii) "la previsione, supportata da relazione giurata di stima, che il trattamento stabilito per i creditori chirografari prevede la soddisfazione in misura significativamente superiore a quella realizzabile in caso di liquidazione o di fallimento avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti"; il Tribunale osservava, con riferimento al trattamento dei creditori chirografari, che veniva assunto l'impegno di corrispondere una percentuale minima, pari allo 0,03%.

Sulla scorta di tale "piano concordatario" il Tribunale capitolino rilevava che "... non è compito del Giudice di vagliare la congruità della percentuale di pagamento offerta nella proposta di concordato; infatti, tale valutazione è di stretta ed esclusiva pertinenza dei creditori interessati: perciò chiamati al voto", ritenendo, tuttavia, come "... spetta al Giudice la doverosa valutazione sulla sussistenza stessa della fattispecie legale nel caso sottopostogli, essendo egli tenuto al preliminare vaglio di ammissibilità della domanda.... Oggetto preliminare di verifica è se la percentuale offerta ai creditori chirografari possa dimostrarsi sufficiente, sul piano della concreta valutazione, ad integrare il concetto di "pagamento parziale" per come ricevuto dall'esperienza. Tale valutazione deve essere condotta in via di prima approssimazione con attenta considerazione dei principi del diritto generale delle obbligazioni, dove è posta la disciplina (e dunque presupposto il concetto) di "pagamento". In via di ulteriore approssimazione, il giudizio deve essere svolto con attenzione allo specifico contesto rilevante in cui si cala il rapporto obbligatorio in oggetto. Tale contesto è dato dal "mercato", quale spazio economico giuridicamente regolamentato costituito dalla rete di relazioni intessute dalle imprese anche con i consumatori. Da ultimo, la delibazione deve realizzarsi con riguardo alle condizioni concretamente rilevanti nel caso indagato, nel quale il pagamento parziale del debito di impresa è offerto: i) da debitore insolvente; ii) nell'ambito di una procedura concorsuale di concordato preventivo; iii) con domanda presentata nel corso di una istruttoria prefallimentare, per l'effetto legalmente sospesa".

Si domandava, pertanto, il Tribunale di Roma se la proposta di un pagamento di un debito di impresa proposto a mezzo di domanda di concordato preventivo, quantificato nella misura dello 0,03%, potesse “... essere qualificato come “pagamento parziale”, giungendo alla conclusione che “... poiché è al giudice precluso ogni vaglio sulla congruità dell’offerta, l’interrogativo verte e si restringe alla considerazione della sussistenza dei requisiti minimi di ragionevolezza. Occorre in altri termini domandarsi se l’offerta in esame non sia manifestamente irragionevole: così da apparire, ma non essere in concreto, una offerta di pagamento parziale”.

Secondo il Tribunale di Roma, se l’evoluzione legislativa, porta ad escludere che il Giudice possa effettuare qualsiasi vaglio di congruità dell’offerta rispetto al dovuto, tuttavia ciò “... non implica che egli possa disinteressarsi di verificare la sussistenza dei requisiti minimi di fattispecie: e cioè del fatto che un pagamento, per quanto parziale, sia effettivamente proposto. Si tratta infatti, e come anticipato, di un potere-dovere insito nella funzione giurisdizionale”.³

Il Tribunale di Roma, riteneva di valutare la sussistenza nel caso proposto alla sua attenzione della possibilità di individuare un pagamento parziale. Infatti, secondo la giurisprudenza citata, “... nel diritto generale delle obbligazioni il termine “pagamento” (inteso in senso stretto) designa l’adempimento dell’obbligazione pecuniaria. Il pagamento è “parziale” quando corrisponde a una frazione dell’obbligazione. Potrebbe supporre che anche la offerta di una percentuale irrisoria, e persino simbolica, sia idonea ad integrare la fattispecie “pagamento parziale”. Infatti, dal punto di vista della logica formale, anche l’unità atomistica del tutto ne costituisce “parte” (non ulteriormente scomponibile). In questa prospettiva parrebbe che, nel diritto delle obbligazioni, anche l’unità minima di valuta possa integrare “pagamento parziale” dell’obbligazione pecuniaria. Avanzando una simile argomentazione ci si esporrebbe alla conseguenza di ritenere che qualsiasi offerta – anche nella unità minima di valuta (un centesimo di euro) – sia idonea ad integrare concettualmente “offerta di pagamento parziale” di un qualsiasi debito (anche di cento – o mille – miliardi di euro). E’ invece evidente che tale

³ Cfr. Tribunale Roma, 16 aprile 2008, Pres. Deodato, est. Di Marzio, cit.

formalistica conclusione, mentre potrebbe apprezzarsi “razionale” in astratto, sarebbe in pratica irragionevole. Ma è proprio il giudizio pratico che nel diritto – branca dell’etica – assume rilievo. Inoltre nel diritto patrimoniale, la norma giuridica segue e asseconda l’esigenza economica. Cosicché, se pur volesse discorrersi di “razionalità”, la razionalità che cadrebbe in questione non sarebbe quella delle scienze esatte, ma quella dello scambio di mercato: secondo la quale (e come riconosce la giurisprudenza esercitata sul punto) la somma simbolica (inapprezzabile) non integra mai – e per definizione – un “prezzo”. Vi è da aggiungere: in contesti specificamente conformati, quale è quello dello “scambio economico” tra imprese nell’ambito di procedure concorsuali, non può costituire “prezzo” nemmeno la somma che – pur non simbolica – sia comunque definibile come “irrisoria”. A tacer d’altro, e concentrando la riflessione sul caso di specie, accogliendo l’avviso contrario ne discenderebbe che il debitore minacciato di fallimento potrebbe avvantaggiarsi della sospensione legale della decisione offrendo cifre simboliche o irrisorie ai creditori chirografari, i quali potrebbero certamente bocciare la proposta, ma solo all’esito di una complessa procedura culminante nella votazione: con inutile dispendio di energie processuali e aggravamento del pregiudizio economico ingenerato dall’inadempimento e dall’insolvenza ed ingigantito dal trascorrere vano del tempo (che, insegna l’adagio, in questioni economiche “è denaro”). Questo genere di esiti è però agevolmente evitabile considerando che la valutazione richiesta al Giudice deve in questo caso svolgersi secondo un criterio non formale ma funzionale: proprio della verifica sulla consistenza causale dei negozi giuridici. E’ infatti evidente che la domanda di concordato, mentre da un lato ripete la natura di atto processuale (nelle forme del ricorso giurisdizionale), dall’altro manifesta natura sostanziale di atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale disciplinato, nei limiti della compatibilità, dalle regole generali sui contratti (cfr. art. 1324 c.c.). Come atto di autonomia, esso deve essere fornito di una causa: deve cioè assolvere ad una funzione oggettivamente apprezzabile sotto il profilo della ragionevolezza economica”.

La conclusione del tribunale di Roma era, pertanto, nel senso che “... il carattere di relatività del pagamento (che è tale

solo rispetto a un debito) impone un preventivo vaglio ontologico che, pur non assurgendo a giudizio sulla congruità, si afferma come giudizio sulla sussistenza della fattispecie nella considerazione complessiva del debito e dell'offerta in pagamento: nel caso in giudizio, oltre ottanta milioni di euro il primo, quasi venticinquemila euro il secondo. Appare evidente che un simile rapporto tra pagamento e debito porta a escludere la natura di pagamento (per quanto parziale) della somma citata, corrispondente a una percentuale insignificante del debito (tre parti su diecimila). Sul piano della fattispecie concreta (processo di concordato) che l'operazione proposta non superi il vaglio di ragionevolezza già si delucida considerando i costi della procedura rispetto all'entità della somma offerta ai creditori chirografari (essendo i primi di un ammontare prudenzialmente stimato come superiore di oltre venti volte rispetto alla seconda). In sintesi, vuol dirsi: l'offrire quasi nulla ai creditori chirografari piuttosto che il non offrire alcunché mentre potrebbero integrare due dati diversi sotto il profilo di una astratta e formalistica razionalità, invece si presentano come fatti indistinguibili dal punto di vista della valutazione pratica condotta secondo il criterio di ragionevolezza, rilevante nelle operazioni di mercato in generale e nelle operazioni condotte nell'ambito di procedure concorsuali in special modo. Nonostante ogni contraria e superficiale apparenza, risulta dunque che la domanda di concordato in esame non offre nessun soddisfacimento ai creditori chirografari”.

Alla luce di tali precedenti può fin d'ora affermarsi che pur essendo escluso un giudizio del Tribunale in ordine alla convenienza economica del concordato, il piano dovrà contenere una soddisfazione economica non insignificante o meramente simbolica per superare il giudizio di ammissibilità.

2. Il pagamento non integrale dei crediti muniti di privilegio generale

Rilevanti problemi si pongono anche con riferimento alla possibilità di prevedere il pagamento percentuale dei creditori che godono di privilegio generale, soluzione cui appare aderire la

maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ma che riteniamo non condivisibile.⁴

La dottrina maggioritaria si è espressa in senso favorevole al pagamento percentuale dei creditori muniti di privilegio generale, sulla scorta delle seguenti considerazioni⁵: in primo luogo, richiamando analogicamente la disciplina del concordato fallimentare, è stato sottolineato che, “... se la legge consente di non pagare integralmente i creditori con prelazione su un bene determinato, analogo trattamento deve essere riservato ai creditori con privilegio generale, per il motivo che le stesse ragioni che hanno indotto il Legislatore ad impedire che il creditore con prelazione speciale incapiente goda nel concordato di una posizione di indebito vantaggio (a spese degli altri creditori) non possono non valere per il creditore con privilegio generale, "quando l'insieme dei beni su cui il suo privilegio può farsi valere non coprirebbe, nello scenario di una liquidazione, il suo credito"

Inoltre, secondo la dottrina, alla medesima conclusione “... era possibile giungere anche per il concordato preventivo già da prima se non altro in applicazione dell'art. 182-ter l.f. e relativo alla possibilità di prevedere per i creditori con privilegio “speciale” percentuale, tempi e modi di pagamento diversi”, evidenziando come, in tal caso, “... il pagamento complessivo non potrà essere deteriore rispetto al trattamento riservato ai crediti di grado inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei al credito di cui si tratta”.⁶

Peraltro le difficoltà attuative della soluzione che non riteniamo praticabile alla luce del chiaro dato legislativo, sono rese evidenti dalla stessa dottrina, la quale evidenzia l'esistenza di (a nostro avviso insuperabili) problemi pratici: infatti prendendo in esame il presupposto dell'insufficienza del valore dell'oggetto della garanzia rispetto all'importo del credito garantito, non si vede come possa essere pagato anche il creditore di grado inferiore, lasciando insoddisfatto parzialmente, quello di rango superiore e rispettare, al tempo stesso - il principio sopra

⁴ Cfr. Tribunale di Piacenza, 4 luglio 2008, decreto, Pres. Tucci, est. Bersani, in www.ilcaso.it,

⁵ Cfr. Censoni, I diritti di prelazione nel concordato preventivo, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pag. 20 ss.

⁶ Cfr. Censoni, *passim*.

indicato.

Tale “inconveniente” è stato posto in luce dalla dottrina e porta ad escludere - anche per ragioni “pratico-operative”, la possibilità di un pagamento percentuale per i creditori privilegiati muniti di privilegio generale, quantomeno per coloro di grado inferiore rispetto a quelli rispetto ad altri creditori muniti di analogo privilegio generale.

Appaiono, a tal fine, illuminanti le parole di un autore che ha analizzato il problema Osserva la dottrina che “... se si prende in considerazione l'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni, che rimane, pur dopo la riforma dell'istituto, la fattispecie statisticamente più frequente di concordato e che qui può assumere valore paradigmatico della dimostrazione, ci si rende conto che il rapporto ipotizzato dalla norma rischia di escludere qualsiasi soddisfacimento dei creditori privilegiati di grado inferiore e dei creditori chirografari (salvo il caso di un residuo dalla liquidazione degli immobili); infatti, l'art. 160, 2° comma, l.f. — applicato ai privilegi generali — condurrebbe alla conclusione che, in ipotesi di insufficienza del patrimonio mobiliare del debitore a soddisfare tutti i creditori privilegiati, la parziale decurtazione potrebbe colpire solo il grado di privilegio immediatamente successivo all'ultimo soddisfatto integralmente, mentre i privilegiati successivi e i chirografari non troverebbero alcuna soddisfazione, con la necessità di reperire altrove le risorse finanziarie necessarie per attribuire loro una percentuale, sia pure molto modesta”.⁷

Ci sembra che tali considerazioni portino a chiudere definitivamente il discorso in ordine alla prospettata possibilità di un pagamento percentuale dei creditori muniti di privilegio generale.

Peraltro - pur alla luce di tali inconvenienti che vengono puntualmente segnalati - come già ricordato - la maggioranza della dottrina ritiene preferibile la soluzione favorevole al pagamento percentuale indiscriminato anche dei creditori muniti di privilegio generale, coordinando il testo dell'art. 160 l.f. con quello dell'art. 182 e l.f., ritenendo che tale fattispecie dopo l'introduzione del 2° comma dell'art. 160 (che fisserebbe i nuovi principi generali per ogni fattispecie di privilegio), riguardi solo

⁷ Cfr. Censoni, *passim*.

le ipotesi in cui le risorse finanziarie per l'adempimento del concordato, di fronte all'insufficienza del patrimonio del debitore, provengano almeno in parte da un *surplus* concordatario.

Quest'ultima soluzione viene ritenuta preferibile richiamando il del contenuto della Relazione illustrativa al decreto legislativo correttivo, nella quale — a proposito del 2° comma dell'art. 160 1. fall. — si precisa che, in accoglimento delle osservazioni della Camera, "il debitore ha la possibilità di offrire un pagamento in percentuale non solo ai creditori muniti di un privilegio speciale, nella parte in cui il credito sia incapiente, ma anche a quelli muniti di un privilegio generale, sempre nella misura in cui tale credito non risulti capiente".

Aderendo a tale impostazione sorge, tuttavia, un ulteriore problema: ci si deve chiedere (così come è previsto per i creditori muniti di privilegio speciale) se anche per i privilegi generali occorra la relazione giurata di stima resa da professionista nominato dal debitore, che, secondo una opinione (espressa con riferimento al concordato fallimentare), sarebbe necessaria solo se il proponente non abbia formato "una apposita classe composta dai creditori in questione", in modo da non privare costoro della tutela successiva costituita dal vaglio del tribunale in caso di voto negativo di una classe.

Ad avviso della dottrina citata ⁸ la risposta deve essere positiva in quanto "...una volta stabilito che il 2° comma dell'art. 160 1. fall. riguarda indistintamente tutti i creditori con diritti di prelazione quanto alla previsione di un loro soddisfacimento non integrale, le condizioni alle quali detta facoltà è ammessa non possono essere diverse secondo la natura del privilegio (generale o speciale); quale che sia, in concreto, la struttura della proposta (con classi o senza classi), la relazione di stima qualificata è sempre necessaria, se essa prevede un soddisfacimento non integrale di qualche creditore privilegiato, anche per dare a tutti i creditori la possibilità di verificare la convenienza del concordato rispetto ad uno scenario di liquidazione fallimentare e al tribunale quella di verificare, già in sede di ammissione (arti. 162, 2° comma, e 163, 1° comma, I. fall.), il rispetto del divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione".

Pertanto volendo teoricamente ammettere una proposta di concordato preventivo che preveda il pagamento percentuale (indiscriminato) dei

⁸ Cfr. Censoni, *passim*.

creditori muniti di privilegio generale, non si potrebbe prescindere da una relazione di stima in ordine all'incapienza del patrimonio a far fronte al passivo complessivo.

A nostro avviso la soluzione che ritiene ammissibile, anche dopo il D. Lgs. 169/07 il pagamento percentuale dei creditori muniti di privilegio generale non appare corretta per una serie di ragioni: in primo luogo perché il ragionamento sopra sinteticamente esposto tende a “provare troppo”, in quanto si ritiene di interpretare l'art. 160 l.f. (principio generale) mediante l'art. 182 ter, l.f. (ipotesi particolare); come si è già evidenziato la transazione fiscale costituisce una modalità applicativa (eventuale) del concordato preventivo ed appare, pertanto, coerente con i principali canoni interpretativi ritenere che sia la prima fattispecie che deve essere letta alla luce della “cornice” dettata dall'istituto generale delineato dall'art. 160 l.f., e non il contrario.

Nel caso concreto, la “cornice” che si ricava dall'art. 160 l.f. (alla luce della modifica attuata con il dal decreto correttivo), prevede che solamente i creditori privilegiati speciali potranno essere pagati in misura percentuale, non disciplinando – invece – la norma la diversa ipotesi del pagamento percentuale generalizzato per il creditori privilegiati.

Ogni dubbio interpretativo sul punto deve intendersi – infatti - superato proprio grazie al Legislatore del 2007, il quale – attraverso l'art. 12 del D. Lgs. n. 169/07 che ha modificato l'art. 160 della legge fallimentare - ha espressamente esteso la possibilità, in caso di concordato preventivo, di prevedere il pagamento parziale solo dei creditori muniti di privilegio speciale per la parte in cui gli stessi non risultino soddisfatti integralmente, con ciò ponendo – a nostro avviso - definitivamente termine alla questione interpretativa sollevata in dottrina ed in giurisprudenza.

Come emerge chiaramente dal testo legislativo la proposta concordataria può prevedere che solo i creditori muniti di pegno o ipoteca, non vengano pagati integralmente, sempre che il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in

possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d).

La modifica legislativa contenuta nel D. Lgs. n. 169/07 che ha disciplinato il pagamento parziale dei crediti muniti di pegno, privilegio o ipoteca, consente – a nostro avviso - di escludere la possibilità di un pagamento parziale per i creditori privilegiati diversi da quelli specificati dal Legislatore del decreto Lgs. n. 169 del 2007.

Del resto se il Legislatore avesse voluto prevedere tale possibilità per tutti i crediti privilegiati – essendo consapevole del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si era formato fra la prima riforma del 2005 e l'entrata in vigore del “correttivo” - si sarebbe espresso in tal senso, e non si sarebbe limitato ad indicare nell'art. 12 del D. Lgs. n. 169/07 solo una specifica e limitata categoria di creditori (cioè i crediti privilegiati muniti di pegno ipoteca e privilegio).

Peraltro, tale interpretazione non porta – come ritenuto da alcuni - all'abrogazione (di fatto) dell'istituto della transazione fiscale, in quanto si deve ritenere (al fine di mantenere un significato all'art. 182 ter l.f. compatibile con l'art. 160 l.f.) che il riferimento al credito privilegiato di cui all'art. 182 ter l.f. sia necessariamente al credito privilegiato “speciale”, in quanto è l'unico che attualmente può essere pagato in percentuale alla luce della lettera dell'art. 160 l.f.:

La transazione fiscale potrà – dunque - trovare applicazione con riferimento ai crediti tributari muniti di privilegio fiscale (ma diversi da quelli esclusi dalla circolare della direzione generale delle Entrate del 4 aprile 2008).

La Corte di Cassazione si è peraltro recentemente espressa su tale aspetto affermando che nella vigenza del D.Lgs. n. 5/2006 è inammissibile la proposta di concordato preventivo che, in mancanza di un assenso dei creditori privilegiati, preveda il pagamento non integrale, anche con riferimento all'art. 124 l.fall., dettato in tema di concordato fallimentare, non applicabile in via analogica, ed all'art. 182ter, costituente norma speciale in tema di transazione fiscale⁹ (cfr. Il fallimento giugno 2010)

⁹ Cfr. Cassazione Civile, Sez. I, 22 marzo 2010, n. 6901 - Pres. Proto - Rel. Zanichelli, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 653, con commento di Genoviva, il quale a pag. 655 osserva come con tale pronuncia la Corte di legittimità abbia di fatto disatteso “il prevalente orientamento interpretativo espresso dalla giurisprudenza di merito che, nella vigenza del D.Lgs. n. 5/2006, aveva (finalmente) ritenuto possibile, nel concordato preventivo, il pagamento non integrale dei creditori privilegiati, sia pure nei limiti della capienza dei beni su cui si esercita la prelazione, con

3. I privilegi incipienti e la formazione di autonome classi (i c.d. crediti privilegiati “declassati”)

Se nutriamo fondati dubbi che sia consentito prevedere nell’ambito del “piano” la possibilità del pagamento parziale di creditori muniti di privilegio generale, è indubbio, essendo normativamente previsto, che la proposta di concordato preventivo possa prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in

interpretazione in via analogica del novellato art. 124 l.fall. sul concordato fallimentare”. Osserva ancora il citato autore come “... In precedenza, nella vigenza della legge fallimentare del 1942, nessuno dubitava che i creditori privilegiati dovessero essere necessariamente soddisfatti integralmente e tale principio era strettamente correlato alla loro esclusione dal diritto di voto, per «carezza» di concreto interesse ovvero per «eccesso» di convenienza nell’omologazione del concordato preventivo, a scapito dei chirografi, cui residuavano normalmente (e nella migliore delle ipotesi) le «briciole»: era pertanto «giusto» che soltanto questi ultimi potessero votare, così determinando le sorti della proposta concordataria. Il D.L. n. 35/2005, nel riformare radicalmente l’istituto ampliandone la portata ed introducendo la suddivisione in classi dei creditori, aveva del tutto omesso (per «timidezza» legislativa) di considerare la posizione dei privilegiati, che rimanevano quindi esclusi dal voto e, conseguentemente, dovevano beneficiare di una soddisfazione integrale (a meno che non intendessero spontaneamente rinunciare, in tutto o in parte, alla prelazione): mentre la dottrina aveva subito messo in evidenza la «criticità» di tale (mancata) scelta legislativa, che rischiava di svuotare di significato il sistema delle classi e quindi impedire l’auspicata diffusione del nuovo concordato preventivo Prima che il «correttivo» D.Lgs. n. 169/2007 novellasse (ma soltanto per le procedure concorsuali aperte dal 18 gennaio 2008 in poi, ex art. 22 stesso D.Lgs.) numerose norme sul concordato preventivo ed in particolare gli artt. 160 e 177 l.fall., prevedendo la possibilità di una soddisfazione non integrale dei privilegiati a somiglianza di quanto già disponevano gli artt. 124 e 127 (novellati sul punto dal D.Lgs. n. 5/2006) in tema di concordato fallimentare, la giurisprudenza di merito sopra citata, sorretta dall’opinione di parte della dottrina, aveva cercato di ricondurre «ad unita» il sistema, attraverso il canone interpretativo dell’analogia, ora la S.C. ha «cassato» tale apprezzabile sforzo ermeneutico. Nella sentenza qui brevemente chiosata, viene anche svalutato l’ulteriore argomento propugnato dalla giurisprudenza di merito per giustificare la falciatura concordataria dei creditori privilegiati e costituito dall’introduzione (sempre ad opera del D.Lgs. n. 5/2006) dell’art. 182ter sulla transazione fiscale, ove è prevista la possibilità, a determinate condizioni, del pagamento non integrale dei crediti fiscali privilegiati, a riprova dell’accidentato percorso applicativo toccato a tale novellato istituto e forse ulteriormente aggravato dall’ultima modifica legislativa della menzionata norma, ad opera del D.L. n. 185/2008, convertito ed ancora una volta modificato dalla L. n. 2/2009”.

possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d).¹⁰

Con il decreto correttivo del 2007 è stata - quindi - definitivamente sancita la comprimibilità delle ragioni creditorie tutelate da un privilegio speciale, ma sempre e soltanto in caso di incapacienza, atteso quanto previsto nell'articolo 160, secondo comma, l. f.

Pertanto nel piano proposto dal debitore e creditori può essere prevista una riduzione del credito dei privilegiati a condizione che sussistano tre presupposti:

“a) che la somma promessa sia non inferiore a quella realizzabile in caso di vendita, tenendo conto della collocazione preferenziale;

b) che il valore di mercato attribuibile al cespite oggetto della garanzia sia indicato in una relazione;

c) che non sia alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione”.

Sulla base della modifica legislativa operata dall'art. D. Lgs. n. 169/07 è ora quindi possibile degradare – seppure in misura percentuale - i creditori privilegiati, essendo stata predisposta: a) una tutela preventiva costituita dalla relazione di stima che attesti l'incapienza; b) una tutela intermedia costituita dal vaglio del tribunale, ai sensi del primo comma dell'art. 163 l. fall., sulla ragionevolezza del trattamento differenziato; c) una tutela successiva in caso di voto negativo di una classe volto alla verifica del relativo trattamento.

In dottrina¹¹ si è rilevato come la disposizione del 2° comma dell'art. 160 l. fall. pone, per la sua applicabilità, una serie di condizioni, alcune esplicite, altre implicite: “... la prima condizione (esplicita) sta nel fatto che la garanzia (reale) di cui beneficia il creditore deve consistere nel privilegio, nel pegno (di un bene mobile o anche di un credito) o nell'ipoteca e deve avere ad oggetto un bene appartenente al patrimonio del debitore. Dall'ambito applicativo della fattispecie pertanto, restano escluse

¹⁰ Cfr. Racugno, Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale – Profili sostanziali, in Trattato di diritto fallimentare, diretto da Buonocore e Bassi, vol. I, Padova, 2010, pag. 495, con conseguente possibilità - in questi limiti - di entrare a far parte di una delle classi votanti; Ferro, commento all'art. 160 l.f. in La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico – pratico, Padova, 2008, pag. 293.

¹¹ Cfr. Censoni, op.cit., pag. 20 ss.

diverse forme di garanzia pur con efficacia reale (come le cessioni di crediti pro solvendo), oltre che i diritti di prelazione (pegni o ipoteche) sui beni di terzi”.

La seconda condizione – evidenzia la citata dottrina - consiste nell'insufficienza del valore del bene sul quale insiste la garanzia rispetto all'importo del credito garantito: si vuole cioè che la percentuale di soddisfacimento del credito garantito non sia inferiore al rapporto fra il valore (o il valore residuo) presumibilmente realizzabile in sede di liquidazione del bene e il valore nominale del credito medesimo.

Il soddisfacimento di tale seconda condizione “... ne pone implicitamente una terza (di cui il Legislatore della riforma non sembra essersi accorto), derivante dalla considerazione che il menzionato criterio indicato dal 2° comma dell'art. 160 I. fall. presuppone un soddisfacimento in danaro dei crediti garantiti ("purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile [...] sul ricavato in caso di liquidazione"), mentre il primo comma consente di prevedere che la ristrutturazione dei debiti avvenga "attraverso qualsiasi forma”.

Ci si è – pertanto – domandati se, “... in questo caso, i creditori garantiti da diritti di prelazione (privilegio, pegno, ipoteca) possano essere soddisfatti in forme diverse da un pagamento in danaro e se il criterio di valutazione della eventuale percentuale sopra esaminato sia ancora applicabile o se, al contrario, a quei creditori debba essere assicurato un pagamento in danaro e integrale”.

La dottrina ha individuato una ulteriore condizione nel fatto che il “ ... valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione" deve essere indicato "nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. d)"; quest'ultima norma indica il "professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b)", concretamente individuato negli "avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti", nonché negli "studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a)”.

Come appare evidente, si tratta dei medesimi soggetti abilitati a svolgere le funzioni di curatore fallimentare, ma che, in aggiunta, dovranno essere iscritti nel registro dei revisori contabili.

La scelta del genere di professionista, la quale esclude (in modo del tutto irragionevole in quanto si tratta nella maggioranza dei casi di valutare beni immobili) gli iscritti all'albo degli ingegneri dei geometri, degli architetti o degli agronomi¹², è – a nostro avviso - indicativa del fatto che tale valutazione sarà necessaria anche allorché i beni caduti nella massa fallimentare siano già stati singolarmente valutati in sede di proposizione del concordato.

E' infatti evidente che le indicazioni patrimoniali poste a fondamento di tale ulteriore valutazione (prevista solo nelle ipotesi in cui il concordato preveda il pagamento percentuale di creditori privilegiati) sono le medesime già oggetto della relazione che accompagna il "piano"; pertanto la citata attestazione non potrà essere compiuta dal medesimo professionista che ha redatto la relazione ex art. 161, in quanto tale adempimento, previsto a garanzia dei creditori, si risolverebbe – di fatto - in una inutile duplicazione di quanto già attestato nella relazione ex art. 161 l.f.¹³

Del resto la necessità della redazione di una "stima di incapienza" da parte di un "diverso" professionista rispetto a quello che ha presentato la relazione ex art. 161 l.f., - seppure non prevista esplicitamente dalla legge - è stata affermata anche da parte di quella dottrina che, in casi analoghi a quello di specie, ha ritenuto necessaria una plurima valutazione del bene seppure sotto diversi aspetti; si è a tale proposito affermato che mentre una prima valutazione sarà compiuta dal professionista che effettua la stima del bene, una seconda valutazione sarà effettuata dal redattore del piano ex art. 161 l.f. (professionista iscritto al doppio albo ex art. 28 l.f.; infine una terza valutazione sarà compiuta dal professionista che effettuerà la dichiarazione di

¹² Evidenzia Ferro, commento all'art. 160 l.f., op. cit. pag. 297, come il revisore contabile "... finirà per ricorrere all'ausilio di altri professionisti meglio vocati a tali tipologie di valutazioni, anche se la responsabilità di quanto giurato nella relazione rimarrà completamente in capo al revisore medesimo".

¹³ Cfr. sul punto Tribunale di Piacenza, 4 luglio 2008, decreto, Pres. Tucci, est. Bersani, in www.ilcaso.it.

incapienza, mentre una quarta valutazione (eventuale) sarà infine effettuata dal Tribunale e dal Commissario giudiziale che dovrà verificare la correttezza dei valori espressi nel piano.¹⁴

Da parte di altri dottrina ci si è domandati se colui che redige la relazione giurata di stima debba essere un soggetto diverso da quello chiamato a predisporre la relazione attestativa ex art. 161 l.f., o se il debitore possa affidare entrambi gli incarichi di cui sopra ad n medesimo professionista o, ancora, se ricorra il procedimento designativo già implicato per il piano attestato.¹⁵

Pur nell'ambito di una indiscutibile incertezza interpretativa, si detto che nessun ostacolo dovrebbe sussistere ad ammettere che chi redige la relazione di stima di cui all'art. 160 l.f. possa essere il medesimo soggetto che predispone il piano concordatario, sempre che quest'ultimo sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67 l.f. "... non ravvisandosi fra i due incarichi in esame alcuna incompatibilità e ben potendo il professionista di cui al citato art. 160 l.f. condividere in sede di stesura della relazione giurata i risultati e le scelte a cui lo stesso è pervenuto nella formulazione del suddetto piano".¹⁶

La prima delle soluzioni citate, che a nostro avviso appare preferibile, è stata oggetto di critica in dottrina¹⁷, la quale ha evidenziato come "...a) non vi sono ragioni funzionali che non già impediscano, ma neppure sconsiglino che i due ruoli siano rivestiti dalla stessa persona; b) non vi sono ostacoli normativi a tale sovrapposizione di ruoli; c) vi sono forti indizi e valide ragioni nel senso che i due ruoli possano essere svolti dalla medesima persona".

A tali considerazioni preliminari, si aggiunge, secondo la citata dottrina, il fatto che nel redigere le due relazioni, il professionista ha interessi divergenti. In quanto "... nella relazione dell'art. 160, secondo comma, egli ha interesse a indicare valori dei beni più alti possibili, con ciò rendendo più

¹⁴ Cfr. Jachia, Nuova prima lettura del nuovo concordato preventivo, in www.ilcaso.it, sez. II n. 73/2007

¹⁵ Cfr. Ferro, in La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico – pratico, Padova, 2008, pag. 296.

¹⁶ Cfr. Ferro. op. ult. cit. pag. 297.

¹⁷ Cfr. Zorzi, La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l.f., in Il fallimento, 2010, pag. 518 ss.

difficile il raggiungimento della soglia di valore indicata da parte del piano”, mentre “ .. nella relazione ex art. 161, terzo comma, al contrario, il professionista, per limitare la sua responsabilit , tendera  ad avere una visione quanto meno cauta, se non pessimista, sulla fattibilita  del piano e, con esso, della congruita  dei valori dell’attivo esposti nel piano medesimo. Per esemplificare, si ponga il caso di un bene che vale (a valore di mercato in caso di liquidazione), secondo il redattore del piano, 60, sul quale insista ipoteca per un importo superiore. Il piano di concordato potrebbe, quindi, prevedere che il creditore sia pagato 60 + la quota riservata ai chirografari. Per cautelarsi da responsabilita , il professionista potrebbe essere indotto ad indicare che il bene vale in realt  70; infatti, il creditore che si assumesse pregiudicato potrebbe invocare la responsabilita  del professionista per aver attestato un valore inferiore. Ma il valore del bene sara  presente anche nel piano di concordato; e il professionista dovra  attestare, ai sensi dell’art. 161, terzo comma, la veridicit  dei dati esposti e la fattibilita  del piano, che si potrebbe basare anche (si ipotizza, per semplicita , che il bene abbia un valore costante sia in ipotesi di liquidazione, sia in ipotesi di uso nel concordato) sul bene di cui sopra, il cui valore e  indicato in 60. Qui, all’opposto di quanto accade in sede di relazione ex art. 160, secondo comma, per cautelarsi da responsabilita  il professionista dovrebbe essere indotto ad attribuire al bene un valore inferiore, non gia  superiore. La coesistenza dei due ruoli in capo alla medesima persona fisica e  in grado di imporre, mediante la tensione tra questi due obiettivi e mediante l’incrocio delle due prospettive, l’individuazione del valore piu  prossimo al vero.

Da parte della citata dottrina si evidenziano gli inconvenienti alla soluzione che ci appare preferibile, in quanto “... la separazione dei due ruoli potrebbe indurre il professionista che attesta la fattibilita  del piano a suggerire, quantunque solo a scopo «prudenziale », che i beni stimati abbiano in realt  valori inferiori a quelli indicati nella relazione giurata ex art. 160, secondo comma, cosi  ingenerando possibile confusione nei creditori e al Tribunale. Questo non significa, naturalmente, che il professionista non possa verificare la perdurante fattibilita  del piano anche assumendo un valore inferiore a quello di stima, nel quadro di una «analisi di sensitivit  » del piano concordatario

che è, anzi, auspicabile; significa soltanto che la dissociazione soggettiva può incoraggiare comportamenti volti a minimizzare la possibilità di incorrere in responsabilità, a discapito della completezza e sincerità del contenuto informativo e valutativo dell'attestazione".¹⁸

A favore della soluzione alternativa proposta dalla dottrina vi sarebbe infine l'indubbio ed indiscutibile vantaggio costituito dal "...profilo di economia e speditezza che può essere garantito dal ricorso a un unico professionista, suggerito peraltro dall'identità dei requisiti soggettivi".¹⁹

La conclusione cui giunge la citata dottrina è - peraltro - nel condivisibile senso che "... il professionista che redige la relazione ex art. 161, terzo comma, dovrebbe essere indipendente dal debitore così come deve essere quello che redige la relazione giurata ex art. 160, secondo comma, ma il cumulo di due funzioni da svolgere entrambe in una situazione di indipendenza: a) non fa venir meno tale carattere per nessuna delle due; b) produce un risparmio di costi per il debitore; c) sotto certi profili, e in conseguenza della diversità delle due funzioni, può perfino portare a risultati più equilibrati".²⁰

Una ulteriore condizione per l'ammissibilità del pagamento parziale dei crediti muniti di privilegio speciale consiste nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, nel senso che "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Il Legislatore, attraverso tale locuzione ha ribadito quanto, già prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 160, 2° comma, I. fall. (introdotto dal d. lgs. n. 169/2007), prevedeva per la "transazione fiscale" nel concordato preventivo l'art. 182- ter, 1° comma, I. fall. a norma del quale, "se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che

¹⁸ Cfr. Zorzi, op. cit. pag. 520.

¹⁹ In tal senso cfr. Demarchi, Il concordato preventivo alla luce del decreto «correttivo», in *Le nuove procedure concorsuali: dalla riforma organica al decreto correttivo*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 495; Mattei, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, 2008; Racugno, *Concordato preventivo: il trattamento dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 787.

²⁰ Cfr. Zorzi, op. cit. pag. 521.

hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari".

Si è quindi osservato che il "... riferimento all'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici rimanda evidentemente all'ipotesi che la proposta di concordato preveda una suddivisione dei creditori in classi (art. 160, 1° comma, lett. c), I. fall.: "secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei"), che però - nella norma sulla transazione fiscale - non sembra costituire una modalità necessaria da seguire, quando si propone un pagamento non integrale dei creditori (o di taluni creditori) muniti di diritti di prelazione, mentre nell'art. 160, 2° comma, I. fall. il riferimento al "trattamento stabilito per ciascuna classe" indurrebbe a preferire la soluzione opposta.

L'ultima condizione individuata in dottrina ai fini di un corretto piano che preveda il pagamento percentuale dei crediti privilegiati speciali consiste nella valutazione operata dal Tribunale: l'autorità Giudiziaria dove – infatti – verificare se il trattamento riservato ad un creditore con diritto di prelazione (speciale) non integralmente soddisfatto sia migliore o peggiore rispetto alle "alternative concretamente praticabili" (cioè, in definitiva, rispetto a quanto quel creditore potrebbe ricevere nel fallimento).

La sussistenza di tale presupposto è stato - peraltro - oggetto di critica in dottrina in quanto si tende ad individuare in capo al Tribunale un giudizio (preventivo) di convenienza analogo al *cram down*, che la legge prevede solo dopo che il concordato sia stato approvato (almeno) dalla maggioranza delle classi e solo se un creditore appartenente ad una classe dissenziente (e che abbia espresso voto contrario) si sia attivato per contestare la convenienza della proposta. A nostro avviso si tratta di valutazione che, comunque, appare molto difficile in concreto, essendo per lo più collegate a stime che, come l'esperienza insegna, vengono spesso disattese al momento della vendita.

Ritenuto ammissibile il pagamento parziale di creditori con privilegio speciale occorre domandarsi se al creditore non integralmente soddisfatto debba essere assicurata per il residuo la percentuale che gli spetterebbe quale creditore chirografario in

applicazione (analogica) dell'art. 54 l.f. ed inoltre, se per tale residuo credito essi debbano essere inseriti in una autonoma classe (denominata creditori privilegiati incapienti) o se, invece, possano essere collocati nella classe dei chirografari.²¹

4. Il credito privilegiato speciale incapiente deve essere soddisfatto in chirografo?

Tale domanda nasce dalla constatazione che, nel fallimento, a norma dell'art. 54, 1° comma, I. fall. i creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio, "se non sono soddisfatti integralmente, concorrono, per quanto è ancora loro dovuto, con i creditori chirografari nelle ripartizioni del resto dell'attivo"; e analoga disposizione è contenuta nell'art. 111, 1° comma, n. 3, 1. fall. in relazione all'ordine di distribuzione del ricavato.

Riteniamo che i creditori privilegiati incapienti dovranno sicuramente votare in una apposita "classe" per la parte di credito incapiente.

Tale soluzione trova conferma - con riferimento proprio al concordato preventivo - nell'art. 177, V comma, I. fall., secondo cui "i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito".

Si è - tuttavia - osservato come l'art. 177 l.f. equipara i creditori con diritti di prelazione non integralmente soddisfatti a quelli chirografari solo ai fini della votazione, ma non consentirebbe di affermare che ai primi il debitore concordatario debba assicurare una doppia percentuale, dovendo preoccuparsi solo che il piano di concordato "ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della

²¹ La prima soluzione è stata proposta da parte di Trib. Salerno, 4 dicembre 2007, Pres. Chianese, est. Jachia, ove si afferma che appare ragionevole "... la scelta di attribuire al creditore ipotecario parzialmente incapiente il pagamento integrale della parte capiente ed un livello di soddisfazione della quota chirografaria atteso che altrimenti avrebbe un trattamento peggiore rispetto agli altri chirografari", specificando poi che appare parimenti ragionevole "... l'avergli attribuito per la quota chirografaria una percentuale differente da quella delle altre classi in quanto non ha rispetto agli altri creditori chirografari, eguaglianza di posizione giuridica ed interessi economici omogenei".

collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione" . Sembrerebbe – pertanto - nel silenzio della legge, che al creditore privilegiato “speciale” debba essere riconosciuta solo la percentuale indicata nel piano, senza alcuna possibilità di recuperare in sede chirografaria la parte di credito risultata incapiente. Per la parte residua incapiente verrebbe, invece, riconosciutoli diritto di voto.

Non risulterebbe, dunque, applicabile – neppure in via analogica - la disciplina dell’art. 54 l.f.

In considerazione della delicatezza della problematica, non si può prescindere da un richiamo ai principi generali.

Nell’ambito del codice civile, il principio generale è quello dell’art. 2741 c.c., secondo cui i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione: da tale principio generale si ricaverebbe l’impossibilità, per il creditore ipotecario o pignoratizio, di estendere il proprio diritto ad essere soddisfatto con prelazione oltre i limiti oggettivi della propria garanzia reale.

Tale soluzione trova conferma nell’art. 2787 c.c. il quale prevede che il creditore ha diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno, lasciando intendere a contrario che, per l’eventuale residua parte del credito che ecceda il valore della cosa, il creditore concorre, su piano paritario, con gli altri creditori chirografari.

Tali principi generali trovano applicazione speculare anche in chiave fallimentare nell’art. 54 l.f., ove si dispone che i crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio fanno valere il loro diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati per il capitale, gli interessi e le spese, ed in particolare nella parte in cui si prevede che se tali crediti non sono soddisfatti integralmente, concorrono, per quanto è ancora dovuto, con i creditori chirografari nelle ripartizioni del resto dell’attivo.

Alla luce di tali principi occorre valutare la possibile applicazione della previsione dell’art. 54 l. fall., nel concordato preventivo, al fine di verificare se sia configurabile la possibilità di un credito residuo (in chirografo) per la parte di credito incapiente.

A questo proposito si è osservato in dottrina che pur estendendo alla procedura di concordato preventivo

l'applicabilità delle norme in materia fallimentare degli artt. 55-63 l. fall. l'art. 169 l.f. omette di richiamare proprio gli artt. 53 e 54 l. fall., che regolano le modalità del concorso nel fallimento fra creditori privilegiati e creditori chirografari.

Da ciò deriva che il principio di cui all'art.54 l.f. si applica solo al fallimento ma non al concordato preventivo.

Nella diversa ipotesi, ritenendo applicabile l'art. 54 l.f. al concordato preventivo, nel concorso coi creditori chirografari, i creditori privilegiati speciali incapienti potrebbero essere soddisfatti soltanto in percentuale, al pari degli altri creditori chirografari, posto che il diritto all'integrale soddisfacimento è limitato al ricavato dei beni oggetto della prelazione.

Le soluzioni dottrinali in ordine al problema *de quo* sono state diverse; da pare di alcuni autori si è affermato che qualora la somma ricavata dalla vendita del bene oggetto del credito privilegiato non consenta di pagare il credito privilegiato in misura integrale, lo stesso dovrebbe essere retrocesso a credito chirografario per la parte incapiente, limitandosi il pagamento da parte del debitore del privilegio solo al bene stesso ed al suo valore intrinseco.

Secondo altri autori al creditore prelazio dovrebbe essere garantita la possibilità di realizzare la parte insoddisfatta del suo credito, per intero e con preferenza sul ricavato degli altri beni del debitore; gli autori che criticano tale soluzione osservano, peraltro, come, in tal modo, sorgerebbero problemi attuativi pressoché insolubili, quale quello del conflitto del creditore prelazio insoddisfatto sul ricavato del bene oggetto della prelazione, con i creditori forniti di privilegio generale sul ricavato della vendita dei mobili (o degli stessi immobili, sui quali i privilegiati «generali» vantano il diritto ad una collocazione sussidiaria ex art. 2776 c.c.).

Secondo tale dottrina ogni soluzione si presenterebbe – pertanto - molto incerta: se si ritenesse che i creditori dotati di privilegio generale dovessero prevalere sugli ipotecari, pignoratizi e privilegiati speciali rimasti insoddisfatti, verrebbe a riconoscersi alle ragioni del privilegio generale una priorità rispetto ai precedenti, non prevista e non deducibile dal vigente sistema; se invece si scegliesse l'opposta soluzione, tale priorità verrebbe attribuita alle ragioni dei creditori forniti di una causa

di prelazione “speciale” (che cioè almeno originariamente ricadeva su un bene specifico), facendo “scolorire” la posizione dei crediti con privilegio generale praticamente al rango dei chirografari.

Va in ogni caso osservato che ammettendo il creditore privilegiato speciale nella categoria dei creditori chirografari, sarebbero questi ultimi ad essere danneggiati, dovendo concorrere con il credito rimasto insoddisfatto dalla vendita del bene su cui veniva esercitato il privilegio.

Nello stessa prospettiva si colloca – seppure con differente motivazione - altra dottrina²² (peraltro espressa prima dell'intervento di riforma del “correttivo”) secondo cui la tesi che postula come assolutamente imprescindibile nel concordato l'integrale soddisfazione dei creditori forniti di prelazione, ponendola come presupposto per l'ammissione, l'omologazione e l'esecuzione del concordato stesso, risulta, in realtà, del tutto incompatibile con i principi di diritto comune (e di portata generale) in tema di concorso dei creditori prelatizi e chirografari.

Pertanto, secondo tale autore, la soddisfazione preferenziale ed integrale del credito fornito di prelazione su uno specifico bene, mobile o immobile, non potrà realizzarsi, oltre i confini stabiliti dall'art. 2808 c.c. per l'ipoteca, degli artt. 2787 e 2798 per il pegno, dell'art. 2756, terzo comma per i privilegi speciali (che rinvia alla disciplina del pegno), in base ai quali, la soddisfazione con prelazione è consentita solo limitatamente al prezzo ricavato dalla espropriazione ed entro i rigorosi confini della capienza del bene oggetto della prelazione stessa.

Da ciò deriverebbe che, per la parte non soddisfatta, il creditore pignoratizio, in conformità a quanto disposto dall'art. 2741 c.c., non potendo più vantare alcuna prelazione, potrà vantare un diritto alla soddisfazione del tutto pari a quello degli altri creditori chirografari, e, quindi, la sua soddisfazione (o la misura della soddisfazione) potrà avvenire secondo la regola generale del concorso.²³

Le indicazioni della dottrina citata appaiono preziose per la

²² Cfr. Inzitari, Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni, in *Giur. Comm.*, 1990, I, pag. 383 ss.

²³ Cfr. Inzitari, *op. cit.* pag. 395.

soluzione del problema concreto da cui siamo partiti, in quanto si informano ai principi generali del sistema della responsabilità patrimoniale del nostro ordinamento del diritto delle obbligazioni, i quali non risultano derogati dalla disciplina delle procedure concorsuali, né, tantomeno, da quella del concordato preventivo con cessione dei beni, la quale non conterrebbe alcuna espressa ed univoca deroga in proposito.

Alla luce delle norme e delle opinioni dottrinali sopra richiamate, un primo aspetto da affrontare concerne il coordinamento tra i principi generali relativi al concorso dei creditori e all'ambito quantitativo della prelazione con le specifiche disposizioni previste in materia di concordato preventivo (così come modificato dalla riforma del 2007).

Come già osservato, con la nuova struttura del concordato preventivo, il principio della *par condicio creditorum* è suscettibile di essere modificato a seconda della possibilità di ottenere il voto favorevole dei creditori, ed anzi in tale prospettiva, si giustificerebbe, secondo la prevalente dottrina, la formazione delle classi ed il trattamento differenziato per i creditori. Deve pertanto ritenersi lasciato alla libera determinazione del ricorrente la possibilità di provvedere un pagamento percentuale per i creditori privilegiati incapienti. Il problema si ripropone, tuttavia, quanto nulla in tal senso è stato disposto dal debitore. A fronte del voto dei creditori declassati, gli stessi avranno diritto alla percentuale dei chirografari (ma in caso di più classi con trattamenti diversi, quale percentuale si applicherà?)

La risposta - a nostro avviso - deve essere negativa in considerazione della natura contrattuale del nuovo concordato preventivo: se nulla viene detto e previsto nel "piano", nulla può essere attribuito, pena lo stesso sconvolgimento (dal punto di vista economico) del piano stesso e del giudizio di fattibilità ad esso connesso.

5. Il ruolo dell'Autorità giudiziaria nel nuovo concordato preventivo: controllo di legittimità o di merito? Inconfigurabilità di un controllo in ordine alla convenienza del concordato ?

Ulteriore novità caratterizzante il “nuovo” concordato preventivo è costituita dal ruolo dell’ autorità Giudiziaria.

Si è recentemente consolidata la soluzione secondo cui l’organo giurisdizionale, pur non potendo valutare né la convenienza né la concreta fattibilità del piano, potrà comunque effettuare un controllo di legalità formale e sostanziale.²⁴

In tale prospettiva si ritiene consentito al Tribunale un controllo finalizzato a verificare se il piano sia comprensibile, coerente, sufficientemente dettagliato, e se i conteggi effettuati dal professionista siano adeguati²⁵.

In giurisprudenza si è sottolineato²⁶ come “... la collocazione sistematica della norma e la *ratio* ad essa sottesa non depongano per una mera presa d’atto in ordine alla esistenza materiale della documentazione stessa, qualificabile come mero controllo formale, tra cui fare rientrare la relazione del professionista. Pur ritenendo che la novella legislativa precluda di entrare nel merito delle valutazioni effettuate dal professionista, al tribunale è rimessa la verifica sulla completa e puntuale analisi dei dati posti a sostegno della relazione in base alla documentazione di cui all’art. 161, comma 1, l. fall., e sulla congruenza tra i dati attestati esposti e la valutazione di fattibilità espressa. In tal senso il tribunale ritiene pertanto che l’esame della relazione del professionista si incentri in una verifica della completezza argomentativa e della coerenza motivazionale della attestazione, e integri un controllo di legalità, coerente con le funzioni di garanzia assegnate dal Legislatore. L’attestazione dell’esperto, pertanto, deve, in primo luogo, prendere in considerazione tutti i dati esposti in sede di ricorso, oggetto di documentazione di cui all’art. 161, comma 1,

²⁴ Cfr. Per una rassegna delle opinioni dottrinali cfr. Ferro, commento all’art. 162 l.f. in La legge fallimentare, decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico – pratico, Padova, 2008, pag. 309; Racugno, op. cit. pag. 894, ove si osserva che il “.. il tribunale è qui sta l’innovazione più significativa rispetto al passato, non peraltro più un ruolo di indagine, e quindi di decisione, sulla convenienza economica e sulla meritevolezza del concordato, a è deputato a vigilare sulla trasparenza dell’operazione e sulla corretta informazione dei creditori ai fini di rendere attendibili le informazioni sulla base delle quali gli stesso debbono esprimere il loro voto sulla proposta di concordato”.

²⁵ Cfr. Arato, La domanda di concordato preventivo dopo il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, in Dir. Fall., 2008, I, 61.

²⁶ Cfr. Tribunale di Milano decr. del 9 febbraio 2007, in Fallimento, 2007, 1218.

l. fall., e confermarne la veridicità. Espletata tale preliminare operazione la valutazione in ordine alla fattibilità del piano deve essere oggetto di una esposizione completa, coerente, motivata, idonea a dare conto delle conclusioni espresse sulla scorta delle premesse. Trattasi di una relazione documentata e ragionata che sfocia, sulla scorta di premesse metodologiche di carattere tecnico, in una prognosi sulle prospettive poste a fondamento del piano concordatario. Solo in tale ottica la relazione ex art. 161 l. fall. è in grado di assolvere alla funzione di fornire al commissario giudiziale ed al ceto creditorio gli elementi informativi necessari per il compimento pienamente consapevole delle valutazioni in ordine alla convenienza della proposta nell'ambito di un assetto negoziale della regolazione degli interessi in gioco". Ritenendo possibile estendere il controllo di regolarità formale anche al contenuto della relazione del professionista, si è affermato che in tale documento non dovranno sicuramente essere presenti "errori logici".²⁷

Tale soluzione è stata condivisa in altre²⁸ occasioni, affermando che "...in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il controllo del Tribunale deve vertere: a) sotto il profilo della regolarità, sull'accertamento della rispondenza dei dati considerati ed attestati dal professionista qualificato, ai sensi dell'art 161, terzo comma l. fall., alla documentazione di supporto o degli elementi comunque acquisiti; b) sotto il profilo della completezza, sull'accertamento dell'offerta di un'informazione, esauriente ed argomentata, dell'effettiva situazione economica e finanziaria del debitore richiedente, in relazione al piano proposto ai creditori, in modo che esso sia davvero spiegato, sulla base di un'indicazione, critica e ragionata, dei mezzi offerti rispetto agli obiettivi perseguiti".

Si è ancora affermato²⁹ che "... il controllo del Tribunale non può ritenersi limitato ad una verifica meramente formale e della completezza e regolarità della documentazione, dovendo,

²⁷ Cfr. Tribunale di Pescara, decr. 20 ottobre 2005, in *Il Diritto Fallimentare*, 2006, pagg. 130 e ss.; Tribunale di Monza, 16 ottobre 2005, in *Il Fallimento*, 2005, pag. 1403; Tribunale di Ancona, decr. 13 ottobre 2005, in *Il Fallimento*, 2005, pag. 1405.

²⁸ Cfr. Corte di Appello di . Torino, 19 giugno 2007, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1315.

²⁹ Cfr. Tribunale di Terni, 4 maggio 2009, Pres. Lanzilotto, est. Vella, in *Giur. merito*, 2009, pag. 2785, con nota adesiva di Ferro.

invece, procedere ad un sindacato – sia pure indiretto – anche sul merito della fondatezza (cioè sulla fattibilità) della proposta, esclusa ogni valutazione della sua convenienza, ora integralmente rimessa – attraverso la votazione – al ceto creditorio, salvo il caso del giudizio in termini di *cram down* in presenza di classi dissenzienti; la riaffermata prospettiva pubblicistica dell'istituto è dunque orientata all'espressione di un voto pianamente informato”

L'orientamento giurisprudenziale è stato pertanto, , fin dai primi momenti applicativi delle disposizioni sul concordato preventivo nel senso di una lettura delle norme che consentisse, comunque, un'ampia valutazione da parte del Tribunale in ordine alla sussistenza dei requisiti di ammissibilità. Particolare attenzione da parte della giurisprudenza è stata, comunque, attribuita al contenuto della relazione del professionista.

Da parte del Tribunale di Palermo³⁰ si è precisato che “... ai fini dell'ammissibilità del debitore al concordato preventivo, il professionista incaricato di cui al comma 3 dell'art. 161 l. fall., pur non essendo soggetto ad alcun sindacato di merito da parte del tribunale, deve rendere manifesti, nel contesto della relazione, i criteri e le metodologie seguite nel procedimento di revisione detta contabilità della debitrice, destinato a sfociare nell'attestazione della veridicità dei dati aziendali”.

Il Tribunale di Monza³¹ pur dando atto che nel nuovo concordato preventivo, che valorizza fortemente l'autonomia privata, il controllo affidato al tribunale non attiene alla valutazione di merito circa la convenienza del piano proposto, bensì alla "possibilità" di una sua concreta attuazione, ha evidenziato come “... il controllo di garanzia del tribunale non può essere ridotto a una verifica formale dell'avvenuto deposito della documentazione indicata dall'art. 161 l. fall. Al contrario, il ruolo di garanzia del tribunale deve concretizzarsi: da un lato, nella verifica della completezza e regolarità dei documenti alla luce della loro idoneità a svolgere la funzione informativa e dimostrativa che la legge loro attribuisce per l'ammissione dell'imprenditore alla procedura; dall'altro, nell'assicurare che la relazione del commissario giudiziale fornisca a ciascun creditore

³⁰ Cfr. Tribunale di Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 570.

³¹ Cfr. Tribunale di Monza 17 ottobre 2005, *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 22, pag. 67.

tutte le informazioni necessarie per compiere la valutazione in ordine alla convenienza del piano proposto; da un altro lato ancora, nell'interrompere in qualsiasi momento la procedura qualora emergano elementi che dimostrino la non fattibilità del piano proposto, anche se nel frattempo il concordato sia stato già approvato dai creditori e sia in corso il giudizio di omologa”.

Da parte del Tribunale di Piacenza³² si è affermato come al momento della presentazione del concordato preventivo, “... il debitore sia gravato di un onere probatorio particolarmente stringente quanto alla prova della fattibilità del piano e alla veridicità dei dati aziendali, prova che dev'essere data, oltre che con la produzione della documentazione di cui all'art. 161, secondo comma, anche e soprattutto attraverso la relazione di un professionista indipendente ed imparziale; il tribunale, però, non è vincolato a tale prova proprio perché, come tutte le prove dev'essere valutata e ogni valutazione non può che entrare nel merito della proposta e, quindi, anche della relazione del professionista ove il Tribunale dovesse ritenere che la medesima, non fornisca sufficienti e tranquillizzanti elementi per ritenere che il piano sia fattibile e/o i dati aziendali non siano veridici (ciò risulta coerente con la possibilità di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni (termine concesso nel caso concreto) per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, e cioè porre in essere un'attività che non può che essere conseguente, com'è del tutto evidente, a contestazioni sollevate proprio in ordine alla fattibilità e/o veridicità dei dati aziendali)”.

Alla luce di tali considerazioni ad avviso del Tribunale piacentino, il controllo del giudice “... non è più limitato entro i limiti della verifica della “completezza e regolarità della documentazione”, ma è stato “ricalibrato”, confermando un potere tradizionalmente riconosciuto e cioè quello della verifica nel merito della fondatezza (cioè della fattibilità) della proposta. In altre parole – così come osservato in dottrina - se proprio si vuole parlare di privatizzazione della procedura, si può solo affermare che è stato “privatizzato” il requisito della convenienza nel senso che, ora, la suddetta valutazione rientra nella discrezionalità del ceto creditorio che la esprime attraverso

³² Cfr. Tribunale di Piacenza, 4 luglio 2008, cit.

la votazione. Al contrario non è stato, invece, “privatizzato” il requisito del controllo della fattibilità del piano: sotto tale profilo, la funzione pubblicistica deve essere individuata nel fatto che i creditori devono essere messi nelle condizioni di votare in modo informato sulla proposta e tale obiettivo non può raggiungersi che consentendo al tribunale un vaglio della fattibilità”.

La conclusione è nel senso che al Tribunale viene, pertanto, riservato oltre che un controllo di legittimità - con riferimento alla sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato [su cui cfr. *infra* par. 1), 2) e 3)], anche un giudizio di fattibilità del medesimo che costituisce la concreta idoneità della proposta concordataria a realizzare le complesse ipotesi dell’art 160 l.f. attraverso strumenti astrattamente idonei e giuridicamente leciti: si tratta di un vaglio che deve essere fatto una prima volta con l’ammissione, integrando essa uno dei presupposti o fatti costitutivi della procedura concordataria, ma che può essere effettuato nuovamente fino all’omologa (in tal senso cfr. Tribunale di Palermo, Sez. IV, decr., 18 maggio 2007 Pres. Marino - Rel. Nonno - Legno Market F.lli Scalia S.r.l., in *Il fallimento*, 2008 pag. 75 ss., secondo cui “in sede di omologazione, il collegio deve compiere una nuova verifica dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge e già sommariamente esaminati nel decreto emesso in epoca immediatamente successiva al deposito del ricorso, nel contraddittorio con le parti dissenzienti”); in tale sede potrà, in ogni caso, essere effettuato un giudizio ex art. 173 l.f.”.

Ritiene il Tribunale emiliano che poiché rientra nella propria competenza “.... anche un giudizio in ordine alla fattibilità del piano concordatario (in giurisprudenza tale giudizio è stato definito come «resistente»: in tale senso, tra le altre: Trib. Sulmona 6 giugno 2005, decr., in *Fall.*, 2005, 793; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, *ivi*, 2006, 56; Trib. Milano 2 ottobre 2006, decr., *ivi*, 2007, 331; App. Bologna 30 giugno 2006, *ivi*, 2007, 470, s.m.; in dottrina cfr. Rago, I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo, in *Il fallimento*, 2008 pag. 264, secondo cui “In altri termini, già a livello di interpretazione letterale, il cambiamento di rotta impresso dal D.Lgs. 169/2007 rispetto a quello della L. 80/2005, è notevole perché, ora, il

controllo del Tribunale non è più limitato entro gli angusti limiti della verifica della «completezza e regolarità della documentazione», ma si riappropria di quello che era sempre stato un potere tradizionalmente riconosciuto e cioè quello della verifica nel merito della fondatezza (rectius: la fattibilità) della proposta), appare preliminare verificare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato nel caso concreto, consistente nella “completezza” della documentazione”.

Favorevole ad una valutazione non meramente “formale” della proposta di concordato in sede di ammissibilità – anche a seguito dell’intervento “correttivo” del 2007 – appare il Tribunale di Roma³³ il quale ha affermato la propria posizione favorevole all’esercizio di un controllo di merito sulla veridicità dei dati esposti e sulla fattibilità del piano, basandosi sulla struttura e natura dell’istituto, in cui ancora sono presenti precisi connotati pubblicitici.

Saranno oggetto del preventivo giudizio del Tribunale la sussistenza dei presupposti formali per la presentazione del concordato, la suddivisione dei creditori in classi, la legittimazione alla costituzione in giudizio dei creditori dissenzienti e di “qualsiasi interessato” e in particolare la relazione del professionista ex art. 161 avente ad oggetto la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

La possibilità di un controllo fin dal momento dell’ammissione di concordato preventivo è stata affermata anche da parte del tribunale di Salerno,³⁴ sottolineando come l’organo giudiziario, in relazione all’istanza di ammissione alla procedura “... può esercitare sulla proposta concordataria un controllo di merito, oltre che di legittimità, diretto ad un proprio riscontro sulla completezza e correttezza dei dati contabili esposti e sulla prognosi di concreta realizzabilità del piano, con particolare riguardo alla salvaguardia delle ragioni dei creditori privilegiati non ipotecari non partecipanti al voto”.

³³Cfr. Tribunale di Roma, 24 aprile 2008.

³⁴Cfr. Tribunale di Salerno decreto del 3 giugno 2005, Pres. Di Stefano, est. Jachia, in Fallimento, 2005, pag. 1297 ss. con commento di Fauceglia, Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo, *ivi*, pag. 1301 ss.

6. In particolare il controllo del Tribunale in ordine alla regolarità e completezza della domanda di concordato preventivo

Peraltro una volta ritenuto che da parte del Tribunale al momento dell'ammissione, deve essere svolto un controllo non meramente formale, ci si deve interrogare in ordine alle modalità dello stesso.

La tipologia di controllo che deve essere svolto dal tribunale al momento dell'ammissione alla procedura di concordato è stato ben descritto dal Tribunale di Roma nel decreto del 20 febbraio 2008;³⁵ sottolineando come al all'Autorità Giudiziaria sia demandato "... essenzialmente il compito di effettuare un controllo di regolarità e completezza della documentazione, da intendersi come controllo sostanziale dell'adeguatezza informativa del piano e dei documenti allegati, ivi compresa la relazione ex articolo 161 legge fallimentare del professionista.³⁶

Si specifica da parte dei giudici romani che alla relazione ex articolo 161 della legge fallimentare il Legislatore ha voluto attribuire una funzione innanzitutto accertativa, non ritenendo sufficiente che la veridicità dei dati aziendali sia meramente allegata dalla impresa proponente, ed altresì una funzione valutativa dovendo il professionista esprimere un giudizio di fattibilità del piano. Il controllo del tribunale, quindi, deve "... innanzitutto dispiegarsi in maniera pregnante sulla relazione, verificando le procedure seguite al fine dell'affermazione di veridicità dei dati aziendali ed inoltre, quanto al contenuto valutativo della stessa".

Pertanto nell'ambito del giudizio di fattibilità del piano, andrà verificata la completezza e coerenza argomentativa della relazione.³⁷

In altre parole dovrà essere effettuato un controllo che, "pur non entrando nel merito della proposta, garantisca una

³⁵ Cfr. Tribunale di Roma, decr. 20 febbraio 2008, Pres. Severini, est. Tronci.

³⁶ Cfr. Tribunale di Roma, decr. 20 dicembre 2005, in *Il merito*, 2006, fasc. 4, pag. 22.

³⁷ Cfr. Tribunale di Milano, decr., 9 febbraio 2007, in *Il Fallimento*, 2007, pagina 1218.

informazione corretta e completa ai creditori sia in ordine ai dati aziendali posti a base della proposta, sia in ordine al piano medesimo, illustrandone i punti critici e non trascurando circostanze rilevanti, venendo altrimenti ad essere viziato il giudizio sulla convenienza della proposta riservata ai creditori”.³⁸

L’ambito e le modalità di controllo del Tribunale sul contenuto del piano sono state analizzate anche da parte della Corte di appello di Torino; la Corte torinese³⁹ - analizzando l’ambito applicativo dell’art. 173 l.f. – ha evidenziato come “.. non via sia spazio, nell’ambito delle previsioni di cui all’art. 173 l.f., per una valutazione di merito attinente alla probabilità o non di successo del proposto programma concordatario. La dizione della norma che più si avvicina a fondare un potere sindacatorio sulla proposta pare quella (di cui alla parte finale del comma 2°) “se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato”, e a tale disposizione il Tribunale ha fatto implicito riferimento là dove ha evidenziato la non realizzabilità delle previsioni contenute nella proposta concordataria”.

Pertanto secondo la Corte di Appello il controllo di regolarità può spingersi fino “... a verificare se i dati considerati e attestati nelle relazione del professionista qualificato di cui all’art. 161, 3° comma L.F. trovino rispondenza nella documentazione di supporto o nei dati comunque acquisiti (controllo di veridicità) e se la detta relazione non sia fondata su asserzioni puramente apodittiche (controllo formale di motivazione); l’indagine del Tribunale nella fase ammissiva (e coerentemente, per quanto detto, in sede di art. 173, 2° comma ult. ipotesi L.F.)”.

Peraltro evidenzia al tempo stesso la Corte torinese, come tale controllo “... non può invece addentrarsi in una valutazione nel merito sulla condivisibilità della detta motivazione, controllo del quale non vi è traccia nel dettato dell’art. 163 cit. e che non attiene alla regolarità (sostanziale) dell’istanza e della relativa documentazione, ma riguarda una valutazione prognostica la quale spetta principalmente al ceto creditorio e della quale esso non può essere a priori espropriato”

³⁸ Cfr. Tribunale di Roma, ult. cit.

³⁹ Cfr. Corte di Appello di Torino, sez. I civ. 1 giugno 2007.

Ritiene pertanto la Corte che il Tribunale non possa fondare una decisione di revoca dell'ammissione al concordato pronunciata ai sensi dell'art. 173 L.F., su un sindacato di merito (ancorché basato su fatti sopravvenuti) attinente alla realizzabilità dell'enunciato programma concordatario.

Con riferimento, in particolare, al sindacato di verità dei fatti esposti nella relativa proposta e negli allegati illustrativi (sindacato il quale, come si è detto, attenendo pur sempre alla regolarità della documentazione, rientra nei compiti del giudice già nella fase ammissiva), da parte dei giudici torinesi si è ritenuto che "...qualora questo medesimo sindacato debba avvenire in sede di conversione ex art. 173 cit. L.F., il raffronto tra quanto esposto nella proposta concordataria (comprensiva di eventuali aggiornamenti o modifiche) e la realtà economico giuridica debba avvenire alla stregua della situazione attuale; è cioè compito del Giudice verificare se, alla stregua dei fatti e delle notizie sopravvenute, la situazione enunciata ed illustrata nella proposta di concordato trovi ancora rispondenza nella realtà del momento. Non si tratta di un giudizio valutativo rivolto al futuro (cioè di realizzabilità del concordato, il che come sopra si è ritenuto non rientra nei poteri del Tribunale in questa fase), ma di un accertamento di mero riscontro oggettivo basato sul presente".

Appare, pertanto, alla luce di tali precedenti giurisprudenziali, sufficientemente condivisa - almeno in giurisprudenza - l'opinione secondo cui il controllo del Tribunale, pur non potendo entrare nel merito e quindi nella convenienza del piano concordatario, deve essere finalizzato a far sì che i creditori possano esprimere un "consenso informato" sulla proposta di concordato, e quindi possano manifestare in maniera consapevole il proprio voto in sede di adunanza.

La dottrina che ha favorevolmente commentato tale orientamento ha sottolineato come "... a fronte del venir meno del potere di sindacato giudiziario, tale è l'importanza del ruolo occupato dai creditori nel nuovo assetto normativo (improntato ad un regime, non più di "etero tutela", ma di "autotutela")", appare necessario riconoscere al tribunale il compito di verificare se il piano del debitore con i suoi allegati (in particolare la relazione del professionista) "..... siano adeguatamente motivati, in modo da consentire ai creditori di manifestare quel «consenso informato»: cioè appunto di poter par-

tecipare alla fase decisionale, nella piena e completa conoscenza dei dati aziendali e della reale fattibilità della proposta”, e ciò in quanto “... è proprio la funzione “contrattualistica”, che il legislatore ha chiaramente mostrato di affidare ai creditori, che reclama una informazione intelligibile e concludente”.⁴⁰

In tale prospettiva interpretativa, si è pertanto affermato in dottrina che “... la relazione del professionista, quindi, deve presentare un contenuto chiaro, comprensibile, sulla base di dati veritieri e non reticenti, in grado di consentire a chi la legge di avere tutte le informazioni necessarie a realizzare il fine per il quale la stessa viene richiesta dalla novella”.

Tali soluzioni che – fra l’altro - portano a confermare la persistenza di una matrice pubblicistica che caratterizza il “nuovo” concordato preventivo, non sono pienamente condivise in dottrina.

Secondo gli autori che si sono occupati del concordato preventivo “riformato”, ciò che deve essere escluso è un controllo sulla fattibilità del piano e, pertanto, ogni preoccupazione di indagine in ordine alla corretta stima del valore dei beni e delle risorse offerti ai creditori, come pure di analitici riscontri in ordine alla loro effettiva capienza in funzione degli obiettivi del piano.

Secondo tale dottrina al giudice, dovrà essere riconosciuto un compito significativamente ridimensionato (per la perdita di ogni controllo nel merito), anche se non necessariamente riconducibile ad un ruolo, non meramente formale, di legalità.

Tale ruolo dovrà pertanto intendersi come tutela della corretta informazione dei creditori, con un sindacato sulla sua effettiva realizzabilità, salvaguardato, per così dire esternamente, attraverso l’assicurazione delle condizioni per l’attuazione.

Altra dottrina ha poi sottolineato come il tenore dell’art.

⁴⁰ Cfr. Vacchiano, I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 2007, pag. , 1322, il quale evidenzia anche come “... è sull’accertamento dell’idoneità di questa informazione che il controllo, da parte del tribunale, deve necessariamente limitarsi nella fase di ammissione alla procedura, tenuto conto che il sistema normativo, secondo quanto emerge dai tratti appena delineati, induce a ritenere come destinatario della proposta concordataria non sia l’organo giudiziario, bensì in definitiva il ceto creditorio. Peraltro, un ulteriore spazio a tale particolare tipologia di controllo potrebbe pure ricavarsi nella successiva fase di omologazione, anche nel caso di approvazione dei creditori, a maggioranza, della proposta, a norma dell’art. 180, quinto comma”

163 sembra deporre nel senso di non riconoscere al Tribunale il potere di verificare la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore, giacché tale compito è affidato dall'art. 161 al professionista incaricato di predisporre l'apposita relazione, il quale deve fornire una valutazione di attendibilità dei dati aziendali, nonché, su tale base, una prognosi motivata circa la fattibilità del piano. Il giudizio del tribunale sarebbe, dunque, limitato alla verifica di tali elementi, senza poter svolgere alcun sindacato di merito sulla proposta di concordato.⁴¹

Si è peraltro osservato che tale impostazione priva il Tribunale – qualora consideri mancante di sufficiente chiarezza la proposta concordataria, ovvero la ritenga lacunosa in uno o più dei suoi aspetti essenziali (a cominciare dalle modalità e dai tempi di pagamento dei creditori), o ancora quando giudichi la relazione del professionista inidonea ad assolvere alla funzione “certificativa” cui è diretta – del potere di dichiarare l'inammissibilità della domanda.

Va tuttavia osservato come tali considerazioni – e parte della giurisprudenza appare orientata in tal senso - non siano condivise da chi ritiene, invece, che, per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 169/2007 rispetto alla l. n. 80/2005, il controllo del tribunale nell'ambito della procedura di concordato preventivo non sia più limitato alla sola verifica della completezza e regolarità della documentazione, ma si estenda alla verifica del “”merito della fondatezza della proposta.

Secondo tale impostazione, se appare indubbio che la valutazione del requisito della convenienza della proposta è rimessa esclusivamente alla decisione dei creditori che si esprimono con la votazione, il requisito del controllo della fattibilità del piano deve essere valutato dal tribunale allo scopo di consentire ai creditori di votare in modo informato e di proteggerli da proposte che non troveranno alcuna attuazione o esecuzione.

Al Tribunale viene, pertanto, riservato oltre che un controllo di legittimità - con riferimento alla sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato, anche un giudizio di

⁴¹ Cfr. De Crescenzo-Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 35; Demarchi, sub art. 163, in Ambrosini-Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 69; Censoni, *Il “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 723 ss.; Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1147.

fattibilità del medesimo il quale – concretamente - si traduce in un giudizio in ordine alla concreta idoneità della proposta concordataria a realizzare le complesse ipotesi dell'art. 160 l.fall. attraverso strumenti astrattamente idonei e giuridicamente leciti.

Si tratta di un vaglio che deve essere fatto una prima volta con l'ammissione, integrando essa uno dei presupposti o fatti costitutivi della procedura concordataria, ma che può essere effettuato nuovamente fino all'omologa.

7. Il contenuto della relazione del professionista ex art. 161 l.f. ed il controllo del Tribunale.

Il problema si sposta, inevitabilmente, a questo punto, sull'esame della relazione ex articolo 161 legge fallimentare e sul suo contenuto.

a) Il contenuto della relazione del professionista.

Con riferimento al contenuto della relazione appare consigliabile che il professionista si attenga a principi di estrema prudenza nella valutazione dei cespiti, in considerazione della particolare situazione in cui si innesta la liquidazione dell'attivo.

In considerazione della natura della relazione ex art. 161 l.f., il professionista non potrà limitarsi all'utilizzo di formule di stile né al mero richiamo delle valutazioni e dei criteri indicati nel piano predisposto dal debitore, né, tantomeno, potrà attestare genericamente la fattibilità del piano; egli dovrà, sotto la propria responsabilità, esporre in modo specifico ed approfondito le proprie valutazioni, motivando, in relazione alla specifica situazione concreta, le ragioni per cui ritiene che il piano proposto ai creditori abbia una fondata probabilità di riuscita.

Appare inoltre opportuno - nella evidenziata necessità di trasparenza - che il professionista evidenzi i c.d. "punti di criticità del piano", esprimendo le sue perplessità sulle parti che considera preclusive alla riuscita del concordato o di difficile

attuazione.⁴²

Al fine di giungere ad una uniformità di criteri in ordine al contenuto della relazione deve essere valutata con favore l'avvenuta predisposizione da parte del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di criteri guida nella predisposizione del piano di cui all'art. 160 l. fall. e nella relazione ex art. 161 l. fall., aventi ad oggetto gli accertamenti da esperire, affinché tali documenti possano essere accettati dalla giurisprudenza in quanto di particolare qualità.

Non vi è dubbio, infatti, che tanto più elevato sarà lo standard contenutistico della relazione, tanto più ne beneficerà l'intera procedura di concordato preventivo, attenuandosi al tempo stesso i profili di responsabilità del professionista di cui si parlerà più avanti.

In tale prospettiva in dottrina⁴³ si è operato il richiamo a principi di revisione internazionali (International Standards of Auditing), ed in particolare ai principi di revisione applicabili negli incarichi di attestazione dei dati prospettici ISAE (International Standards on Assurance Engagements) con i quali la disciplina aziendalistica ha elaborato regole generali di comune accettazione, tra cui spicca l'ISAE 3400, denominato "The examination of prospective financial information", che si occupa di dettare le linee guida e le procedure essenziali per l'esame e l'analisi delle informazioni sulle prospettive finanziarie e sui programmi aziendali, al fine di realizzare più efficacemente l'obiettivo delle verifiche di valutazione dei presupposti ipotetici che sono alla base dei documenti programmatici.

Sempre al fine di cercare di fornire le "linee guida" ai professionisti chiamati a redigere la relazione ex art. 161 l.f., sono state elaborate da parte dell'Assonime alcune indicazioni delineando i criteri in forza dei quali la stessa dovrà essere redatta.

I criteri guida sono stati indicati con riferimento all'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f., ma

⁴² Cfr. Ambrosini – Demarchi, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit., pag. 64.

⁴³ Cfr. Mandrioli, Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista, in Fallimento, 2007, pag. 1228.

tali principi sono applicabili anche al professionista che redige la relazione ex articolo 161 legge fallimentare.

Si legge nella relazione dal titolo “Il finanziamento alle imprese in crisi linee-guida⁴⁴ che “... Il professionista che attesta il piano, a differenza dell’eventuale consulente, ha dunque un ruolo necessario e il suo intervento è fondamentale ai fini della tutela dei terzi. Il professionista, sia nel piano attestato sia nell’accordo di ristrutturazione, attesta infatti che il piano appare realizzabile e idoneo a superare la situazione di crisi, consentendo il pagamento integrale dei creditori che non si siano diversamente accordati con l’imprenditore. Gli effetti di tale attestazione sono definitivi (seppure, per gli accordi di ristrutturazione, a condizione che intervenga l’omologazione), e non vengono meno anche in caso di insuccesso del piano”. Si evidenzia opportunamente come”... i terzi maggiormente bisognosi di tutela sono i creditori che non partecipano all’accordo sottostante al piano di risanamento (accordo soltanto eventuale, ancorché assai probabile, per i piani ex art. 67, comma 3°, lett. d), i quali vedono depauperato (o destinato alla soddisfazione prioritaria di alcuni soltanto dei creditori mediante il rilascio di garanzie) il patrimonio dell’imprenditore senza la possibilità della reintegrazione successiva della garanzia patrimoniale mediante l’azione revocatoria”.

b) l’individuazione del professionista che redige la relazione ex art. 161 l.f.

Ulteriore problema connesso alla relazione ex art. 161 l.f. è quello relativo all’individuazione del professionista. Da parte di alcuni autori viene sottolineata la necessità che tale soggetto si collochi “... in posizione di indipendenza e terzietà tanto dall’imprenditore, quanto dai creditori che partecipano al piano di risanamento, in maniera analoga e ancor più rigorosa di quanto richiede l’art. 28, comma 3°, per l’indipendenza del curatore. È infatti un principio generale, che trova molti punti di emersione nel sistema anche a livello di principi di deontologia professionale, la constatazione che la serenità e obiettività di giudizio possono essere condizionate, anche inconsapevolmente,

⁴⁴ Cfr. il provvedimento in www.Assonime.it.

dal coinvolgimento di interessi personali; non serve quindi pensare a condotte “collusive” tra imprenditore e creditori partecipanti all’accordo, in danno dei creditori esterni, per sostenere la necessità che il professionista sia indipendente”.

Ci si deve, pertanto, domandare se la relazione ex art. 161 l.f. possa essere sottoscritta da colui che in passato ha svolto attività professionale nell’interesse del debitore che propone il concordato preventivo.

La norma non vieta espressamente che il consulente, avendone i requisiti, possa predisporre la relazione ex art. 161 l.f. assumendosi la responsabilità del contenuto di fattibilità e soprattutto di veridicità dei dati aziendali.

Una distinzione soggettiva tra la funzione di consulente (a qualunque titolo) dell’imprenditore e di estensore della relazione, deve – tuttavia - non solo essere vista con grande favore, ma è desumibile dalla natura stessa del ruolo di verifica su un documento (il piano), che non può non essere compiuta da persona diversa da colui che ha svolto la propria attività per lo stesso imprenditore.

Si legge – infatti - nella citata circolare che la distinzione dei ruoli, “.... rende possibile una dialettica costruttiva tra il consulente e il professionista attestatore. Il consulente, che consiglia l’imprenditore sul piano industriale, tende ad avere una prospettiva ottimista sul futuro dell’impresa, sufficientemente ottimista per indurlo ad accettare l’incarico (anche se il fallimento di un piano può avere rilevanti ricadute reputazionali). Per il professionista che attesta la bontà del piano – solitamente di estrazione contabile –, invece, è in gioco sia la reputazione, sia la responsabilità che si assume di fronte ai terzi nel caso la sua valutazione del piano risultasse non semplicemente contraddetta dagli eventi, ma sin dall’origine gravemente erronea”. E’ ben vero che in tal modo vi è “....un incremento di costi a carico dell’imprenditore, costretto a ricorrere ai servizi di due professionisti

Tuttavia “...tali costi possono essere ridotti, e i tempi possono essere accelerati, se il professionista attestatore viene nominato tempestivamente e lavora in parallelo con il consulente, riducendo così l’onere connesso all’acquisizione delle informazioni”.

La condivisibile conclusione cui si giunge nella citata circolare è nel senso che “... fermo il principio che è preferibile vi sia alterità tra consulente e attestatore (il quale ultimo deve essere indipendente), nel caso, inopportuno ma a stretto rigore lecito, in cui il consulente provveda egli stesso all’attestazione del piano, i requisiti di indipendenza e terzietà normalmente presenti dell’attestatore dovranno sussistere in capo al consulente”.

A tale proposito è stata proposta anche una “best practice”, nell’individuazione del professionista ex art. 161 l.f. precisando che “... il professionista non deve trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste per le società di revisione che svolgono l’attività di revisione contabile delle società quotate, rispetto all’impresa e a coloro che beneficiano delle esenzioni da revocatoria in base al piano, e comunque rispetto ai principali creditori. E’ opportuno che il professionista, pur potendo intervenire già nella fase di redazione del piano al fine di acquisire le necessarie informazioni, sia soggetto diverso dal consulente”.

Pertanto il professionista non dovrà “...essere legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di salvataggio da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio. La sua funzione di tutela dei terzi sarebbe infatti pregiudicata dall’esistenza di un interesse che vada al di là del semplice interesse a massimizzare le probabilità di successo dell’operazione di risanamento, con il connesso beneficio anche per i terzi e per i creditori che non vi siano direttamente coinvolti. Dato il tipo di prestazione svolto dal professionista attestatore e data l’utilità di poter contare su una disciplina e degli standard interpretativi frutto di ampia elaborazione e condivisione, il criterio di indipendenza che meglio si presta al professionista appare essere quello previsto per l’incarico di revisione contabile delle società quotate. Il professionista attestatore, dunque, non deve trovarsi in una situazione di incompatibilità prevista dall’art. 160 TUF, così come modificato dalla legge 28 dicembre 2005, n. 2625, e dal regolamento emanato ai sensi di questa norma (Regolamento Emittenti, Capo I-bis, Incompatibilità, artt. 149-bis e ss.)”.

Si segnala, poi, come dovranno „..... essere evitate situazioni di incompatibilità non soltanto con riguardo

all'impresa cui si riferisca il piano di risanamento o l'accordo di ristrutturazione, ma anche con riguardo ai creditori e in genere a coloro che beneficiano delle esenzioni da revocatoria in base al piano (ad esempio, l'acquirente dell'azienda). Il professionista non può quindi, ad esempio, essere il consulente abituale, il sindaco, l'amministratore, il socio di questi soggetti, ancorché egli sia in possesso dei requisiti di legge per rilasciare l'attestazione. L'ambito dei possibili beneficiari dell'esenzione da revocatoria può essere molto ampio. Tuttavia, esso si restringe significativamente ove si consideri che l'identificazione degli atti astrattamente revocabili rilevanti al fine del giudizio di indipendenza deve essere filtrata da un giudizio basato sulla rilevanza, soprattutto economica, di tali atti in rapporto alla complessiva dimensione dell'operazione di risanamento. L'indipendenza non viene meno solo per il fatto che il professionista intervenga già nella fase di elaborazione del piano e di acquisizione dei dati, in quanto l'interesse nasce, appunto, con l'operazione di risanamento e, tendenzialmente, si esaurisce con questa. Al contrario, tale intervento in una fase anticipata è addirittura auspicabile, in quanto riduce i tempi e i costi del processo di attestazione”.

Anche al di là di ogni considerazione etica, il fatto che la scelta dell'esperto sia lasciata all'imprenditore (che potrà negoziarla e dividerla con i creditori e gli altri soggetti interessati al piano, al fine di individuare un nominativo che dia il più ampio affidamento) e la circostanza che non sia espressamente vietata o che la relazione ex art. 161 l.f. sia redatta da un professionista che vanta pregressi rapporti professionali con il presentatore del piano, rende quanto mai necessario ed opportuno un controllo puntuale del Tribunale in ordine al contenuto della relazione ed al giudizio di fattibilità

8. Il ruolo del Pubblico Ministero nel nuovo concordato preventivo

A seguito della riforma è mutato anche il ruolo del Pubblico Ministero sia nella procedura fallimentare che nell'ambito del

concordato preventivo.⁴⁵

L'articolo 7 l.f. dispone che : " Il Pubblico Ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6 :

1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;

2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal Giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile."

Il primo quesito da risolvere riguarda il rapporto tra gli articoli 6 e 7 della legge fallimentare.

Secondo un primo orientamento l'articolo 6 l.f. stabilisce il diritto a proporre la richiesta di fallimento, mentre l'articolo 7 specifica tassativamente i casi in cui tale potere può venire esercitato.

Secondo una diversa interpretazione l'articolo 6 riconoscerebbe al Pubblico Ministero un potere generale e discrezionale di proporre la richiesta, mentre l'articolo 7 lo renderebbe obbligatorio nei casi di evidente insolvenza per comportamenti del debitore in dissesto (art. 7, c. 1, L.F.) o per accertamento (art. 7, c.2,L.F.) del Giudice Civile.

Sono evidenti le conseguenze legate alla diversità delle soluzioni prospettate: nel primo caso il Pubblico Ministero non avrebbe alcuna discrezionalità in ordine alla proposizione di una istanza di fallimento, mentre nel secondo la sua capacità di azione sarebbe limitata solo dalla competenza territoriale e dalla presenza degli indicatori di insolvenza.⁴⁶

⁴⁵ Sul punto cfr. Coen, Ammissione alla procedura di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, in AA.VV., a cura di Villanacci, Il concordato preventivo, Padova, 2010, pag. 56 ss.; Filippi, Contrasti su ... poteri dei creditori e ruolo del Pubblico Ministero, in Giur. Merito, 2009, 1566 ss; De Santis, Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terzietà del giudice, in Il fallimento, 2009,535; Ferro, La terzietà spettatrice del giudice dell'insolvenza: le segnalazioni al pubblico ministero e l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, in Il Corriere giuridico, 2009, pag. 768 ss.; Auletta, L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento (specie del creditore sedicente o legittimato o rinunciate), in Il fallimento, 2010, pag. 129 ss; Racugno, Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale – Profili sostanziali, in Trattato di diritto fallimentare, diretto da Buonocore e Bassi, vol. I, Padova, 2010, pag. 508.

⁴⁶ Cfr. Mappelli, Il pubblico Ministero e la procedura fallimentare, in incontro di studi La riforma

In particolare si è affermato⁴⁷ – soprattutto con riferimento alla presenza degli “indici sintomatici” dello stato di insolvenza, che la possibilità per il P.M. di presentare richiesta per la dichiarazione di fallimento dell’imprenditore è “... connessa alla capacità di diretta apprensione della notizia della decozione dell’organo inquirente “che procede contro l’imprenditore” in sede penale.

Si è osservato in dottrina come in tale ipotesi, così come per la circostanza relativa alla notizia nel corso di un procedimento civile, la legge non ripete la precisazione, viceversa presente nel testo normativo da cui la disposizione è derivata, della previa acquisizione della qualità di parte del fallendo nel procedimento che somministra il dato relativo alla sua insolvenza.

Si ritiene, tuttavia, che nel procedimento penale sia essenziale che la «risulta[nza]» dipenda dal fatto che persona sottoposta alle indagini (o imputato) sia proprio l’imprenditore della cui insolvenza trattasi.

Tale soluzione troverebbe conferma nel riferimento ai concetti di “irreperibilità” o “latitanza dell’imprenditore”, che integrano – entrambi - stati della persona sottoposta alle indagini o imputata, rispettivamente dichiarati da formali provvedimenti del P.M. (art. 160 c.p.p.) e del giudice (art. 296 c.p.p.), ma anche la serie delle circostanze di fatto indizianti costituita da “fuga², “chiusura dei locali dell’impresa” ovvero “dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell’attivo da parte dell’imprenditore” le quali, a norma dell’art. 330 c.p.p., possono essere (anche) direttamente apprese dal P.M. nell’”iniziativa” che gli è riservata per l’acquisizione delle notizie di reato e lo svolgimento delle indagini preliminari, tanto più che “la previsione di cui all’art. 238 l.fall. consente lo svolgimento di attività di indagine in relazione [ai reati di cui agli artt. 216, 217, 223 e 224] anche prima della sentenza dichiarativa di fallimento, a condizione che ricorrano indizi dello stato di insolvenza (art. 7 l.fall.) o che concorrano gravi motivi e sia stata presentata domanda per ottenere la dichiarazione di fallimento”.

del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare”, Roma, 14 - 16 luglio 2008, del dattiloscritto.

⁴⁷ Cfr. Auletta, Auletta, L’iniziativa per la dichiarazione di fallimento (specie del creditore sedicente o legittimato o rinunciato), in *Il fallimento*, 2010, pag. 129, pag. 139.

La “legittimazione” del P.M., simmetricamente rispetto a ciò che è stato ritenuto per il creditore, non può sfuggire alla sopportazione di un onere probatorio ad *hoc* all’esito del cui assolvimento possa collocarsi l’indefettibile accertamento giudiziale del presupposto stabilito dalla legge per la richiesta stessa, che - soltanto quale atto tipico - è idoneo a sostanziare validamente la premessa della dichiarazione di fallimento.

L’insolvenza di un imprenditore non definibile in «fuga», ovvero al quale non sia riferibile la “chiusura dei locali dell’impresa” ovvero non altrimenti indiziabile di attività “fraudolenta” non può determinare una valida dichiarazione di fallimento su richiesta del P.M. dal momento che la richiesta è atto non soltanto doveroso nei casi stabiliti dalla legge, ma è atto al contempo precluso in casi diversi “... essendo una costante della capacità del promotore pubblico quella di conoscere applicazioni di questa sua capacità limitate a un elenco chiuso di ipotesi legislativamente fissate, come si conviene – del resto - ai soggetti che vengono abilitati dichiaratamente a spendere in giudizio non “propri diritti”: soggetti che, perciò, neppure possono rivendicare una costituzionale riserva a sé del generale (innominato) e astratto (indipendente, cioè, dalla situazione sostanziale) potere d’azione.

A ciò consegue che anche al P.M. è “accordata azione” “... per la dichiarazione di fallimento soltanto in casi particolari (nominati) e in concreto sussistenti (cioè, previo accertamento della situazione legittimante). In difetto, il tribunale rigetterà la richiesta di dichiarare il fallimento perché non sarà risultata integra la serie dei relativi presupposti”.⁴⁸

La seconda interpretazione appare preferibile per una serie di considerazioni già espresse in dottrina che riteniamo condivisibili.

Si è affermato che a favore di tale interpretazione vi è “... un dato testuale costituito dall’art. 238 II c., L.F.. Tale articolo, nel disciplinare l’esercizio dell’azione penale per reati in materia fallimentare, stabilisce che “l’azione penale è iniziata anche prima della comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all’art 17 l.f. nel caso previsto dall’art. 7 e in ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia

⁴⁸ Cfr. Auletta, op. cit. pag. 140.

contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta”; a tale prima considerazione si aggiunge il fatto che “...l'espressione "in ogni altro caso " dopo il riferimento esplicito e specifico all'art. 7 della legge fallimentare sia un formidabile supporto per l'interpretazione estensiva dell'art. 6, poiché dimostra come l'art. 7 non delimiti il campo della azione del Pubblico Ministero in materia fallimentare e sia l'unica possibile per attribuire senso logico, valore ed efficacia piena all'art. 238”.

A tali considerazioni di ordine letterale se ne aggiunge una ulteriore di ordine generale ricavabile dal “ sistema fallimentare”: si osserva, infatti, come “... l'importanza delle norme che disciplinano la presenza del Pubblico Ministero nel fallimento ne fanno un interlocutore istituzionale di rango elevato: egli è infatti promotore della procedura fallimentare (artt. 6 e 7) anche nei confronti di società di fatto operative pur in presenza di cancellazione dal registro delle imprese (art.10), destinatario "ex lege" della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 17), beneficiario delle notizie concernenti sia la storia dell'azienda che lo svolgimento della procedura (art.33), responsabile della repressione penale dei fatti illeciti d'impresa (art.. 216 ss. l.f.)”.

Alla luce di tali considerazioni si è opportunamente osservato in dottrina che “ ... limitare il raggio di azione delle Procure appare non solo contraddittorio rispetto al ruolo di attore e non di semplice comparsa che la formulazione iniziale della l.f. ritaglia al Pubblico Ministero ma anche incoerente rispetto alla "controriforma" del 2007, che ne ha addirittura ampliato la funzione perché ha espressamente previsto il suo intervento nella procedura di concordato preventivo giudiziale.⁴⁹

Peraltro, prima dell'emanazione del decreto correttivo, è sorto in dottrina un dibattito sul ruolo del pubblico ministero soprattutto con riferimento a quanto previsto dall'art. 6 l.f.

La giurisprudenza di merito ha ritenuto, che per sopperire alla soppressione della possibilità per il Tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio, fosse necessario ed opportuno “attivare” il Pubblico Ministero segnalando lo stato di insolvenza anche a

⁴⁹ Cfr. Mappelli, Il pubblico Ministero e la procedura fallimentare, in incontro di studi La riforma del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare", Roma, 14 - 16 luglio 2008.

seguito di istanze di desistenza dei creditori, consentendo, in tal modo, alla parte pubblica di partecipare al procedimento, chiedendo – eventualmente - il fallimento in luogo dei creditori che venivano soddisfatti (parzialmente o integralmente).

Tale possibilità ribadita anche di recente da parte della giurisprudenza di merito,⁵⁰ è stata esclusa da altra parte della giurisprudenza⁵¹.

Sul ruolo del Pubblico Ministero nell'ambito della procedura fallimentare si è pronunciato anche il Tribunale di Roma⁵², ricordando come la Corte di legittimità ha sovente ricondotto la previsione normativa dell'art. 162 l.f. "... ad una ipotesi di intervento obbligatorio, ai sensi dell'art. 70 n. 5 c.p.c. (si veda in tal senso Cass. 19 ottobre 1992 n. 11439; Cass. 16 aprile 1992 n. 4699 e da ultimo Cass. 24 luglio 2007 n. 16396)", evidenziando poi come, pur essendo mutato il ruolo del Tribunale, cui è stato sottratto il giudizio di convenienza della proposta e di fattibilità del piano, "... tuttavia la mancata abrogazione degli artt. 162, 173 e 179 l.f., su cui la interpretazione dianzi richiamata della Suprema Corte si fonda, portano a ritenere valida la qualificazione dell'intervento del P.M. come obbligatorio. Ne sono indiretta conferma le modifiche introdotte con il D. Lgs. n. 169/07 (qui come visto non applicabili), con le quali il Legislatore ha notevolmente ridimensionato l'intervento della parte pubblica, prevedendo solo all'art. 161 che la proposta sia comunicata al PM)".⁵³

La Corte di Appello di Bologna, con sentenza del 29 maggio – 15 giugno 2009, decidendo in ordine ad una eccezione preliminare in ordine alla legittimazione del P.M. alla richiesta di fallimento ha affermato a questo proposito che "... la legittimazione del P.M. all'istanza di fallimento ex art. 162 L.F. appare totalmente svincolata, per la rilevata qualità di parte necessaria del procedimento di concordato preventivo, dai limiti pur imposti dal precedente e non richiamato art. 7, con ogni irrilevanza del precedente giurisprudenziale citato dalla

⁵⁰ Cfr. Tribunale di Varese, 13 luglio 2007.

⁵¹ Cfr. Corte di Appello Milano, sez. IV, 29 novembre 2007, Pres. D'Agostino, est. Carsella, in www.ilcaso.it, I, 1150.

⁵² Cfr. Tribunale di Roma, decr. 20 febbraio 2008 Pres. Severini, est. Tronci, in www.ilfallimentoonline.it.

⁵³ Cfr. Tribunale Roma, decreto 28 aprile 2006, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 1212.

reclamante (Cass. 4632/2009), ma emesso in relazione a detta ultima disposizione. Né esistono disposizioni che impongano, neppure alle parti private, di motivare in modo particolare le proprie istanze di fallimento, né correlativamente al Tribunale di previamente vagliare la congruità delle motivazioni stesse, quale presupposto inespresso della conseguente dichiarazione, che ben può essere assunta tuttora in base ad istruttoria autonomamente disposta dal Tribunale medesimo. E senz'altro non esiste, nell'ambito dell'art. 162 L.F., alcuna imposizione alla parte privata o a quella pubblica di motivare congruamente, ai fini dell'istanza di fallimento, i motivi di ritenuta inammissibilità della proposta di concordato”.

La Corte di Cassazione è stata investita del problema, e con la sentenza del 26 febbraio 2009, n. 4632, ha aderito alla prospettazione interpretativa della Corte di Appello di Milano sopra citata.

Da parte della Corte di legittimità si è affermato in particolare che “ .. la perdita del potere del giudice di aprire il fallimento d'ufficio, disposta dal D.Lgs. n. 5/2006, impedisce anche che il tribunale investito dell'istruttoria prefallimentare – nella specie in presenza di una desistenza del creditore – possa segnalare l'insolvenza del medesimo debitore al Pubblico Ministero perchè questi poi, a sua volta, può eventualmente presentare la richiesta ex art. 7 l.fall.”

Con tale soluzione la Corte di Cassazione ha optato per una rigorosa ricostruzione dei principi di imparzialità e terzietà del giudice indicati dall'art. 111 Cost., superando anche la posizione costituzionalizzata, offerta dalla corte costituzionale con la pronuncia n. 240/2003 che, salvando prima della riforma l'officiosità dell'iniziativa, ne condizionava la legittimità alla provenienza qualificata della *notitia decoctionis*, quanto alle fonti di informazione su cui il giudice si sarebbe potuto attivare.

Pertanto, avviso della corte di Cassazione l'abrogazione del fallimento d'ufficio, implicherebbe una nozione di terzietà anche processuale, in quanto “...nella nozione di giudice civile di cui all'art. 7, n. 2 l.fall. non può essere fatto rientrare, anche per lo svuotamento che altrimenti avrebbe la scomparsa dell'iniziativa d'ufficio, il giudice dell'istruttoria prefallimentare. Egli sicuramente è giudice addetto ad un procedimento civile e, come tale, può anche segnalare al P.M. l'insolvenza se essa «risulta»

(cioè emerge senza indagini ad hoc), ma solo con riguardo ad un soggetto diverso dal debitore contro cui siano stati proposti i ricorsi. L'istruttoria è dunque a pieno titolo processo di parti, nel senso che l'istanza di una parte è sempre necessaria e il tribunale non può mai attivarla, tanto più quando il procedimento è estinto (non meramente improcedibile) per rinuncia del ricorrente".⁵⁴

La soluzione dei giudici di legittimità ha suscitato critiche in dottrina ed in giurisprudenza, tanto che non sono mancate le interpretazioni dissenzienti, pur alla luce dell'autorevole precedente.

Si è infatti affermato che "...nessun argomento, in ordine all'insussistenza di un potere del tribunale fallimentare di prospettazione al pubblico ministero di situazioni di potenziale insolvenza, può trarsi dalla disciplina del concordato preventivo, giacché la mancata previsione della segnalazione da parte del tribunale nelle ipotesi di cui agli artt. 162, 173, 180 e 186 l.f. trova la sua giustificazione nella partecipazione del pubblico ministero al procedimento (art. 161 ult. co., l.f.), finalizzata proprio all'assunzione da parte di questi di autonome e opportune iniziative quando il concordato non è ammesso, è revocato, non è omologato, è risolto o annullato" in tale prospettiva si rilevava poi che "... anche l'omessa previsione di una segnalazione del tribunale nell'ipotesi di cui all'art. 147 l.f. non assume particolare significato ai fini dell'interpretazione dell'art. 7 n. 2) l.f., posto che, con riferimento ai soci illimitatamente responsabili, è prevista la proposizione dell'istanza, oltre che da parte dei creditori o dei soci falliti, anche da parte del curatore, che è organo fallimentare; osservato, quindi, che non si rinvenivano elementi testuali o sistematici che consentano di negare che la procedura fallimentare sia procedimento civile da ricomprendere nella previsione dell'art. 7, n. 2, l.f..

A ciò si aggiungeva, secondo il Tribunale di Mantova, che "... la legittimazione alla segnalazione da parte del giudice

⁵⁴Cfr. Cass., I, 26 febbraio 2009, n. 4632 - Pres. Proto, est. Plenteda., in *Fallimento*, 2009, pag. 521, con commento di De Santis, Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del P.M. e terzietà del giudice, *ivi*, pag. 524 ss. Nella vicenda, tra l'altro, la «sollecitazione» del P.M. era provenuta dal giudice designato per l'istruttoria (questione inevitabilmente travolta dalla più grave limitazione processuale del giudice dell'istruttoria nel suo complesso, singolo o collegio), mentre il ricorso per cassazione è stato giudicato ammissibile benchè promosso dal curatore del fallimento chiuso (ritenutane la parificazione al fallimento revocato, con effetti definitivi dunque dipendenti dal passaggio in giudicato).

civile non può dipendere dall'oggetto e/o dall'attività svolta nello specifico giudizio e ritenuta quindi irrilevante pure la distinzione operata dalla suprema corte tra l'ipotesi in cui l'insolvenza riguardi il debitore - in cui la legittimazione del tribunale fallimentare alla segnalazione sarebbe negata - rispetto a quella in cui riguardi un soggetto diverso da quello destinatario dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento - in cui la segnalazione sarebbe consentita -, posto anche che in entrambi i casi l'eventuale dichiarazione di fallimento sarebbe poi pronunciata dal medesimo tribunale, e quindi i paventati dubbi di terzietà si riproporrebbero nell'identica maniera".⁵⁵

I risvolti del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sono evidenti anche con riferimento al ruolo del Pubblico Ministero nella procedura di concordato preventivo.

Va peraltro ricordato come – prima della riforma del concordato preventivo - l'intervento del P.M. era considerato anche dalla Corte di Cassazione come previsto a pena di nullità, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, in ragione della necessità di soddisfare l'interesse pubblico connesso all'istituto.

Prendendo in considerazione in modo specifico la partecipazione del Pubblico Ministero alla procedura di concordato preventivo e “leggendola” alla luce di principi e dei criteri interpretativi sopra richiamati, si evidenzia come si realizza una anticipazione obbligatoria del suo intervento al momento dell'emersione di uno stato (peraltro avanzato) di crisi, rafforzando l'interpretazione secondo cui l'articolo 6 l.f. attribuirebbe un potere ampio e discrezionale da esercitare se e quando il Procuratore della Repubblica abbia notizia di una condizione di insolvenza.

Si è pertanto affermato che “... sarebbe una conclusione paradossale e contraria al criterio “costruttivo” di interpretazione sistematica delle norme prendere atto dell'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero nella fase di crisi e poi sostenere che, in presenza di una situazione di insolvenza, la Procura possa chiedere il fallimento solo in casi riconducibili alle ipotesi ex art. 7. Infine, “*last but not least*”, in quest'ultima visione, vi è una

⁵⁵ Cfr. Tribunale di Mantova, 12 marzo 2009 Pres. Nora, est. De Simone, in www.ilcaso.it. I, 1637.

forte asimmetria tra il potere di iniziativa in campo fallimentare attribuito alla parte pubblica ed a quella privata”.

Da parte della citata dottrina si è poi evidenziato che la “.... riforma ha "privatizzato" la crisi di impresa e che proprio per tale ragione è necessario l'impulso di parte, anche pubblica, nonché l'interazione con la parte, anche pubblica, nel concordato”, sottolineando come a ciò è conseguita la “..... parità di condizioni anche di iniziativa, tra parte privata e parte pubblica.⁵⁶

Con specifico riferimento al concordato preventivo va naturalmente richiamato l'art. 161 l. fall., nella formulazione conseguente alla modifica introdotta dal decreto correttivo, ove si prevede che la domanda di concordato preventivo venga comunicata al Pubblico Ministero, il quale potrà autonomamente intervenire solamente nel procedimento chiedendo copia degli atti.

La previsione legislativa dell'obbligo della mera comunicazione della avvenuta presentazione della domanda di concordato preventivo al pubblico ministero costituisca una scelta intermedia tra la soluzione che sosteneva la sopravvivenza dell'obbligo di acquisire il parere del pubblico ministero e quello opposta che, prendendo le mosse dalla natura contrattualistica del nuovo concordato preventivo, giungeva ad affermare che tale obbligo era stato soppresso.

Alla luce di tale soluzione legislativa, in dottrina si è sottolineato come la *ratio* dell'obbligo di comunicazione al pubblico ministero della domanda di concordato consista nella volontà del Legislatore di consentire all'organo pubblico la possibilità di intervenire nella fase dell'apertura del concordato per consentirgli di interloquire in merito alla sussistenza dei presupposti di ammissibilità della procedura.⁵⁷

In dottrina⁵⁸ si è quindi evidenziato come il Legislatore abbia disciplinato i casi di intervento del Pubblico Ministero nella procedura di concordato preventivo, secondo uno schema preciso delineato dagli artt. 161, 162 173 e 180 l.f.. ove tale ultima norma prevede – in modo autonomo - il potere del

⁵⁶ Cfr. Mappelli, op. cit. passim.

⁵⁷ Cfr. Vitiello, op. cit. pag. 126.

⁵⁸ Cfr. Mappelli, op. cit.

Pubblico Ministero di chiedere il fallimento previo accertamento dello stato di insolvenza, in contraddittorio con il debitore.⁵⁹

Tale soluzione interpretativa ha trovato conferma in giurisprudenza.

Da parte della Corte di Appello di Bologna⁶⁰ si è infatti affermato che poiché nell'ambito della procedura di concordato preventivo il pubblico ministero è parte necessaria della procedura, a ciò consegue che "... sussiste la sua legittimazione a richiedere la declaratoria di fallimento del soggetto proponente il concordato, essendo tale iniziativa del tutto svincolata dai limiti imposti dal non richiamato art. 7 l.f."

Se con riferimento ai procedimenti di ammissione della proposta di concordato e di rigetto dell'omologazione, non viene prevista alcuna specifica indicazione relativa alla partecipazione diretta e necessaria del Pubblico Ministero, per la revoca dell'ammissione secondo quanto previsto dall' art.173 l.f. è esplicitamente sancito "l'utilizzo delle forme di cui all'articolo 15" e dunque l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero.

La ragione della diversità di disciplina con riferimento alle diverse fattispecie è stata rinvenuta in dottrina⁶¹ "... non solo e non tanto nel rilievo penale che possono assumere i comportamenti fraudolenti del debitore segnalati dal Commissario Giudiziale (comportamenti successivi alla domanda di concordato - poiché rivalutare i fatti pregressi equivale a reintrodurre un giudizio di meritevolezza - ed in ordine ai quali andrà aperta l'indagine penale), quanto nella necessità di un puntuale accertamento, da compiere in contraddittorio, di un fatto nuovo emerso dopo il decreto di ammissione".

Si osserva, a questo proposito, come nella altre situazioni previste dalla norma sopra richiamata, i documenti prodotti (consistenti nella comunicazione della proposta ai sensi dell'art.

⁵⁹Cfr. Mappelli, op. cit. Si osserva da parte del citato autore come "...l'art 180, pur non stabilendo direttamente l'obbligo di comunicazione al Pubblico Ministero dell'avvenuta approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori e del successivo provvedimento di fissazione dell'udienza per il giudizio di omologazione, ne dispone la pubblicazione ai sensi dell'art. 17 L.F. ; proprio il richiamo all'articolo 17 comporta inevitabilmente la comunicazione per estratto anche al Pubblico Ministero del provvedimento "de quo".

⁶⁰ Cfr. Corte di Appello di Bologna, 1 giugno 2009, Pres. Vecchio, est. Drudi, in www.ilcaso.it, I, 1791.

⁶¹ Cfr. Cfr. Mappelli op. cit. passim.

161 e dell'approvazione del concordato ai sensi dell'art.180) vengono considerati sufficienti per consentire una completa valutazione con la conseguenza che il Tribunale fallimentare non dovrà attivare un autonomo sub procedimento incidentale, ma, e solo in via eventuale, prevedere una richiesta di integrazione del piano di fattibilità e di produzione dei documenti necessari per ottenere, rispettivamente, la decisione sull'apertura del concordato e sulle opposizioni all'omologazione.

Si deve, pertanto, convenire, in ordine alla necessaria presenza del Pubblico Ministero nella procedura di concordato preventivo, e chiedersi, quindi, quali siano gli ambiti operativi di tale presenza ed il significato della sua partecipazione alla procedura.

La dottrina ha escluso che l'intervento del Pubblico Ministero sia meramente formale⁶² e cioè un passaggio necessario per la regolarità del concordato: una simile conclusione, oltre ad apparire incomprensibile sotto il profilo della ragionevolezza, appare contrastante con il potere di chiedere, nella successiva fase, il fallimento oltre che con la previsione della partecipazione diretta all'udienza nel caso dell'art. 173 l.f..

Si è pertanto affermato che la previsione dell'intervento del Pubblico Ministero nella fase iniziale della domanda di concordato e non solo nella fase incidentale di cui all'art. 173 l.f. o quella dell'iniziativa per il fallimento conseguente alla revoca dell'ammissione o al rigetto dell'omologazione, confuta l'ipotesi che le norme sul concordato disciplinino una partecipazione speculare e simmetrica al generico potere di chiedere il fallimento, facendo ritenere che la stessa costituisca una presenza attiva.

A nostro avviso, una volta riconosciuto il potere di intervento nella fase di ammissione, alla procedura, sussisterà la possibilità di interloquire anche in ordine alla fattibilità del piano concordatario ed al contenuto della relazione del professionista ex art. 161 l.f., essendogli precluse solo le valutazioni impedito anche all'Autorità Giudiziaria e cioè i giudizi in tema di meritevolezza e convenienza del concordato.

In particolare il Pubblico Ministero potrà valutare la linearità e trasparenza della scelta del concordato, ricostruendo il

⁶² Cfr. Mappelli, op. cit.

percorso che ha portato all'affermazione di fattibilità del piano concordatario.⁶³

In caso di inammissibilità della proposta di concordato preventivo, il Pubblico Ministero ben potrà valutare la diligenza espletata dal professionista anche ai fini della valutazione delle eventuali responsabilità civili e penali.

A nostro avviso, una tale forma di valutazione sarà ben possibile da parte dell'organo dell'accusa anche in considerazione dell'elaborazione da parte delle associazioni professionali di criteri standard in forza dei quali elaborare – in concreto – le relazioni ex artl 161 l.f.

10. La formazione delle classi dei creditori

Una ulteriore importante novità del “nuovo concordato preventivo” è costituita dalla possibilità per il proponente di prevedere la suddivisione dei creditori in classi.

L'istituto delle classi, proveniente dal diritto nord americano e dal diritto tedesco, è apparso nel nostro ordinamento per la prima volta con l'art. 4 bis del d.l. n. 347/03 convertito in legge 18 febbraio 2004 n. 39 che ha disciplinato il concordato fallimentare nella amministrazione straordinaria della grandi imprese in crisi.

Il Legislatore ha previsto che il debitore possa suddividere i creditori in diversi gruppi denominati “classi” rispettando un criterio di omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici.⁶⁴

⁶³ Cfr. Mappelli, op.cit. passim.

⁶⁴ Cfr. Coen, Ammissione alla procedura di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, in AA.VV., a cura di Villanacci, Il concordato preventivo, Padova, 2010, pag. 59 ss. Lo Cascio, Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo, in Il Fallimento, 2010, pag. 385 ss.; Vitiello, op. cit. pag. 132; D'Orazio, L'interesse economico omogeneo nella formazione delle classi fra autonomia negoziale e controllo di merito, in Giur. di merito, 2009, pag. 982 ss. Catalizzi, Le classi dei creditori e la votazione nel concordato preventivo, in Il Fallimento, 2010, pag. 109; in giurisprudenza cfr. Tribunale Pordenone, 21 ottobre 2009, Pres. Manzon, est. Toffolo, in www.ilcaso.it; ove si afferma che “... il ricorso alla formazione delle classi è indispensabile tutte le volte che il piano del concordato preventivo preveda trattamenti differenziati tra i creditori e ciò indipendentemente dalla eterogeneità dei loro interessi economici”; Tribunale Monza, 27 novembre 2009, Pres. Est. Paluchowski, in

La *ratio* della suddivisione in classi è stata individuata da una parte della dottrina nella volontà di incentivare il debitore nella proposizione del concordato, consentendogli di predisporre un “piano” che preveda la possibilità di relegare strategicamente i creditori di cui presume non otterrà il consenso, in determinate classi al fine di sterilizzare il voto contrario.⁶⁵

Da parte di altri autori si è posto in evidenza come la *ratio* della divisione in classi debba essere individuata nella possibilità concessa al debitore di trattare con i singoli creditori la ristrutturazione dei debiti, in forma “più duttile, flessibile e semplificata, ai fine di formulare un piano di concordato che tenga nella dovuta considerazione gli interessi economici di tutti i creditori, nelle loro singole peculiarità. Con le classi si favorisce la trattativa tra il debitore ed i creditori i quali possono anche essere disposti ad una preventiva adesione alla proposta di concordato del debitore”.⁶⁶

Si è inoltre affermato che la previsione delle classi consente la personalizzazione della proposta per venire incontro alle esigenze effettive dei creditori,⁶⁷ e può servire “... anche per superare resistenze strategiche di taluni creditori, ad esempio privi di un proprio interesse al risanamento dell’impresa: parimenti la previsione di trattamenti differenziati fra classi può servire ad incentivare l’approvazione della proposta di concordato”.⁶⁸

www.ilcaso.it, il quale evidenzia come qualora il concordato non preveda la formazione in classi, si deve ritenere che in realtà ci si trovi in presenza di una unica classe di creditori composta da creditori di vario tipo e che, pertanto, vi sia la necessità di operare una suddivisione in classi allo scopo di assicurare alla proposta la necessaria trasparenza, evitando la commistione di interessi disomogenei quale quelli di creditori muniti di garanzia di terzi o privilegiati declassati a chirografari per la parte incapiente del loro credito.

⁶⁵ Cfr. D’Orazio, op. cit. pag. 983; Galletti, la formazione delle classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative, in www.ilcaso.it.

⁶⁶ Cfr. Lo Cascio, op. ult. cit. pag. 386, ove si evidenzia che “... E’ dubbio se le classi siano state destinate ad omogeneizzare le posizioni dei creditori, oppure se possano essere impiegate dal debitore e dai creditori in modo opportunistico. Si potrebbe anche ritenere che la facoltà del debitore di suddividere i creditori in classi non è una conseguenza della sua autonomia nel proporre il concordato preventivo, ma scaturisce dalla possibilità di prevedere un trattamento differenziato dei creditori”; nonché D’Orazio, op. cit. pag. 983.

⁶⁷ Cfr. Bertacchini, sub art. 124, La riforma della legge fallimentare, a cura di Nigro- Sandulli, Torino, 2006, II, pag. 771.

⁶⁸ Cfr. Jachia, Il concordato preventivo e la sua proposta, in Fallimento e altre procedure concorsuali, Torino, 2009, vol. III, pag. 1605.

Secondo altri autori,⁶⁹ la *ratio* di tale novità “... risulta funzionale alla elaborazione di un piano che preveda trattamenti differenziati ai creditori, in relazione alla loro classe di appartenenza, e trova la sua ragione ultima nell’esigenza - al cui soddisfacimento è preposta anche l’applicazione del principio maggioritario per classi - di rendere più agevole ed immediata la soluzione della crisi mediante il ricorso allo strumento negoziale, nell’ottica della ritenuta più spiccata idoneità di tale strumento a realizzare gli obiettivi della salvaguardia del *going concern* e a conferire una maggiore efficienza delle procedure di soluzione delle crisi. Infatti, la modulabilità del contenuto del piano permette al debitore in stato di crisi di calibrare la proposta concordataria sulle esigenze dei singoli gruppi di creditori e, conseguentemente, di concordare una ristrutturazione del proprio debito che soddisfi i diversi interessi di cui sono portatori i singoli creditori”.

Si è pertanto osservato come “...l’introduzione dell’istituto delle classi rifletta il favor per la definizione delle crisi di impresa mediante lo strumento concordatario, consentendo al debitore di proporre un soddisfacimento delle pretese di alcuni creditori a condizioni per lui meno onerose di quelle riservate alla parte restante del ceto creditorio. In assenza di tale facoltà, il debitore sarebbe costretto a formulare una proposta identica per tutti i creditori e calibrata sulle esigenze della maggioranza degli stessi (più correttamente, di coloro che rappresentano la maggioranza dei crediti), con possibile necessità di prevedere un onere concordatario complessivo più elevato”.⁷⁰

La *ratio* della suddivisione in classi è stata individuata anche nell’esigenza da parte del Legislatore della riforma “a tappe” della legge fallimentare di prevedere un primo livello di “sterilizzazione” di potenziali conflitti di interessi tra le diverse posizioni giuridiche e categorie economiche dei creditori in concreto interessati alla proposta di concordato formulata dal “comune” debitore; e ciò, in funzione preventiva rispetto alla eventuale ‘concretizzazione’ di tali conflitti al momento del voto vincolante della maggioranza del ceto creditorio (solo in parte ed in via generale, a sua volta, neutralizzata dal necessario

⁶⁹ Cfr. Catalozzi, La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 582.

⁷⁰ Cfr. Catalozzi, op. cit. pag. 583.

raggiungimento anche della maggioranza “..nel maggior numero di classi...”, ove, appunto, previste sin dall’inizio nella proposta di concordato).

La previsione della suddivisione dei creditori in classi è stata – quindi - sostanzialmente giustificata in una prospettiva di semplificazione delle trattative tra il debitore ed i creditori in vista di una possibile e preventiva adesione al piano e della formazione delle maggioranze in sede di votazione.

Va peraltro sottolineato come in nome di tale giustificazione si è posta in essere una decisa attenuazione del tradizionale e fondamentale principio della *par condicio creditorum*.⁷¹

Da parte di altra dottrina si è sostenuto che “... le classi non costituiscono uno strumento di tutela del creditore, ma un'agevolazione concessa al debitore al fine di facilitare l'approvazione del concordato”, in quanto in un piano senza classi, pur con votazione a maggioranza, il ricorrente dovrebbe convincere tutta la platea dei creditori chirografari della bontà dell'offerta, in modo da conseguire un numero di voti sufficienti ad ottenere l'approvazione del concordato”.⁷²

I problemi sono, come si vedrà più avanti, costituiti dall'individuazione dei concetti di “interesse economico” e di “omogeneità di posizione economica”.

Infatti il Legislatore ha fornito scarse indicazioni per consentire da un lato al debitore (il quale è bene ricordarlo, ha

⁷¹ Cfr. Vitiello, op. cit. pag. 132.

⁷² Cfr. Galletti, *Classi obbligatorie,? No grazie!*, in *Giur. Comm*, 2010, II, pag. 343 ss. il quale osserva che “...Le asimmetrie informative che regnano anche nell'ambito dei creditori rispettivamente fra di loro, e soprattutto le differenti prospettive di propensione e di avversione al rischio, farebbero sì che, inevitabilmente, l'offerta verrebbe ritenuta troppo bassa da alcuni. Ciò costringerebbe il debitore ad elevare la percentuale, erogando anche ai più propensi al rischio una somma superiore a quella che accetterebbero (*adverse selection*). In un mondo di risorse illimitate ciò forse consentirebbe ugualmente di raggiungere il risultato; ma nell'ambito del concordato preventivo le risorse sono limitate, e drammaticamente, per definizione. Per questo motivo, e non per «buonismo», il Legislatore ha consentito di suddividere il ceto creditorio secondo criteri omogenei, inerenti se si vuole alla «categoria di appartenenza dei creditori», ossia alla maggiore o minore propensione di ciascuno ad aderire alla soluzione concordataria; il ricorrente potrà infatti solo in tal modo proporre «trattamenti differenziati», che raggiungano l'utilità marginale di ciascuna classe. O meglio, di quasi tutte le classi, perché è quasi inevitabile che nell'ambito di una o più classi sia marginalizzato il dissenso «radicale», quello che non potrebbe essere «acquistato» comunque ad un costo accettabile: a costoro sarà allora offerta una percentuale senz'altro inferiore all'utilità marginale «percepita»”.

soltanto una facoltà, ma non un obbligo, di prevedere le classi dei creditori nel piano), dall'altro al Tribunale la formazione ed il controllo in ordine alle classi stesse.

All'interpretazione ed alla corretta applicazione di tali concetti segue poi il problema del rispetto del principio di maggioranza, in forza del quale la "classe" o le "classi" dissenzienti dovranno subire la decisione della maggioranza e quindi accettare il pagamento percentuale del loro imposto.

Si è peraltro segnalata in dottrina l'importanza - che sarà più avanti analizzata - del rispetto del criterio di omogeneità economica, in quanto il modello maggioritario, per sua natura, "... sancendo la vincolatività della decisione presa dalla maggioranza nei confronti dell'insieme dei creditori, presuppone un'omogeneità delle posizioni dei votanti".

Come sottolineato dalla citata dottrina, "... raggruppare creditori portatori di interessi così diversi come quelli sopra descritti in un' unica collettività che decide a maggioranza è contrario al presupposto stesso del principio maggioritario che, si ribadisce, sempre pretende una comunanza di interessi tra i componenti di un gruppo. Si immagini il caso, di frequente verificaione, in cui l'esposizione debitoria dell'imprenditore sia in prevalenza nei confronti di istituti di credito, tutti garantiti da capienti fideiussioni di società del gruppo o personali dei soci. L'imprenditore non opera alcuna suddivisione in classi, offre a tutti i creditori chirografi una percentuale risibile, il concordato passa con il solo voto favorevole delle banche, interessate per tante ragioni ad evitare il fallimento, incuranti di quanto percepiranno in sede concordataria, certe di ricevere il pagamento dell'intero da parte dei garanti. Tutti i rimanenti creditori, contrari alla proposta, che valutano insoddisfacente, dovranno subire la decisione della maggioranza salvo l'eventuale opposizione all'omologa, e sempre che il tribunale chiamato a pronunciarsi ritenga che possa essere contestata la convenienza della proposta concordataria anche nel concordato senza classi (contrariamente quindi al disposto del IV co. dell'art. 180 legge fall.)"⁷³

Le chiare parole di tale dottrina e l'esemplificazione proposta non rendono necessari ulteriori commenti e consentono

⁷³ Cfr. De Simone, La suddivisione dei creditori in classi, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. 170/2009.

di comprendere lo sforzo della giurisprudenza (di cui più avanti si darà conto) di pervenire, sotto varie forme ad una corretta formazione delle classi invitando il debitore a esporre eventuali garanzie rilasciate – anche da terzi – a determinati creditori.

In dottrina si è affermato che la divisione in classi è ... un atto negoziale, di natura unilaterale e non vincolato nelle forme”.⁷⁴

Sulla scorta di tale affermazione il debitore che redige un “piano concordatario” dovrebbe essere indotto ad indicare con chiarezza le proprie scelte: peraltro, poiché la norma non pone criteri univoci per la formazione delle classi, il debitore potrà proporre per ciascuna classe di creditori un trattamento differenziato ed il tribunale potrà verificare la correttezza dei criteri utilizzati del debitore per l'individuazione delle classi, ma non potrà entrare nel merito della percentuale proposta in pagamento per ciascuna di esse.

Va fin da ora evidenziato come nell'ambito di ciascuna classe potranno configurarsi interessi contrapposti, in quanto, mentre alcuni soggetti potranno avere interesse alla liquidazione dell'attività produttiva ed al pagamento di quanto dovuto in tempi brevi, altri potranno avere interesse alla continuazione dell'attività d'impresa per il mantenimento, ad esempio, del rapporto di lavoro.

E' di tutta evidenza, come acutamente osservato in dottrina, che in questa prospettiva di “concertazione” con i creditori, entra in gioco la discrezionalità del debitore ed il suo potere contrattuale con gli stessi creditori, essendo verosimile che “... prima della crisi abbia già favorito i creditori più forti concedendo loro garanzie anche non contestuali ma ormai consolidate”.

Va dunque osservato, in definitiva, come sistema delle

⁷⁴ Sul punto cfr. in dottrina Lo Cascio, Classi di creditori e principio di maggioranza, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 385 ss; Bozza, Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 7 ss.; idem La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo, in *Fallimento*, 2009, pag. 424 ss; idem La proposta di concordato preventivo. La formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina, in *Il Fallimento*, 2005, pag. 1208. Sacchi, Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria, relazione al convegno Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamento e mercato delle crisi, Milano, 21 ottobre 2008, in *Fallimento*, Allegato Fasc. 1/2009, 30.

“classi”, se da un lato consente una certa elasticità alla procedura, dall’altro lato, attesa la sua indeterminatezza, può potenzialmente prestarsi ad abusi da parte del debitore, il quale potrà predisporre una o più classi anche al fine di condizionare i risultati della votazione.

In particolare parte di alcuni autori,⁷⁵ si è poi evidenziato come a seguito proprio della modifica attuata con il decreto “correttivo” è sicuramente aumentato il rischio che il potere riconosciuto ai creditori si traduca in abusi dei creditori “forti” con danno di quelli “deboli”.

In particolare si è segnalato come il pericolo di “abusi” è ora aumentato dal fatto che: “a) l'articolo 177 legge fallimentare attribuisce rilievo nella votazione dei creditori solo alla maggioranza per somma, mentre venuta meno la prescrizione di una maggioranza numerica che, in passato, imponeva di tener conto pure delle esigenze dei piccoli creditori (anche se si prestava a manovre opportunistiche da parte loro); b) è prevista la possibilità (ma non l’obbligo) di suddividere i creditori in classi, riservando trattamenti differenziati per creditori appartenenti classi diverse (art. 160 comma 1, lett. c) e lett. d) fall.).”⁷⁶

Secondo la citata dottrina⁷⁷, “... questo consente di separare le sorti dei creditori forti da quelle dei creditori deboli. I pericoli della scelta legislativa appena richiamata risultano ancora maggiori, si tiene presente che essa si inserisce in un più generale trend legislativo diretto - anche al di fuori delle procedure concorsuali (basta pensare alla riforma delle società di capitali introdotta con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, numero 6 e con le sue successive modificazioni) - ad attuare un'ampia deregulation”.⁷⁸

In tale prospettiva la concessione di spazio ulteriore all'autonomia privata comporta, inevitabilmente, “...la possibilità di manovre opportunistiche dei creditori forti ai danni dei creditori deboli. In altre parole, allorché la protezione dei

⁷⁵ Cfr. Sacchi, Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria, in fallimento, allegato 1/2009, pag. 30.

⁷⁶ Cfr. Sacchi, op. cit. pag. 30.

⁷⁷ Cfr. Sacchi, op. cit. pag. 30.

⁷⁸ Cfr. Sacchi, op. cit. pag. 31.

creditori è affidata principalmente alla loro autotutela e non a strumenti giuridici di eterotutela, i creditori forti, ove dal monitoraggio emergano criticità nella situazione del debitore e nel suo merito creditizio, possono reagire cercando di differenziare il loro rischio da quello degli altri creditori, che in condizioni di maggior debolezza (o di minore sofisticazione) non sono stati in grado di monitorare adeguatamente il creditore (paradigmatico di questo pericolo è il comportamento della banca che, rilevata una situazione di crisi del debitore, chiede garanzie - che tutelano solo essa stessa - per mantenere i finanziamenti, anziché bloccarne l'erogazione o imporre, grazie alla sua forza contrattuale, una ricapitalizzazione del debitore)".

Le lucide ed acute considerazioni della dottrina citata non rendono necessari ulteriori commenti, essendo evidente come, nell'ambito di aziende con rilevante debito bancario, gli istituti di credito potranno limitare il loro danno patrimoniale chiedendo garanzie personali del debitore o da parte di terzi, pur partecipando al voto nell'eventuale concordato.

Esse vengono quindi ad assumere, sostanzialmente, la posizione di creditore privilegiato (seppure con garanzia di terzi), mentre formalmente rivestono la qualifica di creditore chirografario (mantenendo il diritto di voto).

Si ritiene opportuno prevedere un numero di classi dispari, al fine di evitare che il dissenso di una classe, pur non essendo maggioritario, porti al rigetto del concordato a causa della formulazione dell'art. 177 primo comma l.f., ove si parla di approvazione in caso di maggioranza di classi.

In giurisprudenza, infatti, pur in presenza del dissenso di una sola classe si è affermato che “.. il giudizio di merito/convenienza che consente al Tribunale di superare il dissenso della/e classe/i è, dunque, possibile (la congiunzione e ne è la riprova letterale) solo se la proposta, oltre ad avere ricevuto comunque (secondo l'interpretazione preferibile) l'approvazione della maggioranza di capitale di tutti i creditori (nella specie in ogni caso presente), sia stata approvata altresì dalla maggioranza (numerica) delle classi. Senonché, nel caso in esame, il principio di maggioranza non può esprimersi atteso che le classi sono solo due ed una di esse ha espresso voto sfavorevole. Ne consegue che manca il presupposto abilitativo al passaggio al suddetto giudizio di merito dandosi atto che non

risulta raggiunta la maggioranza delle classi e che, conseguentemente, il concordato non può comunque essere omologato”.⁷⁹

A nostro avviso, in caso di incertezza od ambiguità contenute nel piano, dovrà essere l'autorità giudiziaria a dover qualificare una determinata disposizione del medesimo, e quindi verificare se tale previsione sia equivoca e non risponda alla fattibilità prospettata; in definitiva il compito del Tribunale sarà decidere se la classe proposta corrisponda ad una sola classe o a più classi. Più in generale, in relazione alla facoltà di formare le classi attribuita con la riforma al proponente il piano, non può non osservarsi come il Legislatore abbia fatto proprio quell'insegnamento giuridico economico secondo il quale la separazione patrimoniale - ed in questo caso la modifica dei criteri di ripartizione interna al patrimonio separato - può essere usata come strumento per la risoluzione del concordato.⁸⁰

In termini generali la possibilità di formare “classi di creditori” evidenzia il problema di come svolgere una effettiva tutela dei creditori “deboli”, che non è altro che una applicazione concreta dal principio generale della *par condicio creditorum*.

Si parlerà più avanti di quella giurisprudenza e di quella dottrina che profila la possibilità per il Tribunale di ordinare la formazione “obbligatoria” di classi di creditori.

E' peraltro opportuno ricordare, fin da ora, come tale soluzione viene sottoposta a critica da parte della dottrina citata in quanto, seppur fondata sulla preoccupazione di tutelare i creditori deboli, risulterebbe in contrasto con l'attuale normativa in quanto dopo il decreto legislativo numero 169/2007 fra i presupposti di cui agli articoli 160 e 161 legge fallimentare “... non vi è la fattibilità del piano, ma soltanto la presenza di un piano la cui fattibilità sia attestato dal professionista previsto dall'articolo 161, comma 3 legge fallimentare”.

Secondo tale linea interpretativa “... l'unica possibilità di permettere un sindacato giudiziario sulla fattibilità del piano deve inevitabilmente seguire un itinerario logico nell'ambito del

⁷⁹ Cfr. Corte di Appello di Bologna, decr. 21 gennaio 2009, Pres. Vecchio, est. Druidi, in www.giuremilia.it.

⁸⁰ Cfr. Tribunale di Modena, decreto 18 ottobre 2005, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, 668.

quale si afferma che un piano, il quale non è fattibile non è un piano. Solo in questo modo è possibile sostenere che, in assenza della fattibilità del piano, manca uno dei presupposti per l'ammissibilità della proposta di concordato. Analogamente, l'unica possibilità di sostenere che la proposta di concordato è inammissibile quando prevede un soddisfacimento meramente simbolico passa per l'affermazione che in questo caso essa in realtà non è una proposta di concordato".⁸¹

11. Suddivisione dei creditori in “classi” e “principio di maggioranza”

Come noto, in dottrina⁸² l'applicazione del principio di maggioranza nel concordato preventivo si giustifica storicamente in quanto i creditori, che devono esercitare il controllo dell'impresa in crisi perché forniscono il vero capitale di rischio non raggiungeranno mai l'unanimità a causa delle rilevanti differenze di interessi in capo ai singoli creditori. L'obiezione per cui, mentre in caso di “comunione volontaria”, i soci di una s.p.a. hanno accettato di sottostare alle regole della maggioranza nelle delibere assembleari, mentre ciò non potrebbe avvenire in caso di “comunione forzosa” che non hanno scelto di stare insieme e di sottoporsi a determinate regole, viene superata agevolmente per la necessità di raggiungere una decisione in tempi rapidi.

⁸¹ Cfr. Sacchi, op. cit. pag. 31, il quale nel criticare tale soluzione evidenzia il palese "... carattere finzionistico di queste argomentazioni, che allo studioso di diritto societario amano ampia utilizzazione della categoria concettuale delle deliberazioni assembleari inesistenti da parte della giurisprudenza nel vigore della disciplina anteriore alla riforma delle società di capitali. In entrambi i casi la reazione dell'interprete alle scelte legislative segue lo stesso itinerario logico: l'interprete costituisce un modello ideale della fattispecie che costituisce il presupposto per l'applicazione della normativa di lui non condivisa e in assenza di uno dei requisiti che compongono il modello ideale costruito dalla stesso interprete egli disapplica la normativa ...". Evidenzia più avanti il citato autore come "...un simile modo di argomentare costituisce una evidente forzatura delle scelte legislative. Non solo: in questo modo il parametro da cui dipende l'applicazione o non della normativa è molto labile, in quanto tutto è rimesso all'idea che il singolo interprete ha dei requisiti necessari perché esista, secondo i casi, una proposta concordataria, un piano (nel caso del concordato preventivo), una deliberazione assembleare (nel caso dell'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a)".

⁸² Cfr. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 220 ss. Lo Cascio, op. ult. cit. pag. 387; in termini più generali cfr. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, pag. 21 ss.

Con riferimento all'ambito del concordato preventivo si è detto che l'ammissibilità del principio di maggioranza è stata fondata "... sulla configurabilità di un interesse comune dei creditori alla formazione dell'atto collegiale prevalente sugli interessi specifici dei partecipanti. In sostanza la presenza di un rapporto di strumentalità degli interessi dei partecipanti alla collettività in quanto tali, rispetto, rispetto all'oggetto della deliberazione da assumere, avrebbe costituito una sufficiente garanzia per rendere conciliabile il principio maggioritario con le regole del diritto dei contratti". Tuttavia, osserva la citata dottrina, "... perché ciò potesse verificarsi si era riconosciuta la necessità che tra gli interessi dei partecipanti alla collettività, nella specie a quella dei partecipanti al concordato preventivo, sussistesse un'omogeneità tra gli interessi dei creditori in quanto tali, perché in questo caso sarebbe stato pur sempre configurabile un rapporto di strumentalità, malgrado l'incidenza degli effetti della deliberazione maggioritaria sulla proposta che avrebbe operato nella sfera dei singoli creditori in egual misura".⁸³

Si è peraltro osservato come "... la regola di maggioranza non può essere calata come un mantello di piombo su tutti i creditori",⁸⁴ ma va adattata a singoli gruppi omogenei di creditori. Pertanto, la regola della maggioranza deve trovare applicazione ma solo nell'ambito delle singole classi in cui vengono suddivisi i creditori, con posizione giuridica omogenea ed interessi omogenei.

Tale principio – come si vedrà più avanti - porta con se una serie di conseguenze: la prima è che il voto nell'adunanza dei creditori dovrà essere riconosciuto solo a chi rischia effettivamente il proprio capitale rispetto alle decisioni da prendere, sicché il voto non potrà essere riconosciuto ai privilegiati non falcidiati (nella tesi da noi sostenuta non potrà essere riconosciuto ai creditori privilegiati speciali).

La seconda è che in caso di rilascio di garanzie al di fuori del concordato, il diritto di voto dovrà essere "congelato" per la parte di credito chirografario garantito.

La terza è che è che in caso di dissenso abusivo deve essere consentito al tribunale di sottomettere alla decisione della

⁸³ Cfr. Lo Cascio, op. cit. pag. 388, 389.

⁸⁴ Cfr. Stanghellini, op. cit. pag. 2220.

maggioranza il dissenziente che non riceve alcun pregiudizio concreto dalla decisione adottata.⁸⁵

La quarta è il riconoscimento al Tribunale di operare un approfondito controllo in ordine alla formazione delle classi.

Da parte del Legislatore è stato – infatti- riconosciuto al Tribunale il potere-dovere di valutare fin dalla fase ammissiva – nell’ambito della verifica della regolarità della proposta – sia la correttezza della posizione giuridica dei creditori nell’ambito della classe, sia – soprattutto, (e si tratterà di una vera e propria valutazione) la sussistenza dell’interesse economico omogeneo in capo a tutti i creditori formanti ciascuna classe.

12. Il concetto di “posizione giuridica” e di “interesse economico omogeneo”

a) il concetto di “posizione giuridica”

Si è osservato come la “posizione giuridica” consente normalmente di distinguere le varie classi di creditori secondo plurimi criteri identificativi: la sussistenza di una particolare privilegio (e comunque la distinzione tra privilegiati e chirografari), la prededucibilità, la postergazione, la contestazione del credito, l'esecutività del titolo, la causa contrattuale o extracontrattuale, la soggettività stessa del creditore (istituti previdenziali, soggetti italiani, soggetti stranieri).

Per integrare il concetto di “posizione giuridica” vanno utilizzati criteri “giuridici” quali la natura del credito (chirografario o privilegiati) o allo stato del credito medesimo.

In particolare si è sostenuto, a nostro avviso in modo condivisibile, che “il criterio della posizione giuridica impone di tenere conto nella formazione delle classi in primo luogo il grado di protezione del credito e quindi le tradizionali categorie dei creditori prededucibili, privilegiati speciali, privilegiati generali, chirografari e postergati. Inoltre il proponente potrebbe distinguere i creditori in relazione alla natura contestata del

⁸⁵ Cfr. D’Orazio, op. cit. pag. 389

credito o alla sussistenza di un titolo esecutivo”.⁸⁶

Si è anche osservato come il concetto di posizione giuridica sembra far riferimento al rango del credito e all’aspettativa in caso di esecuzione coattiva, mentre quello dell’interesse economico appare alludere alla qualità del creditore, in relazione alla natura del rapporto obbligatorio che lo lega al debitore e, in caso di rapporto contrattuale, alla natura dell’attività esercitata dal creditore, nonché, più in generale, alle altre circostanze che influiscono sul rapporto in essere.⁸⁷

Apparte pertanto logico che sotto il primo profilo, possono venire in rilievo tanto l’esistenza di cause di prededuzione, in relazione alle obbligazioni contratte durante la procedura concordataria, o di prelazione del credito, quanto postergazioni dello stesso ai sensi dell’art. 2697 c.c.

b) Il concetto di “interesse economico omogeneo”

Con riferimento agli “interessi economici omogenei” si è affermato in dottrina che tale aspetto riguarda – soprattutto - il lato soggettivo del creditore, distinguendo in ordine al loro interesse economico all’approvazione o meno della proposta concordataria. A causa della laconicità del testo legislativo l’interprete non dispone di ulteriori elementi, rispetto al dato normativo ed alla ricostruzione sistematica, per ritrarre indicazioni operative circa la metodologia di formazione delle stesse, ed appare indispensabile, a tal fine, l’apporto interpretativo della dottrina e della giurisprudenza.

Da parte della dottrina si è anche detto che il concetto di “omogeneità economica” potrà fare riferimento a situazioni concrete quali l’entità del credito, la posizione del creditore nel piano di recupero, il ruolo avuto nell’impresa fallita dal creditore, se lavoratore dipendente fornitore o finanziatore, oltre che alle diverse modalità o ai diversi tempi di soddisfazione del credito.⁸⁸

⁸⁶ Cfr. Jachia, op. ult. cit. pag. 1605.

⁸⁷ Cfr. Lo Cascio, op. cit. pag. 386, secondo cui “... il concetto di posizione giuridica si potrebbe identificare nella diversa natura del credito prededucibile, privilegiato, chirografario, e postergato”.

⁸⁸ Cfr. Jachia, op. ult. cit. pag. 1605.

Sempre in termini generali con riferimento ai criteri di formazione delle classi (e quindi in ordine al rispetto del criterio della “omogeneità giuridica”) in dottrina⁸⁹ si è sottolineato come la gestione collettiva delle situazioni creditorie, imposta dal divieto di ricorso ad azioni esecutive sul patrimonio dell'imprenditore in crisi, determini “... la forzosa costituzione di un gruppo tra soggetti portatori di interessi specifici diversi e sovente incompatibili tra loro, con possibile - se non probabile - insorgenza di conflitti tra loro, destinati ad esplodere nel momento della decisione sulla proposta concordataria. In tale ipotesi, il ricorso al criterio della maggioranza, quale regola per la formazione della volontà del gruppo dei creditori, si presenta, in assenza di correttivi, inidoneo ad offrire una soluzione apprezzabile e rispettosa dei principi di uguaglianza, in quanto l'assenza del requisito della comunanza di interessi tra i componenti del gruppo fa venir meno il presupposto per l'applicabilità del principio maggioritario all'interno di formazioni plurisoggettive”.

Il concetto di “interesse economico omogeneo” rileverà con riferimento alla fonte volontaria o obbligatoria del rapporto, la tipologia dell'attività esercitata dal creditore (ad esempio, fornitore, finanziatore, cliente insoddisfatto), i rapporti che legano i soggetti (partecipazione ad un medesimo gruppo societario o, comunque, esistenza di rapporti contrattuali con finalità di coordinamento dell'attività economica), nonché, all'eventuale esistenza di circostanze che influiscono sulla sicurezza del credito (quali, ad esempio, le garanzie personali o reali da parte di terzi)”.⁹⁰

In dottrina,⁹¹ dopo aver ribadito come il concetto di “omogeneità economica” sia svincolato da ogni previsione legislativa “... non avendo il Legislatore dettato alcun criterio per l'identificazione del tipo di interesse che può qualificare ciascun credito in modo da giustificarne l'inserimento in ogni classe”, si

⁸⁹ Catalozzi, op. cit. pag. 583.

⁹⁰ Cfr. Catalozzi, op. cit. pag. 584, nonché Lo Cascio, op. cit. pag. 387, secondo cui “... l'omogeneità degli interessi economici dei creditori potrebbe essere presa in considerazione in riferimento alla qualificazione professionale (finanziari, fornitori, lavoratori, enti previdenziali e contributivi), ad altre specificazioni utili e denotarne la natura, ma soprattutto agevolare il tribunale ad individuarne la correttezza”.

⁹¹ Cfr. Lo Cascio, Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 998.

è anche detto che l'interprete potrà affidarsi a "... parametri di congruità suggeriti dalla comune esperienza o affidarsi a regole interpretative che potrebbero supplire alle indicazioni normative. Tali criteri, però, fondati in parte su posizioni di preferenza ed in parte sull'interesse rivestito da ciascun creditore difficilmente consentono la formazione di classi che riflettano l'omogeneità dei creditori votanti ed il trattamento differenziato tra i creditori appartenenti a classi diverse".

Sempre in dottrina⁹² si è evidenziata la necessità di prevedere nuove forme di tutela per i creditori "... in coerenza con le direttrici della riforma di valorizzare l'autonomia privata dei soggetti interessati nella gestione delle crisi di impresa e di ridisegnare il ruolo dell'autorità giudiziaria in posizione di controllore del corretto svolgimento delle procedure concorsuali, da un lato, nell'imposizione di puntuali oneri informativi per tutti i creditori interessati, e, dall'altro, nella previsione dell'intervento del giudice per assicurare, oltre al rispetto del diritto ad un voto informato, il corretto utilizzo della regola maggioritaria, ossia la sua applicazione esclusivamente all'interno di gruppi di creditori portatori di interessi simili, anche mediante il sindacato sui criteri di formazione delle classi utilizzati dal debitore".

Si è esemplificata la situazione di non omogeneità (che porta con sé l'obbligatorietà della formazione delle classi) facendo riferimento a casi concreti in cui, in presenza di creditori aventi identica posizione giuridica (ad esempio creditori chirografari), ben diversa è la loro posizione economica l'uno rispetto agli altri. (si pensi alla posizione dei fornitori di merci rispetto a quella degli istituti di credito).⁹³

Si pensi – ancora - al caso di due creditori chirografari, uno dei quali possiede una garanzia del proprio credito su beni di terzi.

Il problema – a nostro avviso – si sposta pertanto, sulla corretta interpretazione del concetto di "omogeneità". In altre parole quando l'interesse economico di un creditore concorsuale può dirsi omogeneo a quello di un altro?

Il dibattito dottrinale è tutt'ora in corso ed è giustificato,

⁹² Cfr. Catalozzi, op. cit. pag. 584.

⁹³ Cfr. Lo Cascio, *Classi di creditori*, cit. pag. 387.

come osservato, dalla genericità del dato legislativo.

Si è ritenuto non corretto “.... escludere che vi possa essere un trattamento diverso fra creditori dello stesso genere (*unfair discrimination*) se poi si distingue per *species*, e queste *species* potrebbero ritrovarsi, proprio, nelle differenziazioni soggettive (dando, così, per scontato, a mio avviso, che uno stesso creditore debba - e non solo possa - essere collocato in classi diverse qualora sia titolare di diverse ragioni di credito, non omogenee fra loro)” evidenziando poi che la classe, dunque, va costruita, sia soggettivamente che oggettivamente, “...in modo che l’elasticità del concetto di omogeneizzazione sia la più vasta possibile ritenendo, poi “... condivisibile che il classamento dei creditori debba avvenire proprio per garantire l’omogeneità delle motivazioni di voto, e nulla di più, ben potendo il proponente stabilire identiche forme di soddisfazione del credito a creditori collocati in classi diverse”.

La citata dottrina ha tuttavia posto un limite “... in forza del quale nessuna frammentazione del ceto creditorio è ammissibile quando sia rivolta, solo, alla raccolta del singolo consenso”; in questa prospettiva si tende ad “escludere un trattamento peggiore per i cc.dd. “creditori apatici” e uno migliore per i “creditori combattivi” essendo questi criteri distintivi originati esclusivamente dalla maggiore semplicità della raccolta del consenso”. Questo trattamento diseguale è legittimo proprio perché esistono le classi, ma in quanto è il frutto di un accordo, deve essere fondato su una manifestazione di volontà negoziale genuina”.

Altra dottrina,⁹⁴ si è domandata se il concetto di “omogeneità” possa essere riferito anche alla posizione giuridica, rilevando l’esistenza di due orientamenti al riguardo: secondo la tesi favorevole ad attribuire rilievo alla posizione giuridica “... il debitore nella formazione delle classi deve seguire le tradizionali categorie di creditori prededucibili, creditori privilegiati, creditori chirografari e creditori postergati”, mentre seguendo la tesi opposta “... il raggruppamento dei creditori in classi, secondo la rispettiva posizione giuridica potrebbe essere caratterizzato anche da ulteriori elementi, quali la natura dei creditori (persone giuridiche, persone fisiche, soggetti italiani e soggetti stranieri),

⁹⁴ Cfr. Marrollo, op. cit. pag. 1462.

le eventuali contestazioni sorte in ordine ai crediti, la esistenza o non di titoli esecutivi, le modalità ed i tempi di soddisfacimento”.

Si è a questo proposito evidenziato come – in tale prospettiva - il piano concordatario supera “... il catalogo tradizionale di creditori privilegiati, chirografari, prededucibili, postergati, tenendo conto delle nuove diversità rappresentate dal debitore o imposte dal creditore.... Anche l'altro criterio della “omogeneità di interessi economici” può incidere sulle ipotetiche classi formate secondo il criterio della posizione giuridica; ad esso potrebbero essere attribuiti vari elementi: il connotato soggettivo dei creditori (es. banche, fornitori, lavoratori), i caratteri propri del credito (modesto, o rilevante), la tipologia dei rapporti intrattenuti con il debitore (soci finanziatori, obbligazionisti)”.

In dottrina⁹⁵ si è peraltro affermato che la suddivisione in classi di creditori con la stessa posizione giuridica ed omogeneità di interessi economici può concernere solo i creditori chirografari, in quanto solo ove non è previsto un diritto di prelazione, e quindi «nell'indifferenziato magma dei creditori chirografari», è agevole individuare classi di creditori, differenziate le une dalle altre sulla base di diversità di interessi economici. Per i privilegiati, con stessa posizione giuridica (professionisti ex art. 2751 bis c.c.) è più arduo fare distinzioni in base agli interessi economici.

Da parte di altre dottrina⁹⁶, in una prospettiva critica ai tentativi della giurisprudenza e di altri autori di proporre una interpretazione che consenta di tutelare “in qualche modo” i creditori deboli, prende atto che “.. vi può essere la tentazione per l'imprenditore di relegare un creditore dissenziente all'interno di una classe di creditori, di cui si prevede già il consenso in modo da neutralizzare il voto contrario all'interno della classe consenziente, impedendo il *cram dawn* in sede di omologazione (solo i creditori dissenzienti all'interno di classe dissenziente possono chiedere al tribunale il giudizio di convenienza – *cram down* – ma non i creditori dissenzienti di classe consenziente)”, e segnala che l'attuale sistema di

⁹⁵ Cfr. Guglielmucci, sub art. 124 l. fall., Codice commentato del fallimento, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, pag. 1211.

⁹⁶ Cfr. D'Orazio, Le classi obbligatorie, e la questione di costituzionalità, in Giur, merito, 2009, pag.. 1897 ss.

predisposizione facoltativa delle classi si presta ad indubbe strumentalizzazioni da punto di vista della formazione delle maggioranze in quanto “...tra l'altro, è più conveniente per il debitore, dal punto di vista del raggiungimento delle maggioranze, non suddividere i creditori in classi, distinguendo semplicemente tra creditori privilegiati e chirografari. Infatti, l'art. 177 l. fall., in caso di classi, impone che si raggiungano due maggioranze, ossia quella dei crediti complessivi ammessi al voto e quella della maggioranza delle classi. Nel concordato senza classi è, invece, sufficiente ottenere soltanto la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ciò con un enorme vantaggio rispetto al passato (prima del d.l. n. 35 del 1980 per il concordato preventivo e prima del d.lg. n. 5 del 2006 per il concordato fallimentare), quando veniva richiesta la doppia maggioranza, per somme (i due terzi dei crediti) e per teste. Inoltre, il creditore dissenziente, in sede di omologazione, non può chiedere al tribunale il giudizio di convenienza (cram down). È proprio questo il punto nevralgico della questione, ossia stabilire se il debitore, con piena autonomia, possa presentare un concordato senza classi, omettendo, quindi, di differenziare le posizioni dei vari gruppi di chirografari”.

La citata dottrina opportunamente evidenzia come sia “... il tribunale non può imporre al debitore di suddividere i creditori in classi, laddove l'imprenditore abbia preferito presentare un piano di concordato con distinzione secca tra privilegiati e chirografari. Il debitore può falciare i privilegiati senza predisporre le classi ed inserendo la parte residua dei chirografari (da falciatura) in un'unica classe indistinta, nella quale confluiscono anche i chirografari ordinari”.⁹⁷

13. La formazione delle “classi di creditori”: obbligo o facoltà?

Deve essere peraltro evidenziato, che su tale aspetto si è aperto, come si vedrà più avanti, un interessante dibattito

⁹⁷ Cfr. D'Orazi, op. cit. Peraltro il citato autore evidenzia come “... diversa è, invece, l'ipotesi in cui il debitore abbia approntato le classi, ma il tribunale, nell'ambito del giudizio sulla correttezza dei criteri utilizzati nella formazione delle stesse ex art. 163 l. fall., abbia suggerito all'imprenditore di rinvenire ulteriori elementi per una migliore individuazione degli interessi economici omogenei”.

dottrinale avente ad oggetto l'obbligatorietà o la facoltatività della formazione delle classi da parte del debitore; peraltro tale aspetto dell'autonomia del debitore nella formulazione del concordato preventivo, deve essere - a sua volta - calibrato tenendo conto che la facoltatività del meccanismo della creazione delle classi non si può risolvere in una scelta arbitraria, ma nella concessione di una discrezionalità condizionata dalla ricorrenza di obiettive eterogeneità nella platea dei creditori, che potrebbero imporre un classamento.

La presenza o meno delle "classi" appariva rilevante già prima della riforma attuata con il D. Lgs. n. 169/08 nel c.d. *cram down*, ove il Tribunale doveva verificare - in presenza del dissenso di una classe - che il piano fosse equo, rispetto alle "alternative concretamente prevedibili" (art. 177, 2° co.).

A seguito di tale modifica, che comporta la possibilità di effettuare il giudizio di *cram down* solo in presenza di creditori dissenzienti, e con riferimento solo alla loro posizione all'interno della classe, la divisione in classi (in presenza dei presupposti di legge) appare fondamentale perché se consente un controllo del Tribunale in ordine ai criteri di formazione delle stesse classi, allo stesso tempo autorizza, da parte del tribunale, una verifica chiaramente strumentale ad una tutela delle minoranze,⁹⁸ legittimando l'opponente di una classe a proporre opposizione all'omologazione del concordato, omologazione che in mancanza di classi non gli sarebbe consentita.

Il dato normativo, attesa la già evidenziata genericità, consente di formulare alcuni dubbi interpretativi che la cui soluzione in un senso o nell'altro incide in modo determinante sulla evoluzione del concordato, anche alla luce della tenuta del principio "maggioritario" in forza del quale ai creditori dissenzienti rispetto al piano concordatario, viene imposta una decurtazione del loro credito.

Si prospettano, pertanto, diverse fattispecie concrete in cui

⁹⁸ Sottolinea opportunamente Jachia, op. ult. cit. pag. 1606 come "il controllo sulla ragionevolezza dei criteri usati dal debitore per la suddivisione dei creditori in classi va affrontato con estremo rigore anche perché in dottrina si è posto il tema della legittimazione alla presentazione dell'opposizione per quei creditori che abbiano espresso un voto contrario nell'ambito di una classe che abbia votato a favore perché alla lettera gli artt. 129 e 180 l.f. sembrano riconoscere tale legittimazione soltanto ai creditori appartenenti a classi dissenzienti e non a quelli dissenzienti all'interno di una classe consenziente".

il tribunale dovrà effettuare il controllo che gli viene riconosciuto ex articolo 161 comma 1 lettera c) l.f.

In dottrina si è dato atto delle diverse prassi interpretative, affermando⁹⁹ che “... all’incertezza disciplina normativa non hanno fatto seguito orientamenti giurisprudenziali di completezza e supplenza”, tanto che si è ritenuto di chiedere se i creditori fruiscano di garanzie collaterali¹⁰⁰, o di esigere che i creditori postergati siano inseriti in una autonoma classe.¹⁰¹

Il primo quesito “operativo” riguarda – pertanto - la possibilità per il Tribunale nell’ambito di un concordato in cui il debitore abbia omesso di prevedere la divisione in classi (come è sua facoltà ai sensi del disposto dalla prima parte del comma 1 dell’articolo 160 l.f.) di “ordinare” la formazione di specifiche classi.¹⁰²

Accanto a tale situazione si può prospettare il caso di classi autonomamente formate, in cui il Tribunale, azionando i poteri di “integrazione” che gli vengono attribuiti dall’art. 162 primo comma l.f., potrà “invitare” o “ordinare” una diversa suddivisione in classi (nell’ipotesi in cui una prima suddivisione sia già stata attuata dal debitore), qualora venga a conoscenza o verifichi sulla scorta delle documentazione prodotta che gli interessi economici dei vari creditori rappresentati nella classe sottoposta a controllo non siano omogenei, o sussista in capo ad alcuni di essi un conflitto di interessi al momento del voto nell’adunanza dei creditori.

E’ – infatti – indubbio che in capo al Tribunale sia configurabile il potere di valutare la corretta composizione delle classi sia con riferimento al rispetto dei gradi di privilegio (posizione giuridica omogenea) sia con riferimento alla sussistenza di un “interesse economico omogeneo” in capo agli

⁹⁹ Cfr. Lo Cascio, op. cit. pag. 387.

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Piacenza, 13 gennaio 2010; Trib. Milano, 4 dicembre 2008, cit.

¹⁰¹ Cfr. Trib. Messina, 4 marzo 2009, con nota di Panzani, Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 789 ss.

¹⁰² Ad avviso di Sacchi, Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e controllo dell’Autorità giudiziaria, in *Il Fallimento*, inserto 1/2009, il caso di creditori postergati è una fattispecie in cui si rende necessario ordinare la formazione di una classe da parte del Tribunale. Osserva l’autorevole dottrina “... che la formazione di classi ad hoc appare necessaria almeno nell’ipotesi in cui sia prevista dalla proposta di concordato la falcidia dei creditori privilegiati e in quella in cui vi siano soci finanziatori postergati ai sensi dell’art. 2467 c.c. o dell’art. 2497 *quinquies* c.c.”

appartenenti alla classe (interesse economico omogeneo).

In dottrina,¹⁰³ partendo da una posizione critica della soluzione giurisprudenziale finalizzata a verificare fin dall'inizio della procedura la possibilità di sindacare la fattibilità del piano¹⁰⁴, si è proposta una soluzione alternativa, evidenziando come si "... rischia di sviare l'attenzione della giurisprudenza da altri strumenti che, al contrario di questa tesi, appaiono compatibili con la vigente disciplina legislativa e assicurano, entro certi limiti, una effettiva protezione degli interessi che ispirano la tesi stessa; in particolare, assicurano una tutela dei creditori deboli di fronte al rischio di comportamenti opportunistici ai loro danni che avvantaggino i creditori forti", rilevando, inoltre come "... proprio la prospettiva giusprivatistica che impronta la nuova disciplina del concordato preventivo consente, ove siano sviluppate fino in fondo le sue implicazioni, un controllo giudiziario penetrante".

Da parte della citata dottrina si rileva poi come la possibilità del controllo attribuisce all'autorità giudiziaria un

¹⁰³ Cfr. Sacchi, op. cit.

¹⁰⁴ Cfr. Sacchi, op. cit. Evidenzia il citato autore come "... sembra palese il carattere finzionistico di queste argomentazioni, che allo studioso di diritto societario richiamano l'ampia utilizzazione della categoria concettuale delle deliberazioni assembleari inesistenti da parte della giurisprudenza nel vigore della disciplina anteriore alla riforma delle società di capitali. In entrambi i casi la reazione dell'interprete alle scelte legislative segue lo stesso itinerario logico: l'interprete costruisce un modello ideale della fattispecie che costituisce il presupposto per l'applicazione della normativa da lui non condivisa e, in assenza di uno dei requisiti che compongono il modello ideale costruito dallo stesso interprete, egli disapplica la normativa. Così: per il concordato si afferma che la proposta non è una proposta se il livello di soddisfacimento dei creditori è molto scarso e che il piano non è un piano se non è fattibile; in entrambi i casi si sostiene che la proposta di concordato non deve passare il vaglio di ammissibilità da parte del tribunale; per le deliberazioni assembleari di società per azioni si diceva, prima della riforma (ovviamente non posso qui occuparmi del tema se dopo la riforma delle società di capitali sussistono ancora margini per utilizzare la categoria concettuale delle deliberazioni inesistenti), che una deliberazione assembleare manca se è priva di uno dei requisiti ritenuti essenziali dall'interprete per la sua esistenza, per cui doveva essere disapplicata la disciplina degli artt. 2377, 2378 e 2379 c.c. (vecchio testo) e un'azione diretta ad accertare l'inesistenza della delibera poteva essere introdotta anche dopo che il termine trimestrale di impugnazione era scaduto. Un simile tipo di argomentazione costituisce una evidente forzatura delle scelte legislative. Non solo: in questo modo il parametro da cui dipende l'applicazione o non della normativa è molto labile, in quanto tutto è rimesso all'idea che il singolo interprete ha dei requisiti necessari perché esista, secondo i casi, una proposta concordataria, un piano (nel caso del concordato preventivo), una deliberazione assembleare (nel caso dell'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.). Ciò determina un elevato rischio di incertezze interpretative, come confermato dall'esperienza dell'applicazione giurisprudenziale, prima della riforma delle società di capitali, della categoria dell'inesistenza delle deliberazioni assembleari".

ruolo di garanzia dei diritti soggettivi dei privati, e precisamente dei creditori.

Tale soluzione ci pare assolutamente condivisibile, in quanto, come evidenziato da tale autore, poiché nella nuova normativa al centro dell'istituto del concordato preventivo è collocata la votazione dei creditori, come manifestazione della loro autonomia privata, dovranno essere sempre rispettate le condizioni minime e necessarie perché l'autonomia privata degli stessi creditori possa correttamente operare.

Pertanto si è detto che dovrà sussistere oltre ad una un'informazione adeguata dei creditori (attraverso la relazione ex articolo 161 legge fallimentare e la relazione del commissario giudiziale), anche l'omogeneità degli interessi dei creditori che appartengono ad una stessa classe, che perciò, saranno costretti a subire, anche se dissenzienti, la decisione maggioritaria dei componenti della classe stessa. I due aspetti delineati appaiono intrinsecamente connessi: infatti l'orientamento dottrinale citato osserva come per adempiere al primo profilo "... la proposta di concordato, il piano e la documentazione accompagnatoria devono contenere elementi sufficienti a consentire ai creditori (e non al tribunale) un informato, ragionevole e ponderato giudizio sulla fattibilità e sulla convenienza del piano. Sull'esistenza di queste informazioni (e non sulla fattibilità del piano) il tribunale può, e deve, svolgere un penetrante controllo in sede di ammissione alla procedura". Ma anche con riferimento al secondo profilo che riguarda il momento del voto degli stessi creditori (omogeneità fra gli interessi dei creditori), si rileva - e l'osservazione appare fondamentale ai fini della tutela dei "creditori deboli" - che "... in tanto il principio maggioritario, che regge la votazione dei creditori sulla proposta di concordato, è riconducibile ai principi del diritto dei contratti - ed è quindi giustificabile nella prospettiva giusprivatistica che caratterizza la nuova disciplina del concordato preventivo - in quanto esso operi in presenza di una omogeneità di interessi fra i votanti. Solo in questo caso, infatti, la decisione maggioritaria produce lo stesso effetto per tutti i votanti, per cui rispetto ad essa esiste fra di loro un interesse comune, che giustifica la soggezione della minoranza dissenziente alla volontà maggioritaria".¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cfr. Sacchi, op. cit. passim

La bontà della soluzione espressa da tale dottrina con specifico riferimento all'aspetto della necessità di una formazione della classe in modo corretto (cioè con creditori portatori dei medesimi interessi), si apprezza se si pensa anche all'indicazione da parte del citato autore delle "tecniche" per "... assicurare l'omogeneità fra gli interessi dei votanti, fronteggiare il rischio di inquinamento della votazione a seguito di loro conflitti di interessi e, conseguentemente, giustificare sul piano giusprivatistico l'applicazione del principio maggioritario".

Tali "accorgimenti" sono costituiti, in presenza di significative interferenze di interessi atipici dei votanti, dalla sterilizzazione del voto, mentre, in presenza di elementi di significativa eterogeneità fra interessi tipici dei votanti, dalla creazione di sottocategorie fra gli stessi e la previsione di distinte maggioranze per tutte le sottocategorie".¹⁰⁶

Si tratta di un rimedio che – soprattutto con riferimento a quello da ultimo indicato (formazione di classi indotta da parte del giudice) non si discosta grandemente, soprattutto con riferimento al risultato finale, – portandole alle conseguenze estreme - dalle soluzioni che in concreto sono state redatte da parte della giurisprudenza.¹⁰⁷

In giurisprudenza si è affermato che il comune interesse dei creditori è, in definitiva, rappresentato dalla aspirazione alla massima realizzazione del credito, spesso (e la "composizione" del ceto creditorio evidenziata nella proposta di concordato che ci occupa ne costituisce una emblematica conferma) le scelte di alcune tipologie di creditori sono condizionate dal perseguimento di interessi diversi.

Peraltro non mancano, anche nella più recente giurisprudenza di merito¹⁰⁸, esempi di fattispecie concrete caratterizzate dalla posizione di "creditori professionali", cioè di coloro che istituzionalmente erogano finanziamenti (che rappresentano, generalmente, una parte rilevante dei crediti ammessi al voto) o che vantano garanzie da parte di terzi, ovvero di coloro che ricavano dall'esecuzione dei rapporti commerciali con il debitore una parte cospicua delle proprie entrate, i quali

¹⁰⁶ Cfr. Sacchi, op. cit. passim

¹⁰⁷ Per una analisi delle soluzioni giurisprudenziali cfr. par. successivo.

¹⁰⁸ Cfr. . Trib. Milano, ord., 4 dicembre 2008.

sono più disposti a votare in favore di ristrutturazioni, anche sensibili, dei debiti, pur di consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, eventualmente previo rilascio di garanzie, a differenza dei creditori cd. "involontari", ovvero dei clienti titolari di crediti derivanti da inadempimenti contrattuali, i quali vedono con maggiore favore soluzioni che consentano di conseguire una percentuale più alta del credito vantato".

Una corretta interpretazione del concetto di interesse "economico omogeneo" consentirà - pertanto - di tenere nella dovuta considerazione, e quindi di valutare in modo differenziato, la posizione di quei creditori, che a prescindere dalle dimensioni della propria esposizione, siano comunque interessati, più che alla liquidazione dei loro crediti, alla protrazione della relazione commerciale con l'imprenditore insolvente.

Da parte del Tribunale di Monza¹⁰⁹ si è opportunamente evidenziato che "qualora il concordato non preveda la suddivisione in classi, si deve ritenere che in realtà ci si trovi in presenza di un'unica classe di creditori chirografari, composta da creditori di vario tipo e che vi sia, pertanto, la necessità di operare una suddivisione in classi allo scopo di assicurare alla proposta la necessaria trasparenza, evitando la commistione di interessi disomogenei quale quelli di creditori muniti di garanzie di terzi o di privilegiati declassati a chirografari, per la parte incapiente del loro credito".

Il Tribunale lombardo ricorda come "... il ceto creditorio, in altre parole, è un complesso insieme di interessi diversi, spesso in conflitto tra loro, la cui gestione "in monte" finisce spesso per favorire il debitore personalmente rendendo più difficile il raggiungimento dello scopo della procedura che è ristrutturare il debito e soddisfare i creditori.

Sebbene il termine soddisfazione possa essere inteso in molte accezioni, non necessariamente monetarie, è indubbio che debba rispondere alla logica di appagamento di un interesse e perché ciò possa avvenire è necessario che ai creditori sia consentito di formare liberamente il consenso esprimendo, se del caso nel modo più completo e tutelato, il proprio dissenso (anche attraverso l'opposizione che consenta, però un riesame di

¹⁰⁹ Cfr. Tribunale Monza, 27 novembre 2009, Pres. Est. Paluchosky.

convenienza della proposta tramite il *cram down*). In quest'ottica la natura chirografaria dei crediti, se da un lato, integra il requisito dell'omogeneità di posizione giuridica, dall'altro lato non è di per sé sufficiente a dimostra l'omogeneità degli interessi economici, atteso che l'interesse economico del singolo creditore deve essere necessariamente valutato in concreto, e, conseguentemente, tenendo adeguatamente conto anche della eventuale esistenza di garanzie esterne, le quale possono consentire al creditore una possibilità di soddisfacimento ben maggiore rispetto a quella di cui dispone il creditore privo di tali garanzie”.

Pertanto, secondo la giurisprudenza citata “... la mancata valorizzazione di tali garanzie nell'ambito della valutazione dell'interesse economico del creditore pregiudicherebbe sostanzialmente la funzione di questo requisito, ulteriore rispetto a quelle dell'omogeneità di posizione giuridica, in quanto consentirebbe l'inserimento in un'unica classe di creditori con diverse prospettive di soddisfacimento dei propri crediti con conseguente alterazione della genuinità del meccanismo di formazione della volontà della maggioranza all'interno della classe, soprattutto laddove i creditori con garanzie esterne risultassero titolari di crediti di rilevante entità”.

Al fine di evitare il segnalato inconveniente, la soluzione, secondo il citato tribunale consiste nel far sì che la proposta concordataria contenga tutte le “.. informazioni puntuali sull'eventuale esistenza e natura di crediti rilasciate a favore di creditori della società dal momento che l'esistenza di tali garanzie, differenziando gli interessi concreti dei creditori riuniti nella medesima classe; a ciò conseguirebbe, eventualmente, la necessità di distinguere le posizioni non omogenee, mediante la creazione di opportune classi”.

Tali soluzioni giurisprudenziali, seppur condivisibili, non appaiono unanimi.

Da parte del Tribunale di Modena¹¹⁰ si è – infatti - affermato che deve intendersi ammissibile la proposta di concordato che prevede la formazione di classi di creditori non correttamente predisposta come nel caso in cui con la proposta siano stati

¹¹⁰ Cfr. Tribunale Modena, decr. 9 ottobre 2009, Pres. De Marco, est. Bruschetta, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 121.

inseriti in un'unica classe creditori chirografari e privilegiati ex art. 2752 c.c., con conseguente confusione di creditori non omogenei.

In termini generali, in dottrina¹¹¹ si è ritenuta non corretta la elaborazione di un piano senza formazione di classi là dove, appunto, l'eterogeneità dei crediti lo imponga. Si fa l'esempio di un piano che preveda il soddisfacimento integrale di alcuni privilegiati e parziale di altri privilegiati incapienti, sicché vi sarebbero posizioni giuridiche diverse ed interessi economici non omogenei.

Si è tuttavia osservato come il debitore sia libero di scegliere se suddividere o meno i propri creditori in classi, in base al principio dell'autonomia privata, individuando in tale fattispecie un atto negoziale unilaterale e non vincolato nelle forme.

In ogni caso la previsione delle classi e la libertà di determinazione della percentuale per ciascuna classe, trova il limite normativo previsto dall'articolo 160 comma 2, l.f., secondo cui il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere, in alcun caso, l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione ex art. 160 comma 2, ult. parte, l.f.

Le lucide argomentazioni della giurisprudenza pongono in luce un ulteriore interrogativo destinato a superare l'ambito applicativo del concordato preventivo negli anni futuri.

Ci si è infatti domandati se sussista per il debitore la possibilità di non creare classi, pur ricorrendone i presupposti costituiti dalla non omogeneità degli interessi economici in capo ai vari creditori, e pur sussistendo un preciso "invito" del Tribunale.

In altre parole quale sarà la "conseguenza processuale" nel caso in cui il debitore disattenda l'invito del Tribunale finalizzato a differenziare in distinte classi i creditori? Si può prospettare una ipotesi di inammissibilità o il concordato dovrà procedere con la convocazione dei creditori, lasciando questi ultimi arbitri di valutare la "disobbedienza" del debitore alle indicazioni del Tribunale?

La dottrina si è interrogata in ordine al tale problema, e

¹¹¹ Cfr. Ferro, *La legge fallimentare*, Padova, 2008, 287.

partendo dalla pacifica esistenza – riconosciuta a livello normativo – dell'autonomia del creditore, ha affermato che secondo un'interpretazione letterale della norma, tale potere decisionale investirebbe anche la possibilità di formare le classi, ben potendo, dunque, pervenirsi ad una formulazione di un piano che, indipendentemente dalla tipologia dei crediti e dei creditori, non contempra la formazione di classi, ma riunisca i creditori in una sola. Si afferma, inoltre, che l'eventuale sindacato del giudice sulla scelta del debitore di non suddividere i creditori in classi comporterebbe un'inammissibile interferenza nel potere discrezionale del debitore di articolare il piano di risanamento aziendale, traducendosi in un sindacato di merito sulla convenienza della proposta che il Legislatore avrebbe escluso.¹¹²

Altra dottrina¹¹³ - dopo aver evidenziato che il verbo "potere" riportato dall'art. 160 l.f. non sembra imporre al debitore l'obbligo di formare distinte classi – ha evidenziato come tale "infortunio legislativo" ha portato a ritenere, secondo un'interpretazione letterale della norma, che "... l'autonomia del debitore investirebbe anche la decisione di formare le classi, ben potendo, dunque, pervenire anche alla formulazione di un piano che, indipendentemente dalla tipologia dei crediti e dei creditori, non contempra la formazione di classi, ma riunisca i creditori in una sola".¹¹⁴

In tale prospettiva si è poi affermato che il sindacato del giudice sulla scelta del debitore di non suddividere i creditori in classi comporterebbe un'inammissibile ingerenza nel potere discrezionale del debitore di articolare il piano di risanamento aziendale, traducendosi – in sostanza - in un sindacato di merito sulla convenienza della proposta che il Legislatore avrebbe invece, espressamente escluso.¹¹⁵

Tali ultime interpretazioni sono state criticate – a nostro avviso in modo del tutto condivisibile - in quanto se portano a ritenere sindacabili da parte dell'autorità giudiziaria, sotto il profilo della loro correttezza, i criteri utilizzati dal debitore nella formazione delle classi, dovendo essi necessariamente essere

¹¹² Cfr. Azzaro, Concordato preventivo e autonomia privata, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1274.

¹¹³ Cfr. Catalozzi, op. cit. pag. 585.

¹¹⁴ Cfr. Azzaro, Concordato preventivo e autonomia privata, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1274. ss.

¹¹⁵ Cfr. Azzaro, op. cit. pag. 1274; De Cicco, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007, pag. 117.

espressivi di una omogeneità di posizione giuridica o di interessi economici, non permetterebbero (come previsto dalla norma) “anche di controllare se il debitore, attraverso il rifiuto di avvalersi dello strumento delle classi, abbia di fatto riunito in un unico gruppo creditori dalla differente posizione giuridica o dai differenti interessi economici”.¹¹⁶

Da parte della citata dottrina¹¹⁷ si evidenzia come la soluzione criticata porterebbe a “... rendere applicabile il principio di maggioranza anche in assenza delle condizioni che ne legittimano il ricorso, e di agevolare l’approvazione di concordati fondati sul sacrificio delle ragioni dei creditori più deboli, ossia i titolari dei crediti meno significativi sotto il profilo economico, pur se numericamente più rilevanti”.

Da ultimo si osserva che negare la possibilità del sindacato del giudice sulla decisione o meno del debitore di formare le classi, (o meglio di formarne una sola indipendentemente da una valutazione di omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici degli stessi debitori) “... sembra porsi in contraddizione con l’apparente favor del Legislatore per la formazione delle classi, in considerazione del fatto che indurrebbe il debitore a negoziare la propria situazione di crisi unicamente con i creditori più forti, con possibile pregiudizio delle aspettative dei creditori più deboli. Inoltre la frequente convergenza nei primi della titolarità dei crediti economicamente più consistenti e di diritti di prelazione sui beni del debitore, nonché il loro interesse, quali finanziatori istituzionali, alla continuazione dell’attività economica accentuerebbe il rischio di un’approvazione di un piano non articolato in classi a condizioni che soddisfino unicamente gli interessi di tali creditori del debitore”.¹¹⁸

Il problema della presenza – nell’ambito della stessa classe - di creditori più “forti” degli altri perché “diversamente

¹¹⁶ Tali rilievi ci sembrano difficilmente superabili.

¹¹⁷ Cfr. Catalozzi, op. cit. pag. 585. Il citato autore osserva come “una simile conseguenza appare ancor più irrazionale alla luce delle modifiche apportata dal D. Lgs. 12 settembre 2007 n. 169 al giudizio di omologazione, nella parte in cui sembrano riservare l’azionabilità del test di convenienza alla sola iniziativa di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ma non anche, - almeno secondo la formulazione letterale dell’art. 180 quarto comma l.f. – al creditore che, in assenza di articolazione del piano in classi, abbia espresso (invano) i suo dissenso sulla proposta”.

¹¹⁸ In tal senso si esprime – in modo illuminante - Catalozzi, op. cit. pag. 585.

garantiti” è stato evidenziato anche da parte di quella dottrina che ha posto l’accento sulla possibile sussistenza di garanzie esterne al debitore, cioè non riconducibili al suo patrimonio, rilevando poi come in concreto l’esistenza di tali garanzie permette – di fatto - ai creditori concorsuali di sfuggire al divieto in esame.

Si è pertanto osservato come “... un argine a tale effettiva autotutela attuabile dai creditori su patrimoni esterni, già organizzati dall’imprenditore in azienda ma non oggetto di sua disponibilità dominicale, potrebbe peraltro rinvenirsi ad un livello diverso e preliminare insieme: ove cioè, a quegli stessi creditori, fosse applicato un criterio di qualificazione della posizione giuridica e degli interessi economici che tenessero conto di tale statuto potenziato rispetto ai comuni creditori concorsuali”.¹¹⁹ Ciò probabilmente non permetterebbe di piegare, in loro danno, la gittata interpretativa dell’art. 168 l.fall., ma ben “...potrebbe giustificare un loro trattamento differenziato e deteriore rispetto a quello degli altri creditori non plurigarantiti”¹²⁰

Anche secondo tale dottrina per raggiungere un siffatto risultato, le indagini del tribunale tese a garantire la omogeneità non dovrebbero limitarsi all’accertamento delle garanzie di terzi e della consistenza delle stesse, bensì coinvolgere ciascun creditore chirografario.

A nostro avviso appare corretta e pienamente condivisibile la soluzione secondo cui, proprio in assenza di una precisa indicazione legislativa, l’interesse economico del creditore deve essere scrutinato in concreto, valutando la posizione del medesimo non solo nell’ambito del rapporto bilaterale con il debitore ma anche con riferimento all’esistenza di garanzie esterne, che renderanno la sua posizione “non omogenea” rispetto agli altri appartenenti alla stessa classe, “... salvo, poi ad interessarsi soltanto di questo lato esterno, tralasciando completamente qualsiasi esame in concreto della posizione di

¹¹⁹ Cfr. Fabiani, Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 437 ss.

¹²⁰ Cfr in tal senso Ferro, La protezione contro gli atti di malgoverno del debitore e di autotutela dei creditori nelle differenti procedure, in *Il fallimento* 2009, pag. 22

ciascun creditore nell'ambito del rapporto bilaterale".¹²¹

Si è poi sostenuto¹²² – richiamando alcune pronunce dei giudici di merito- che appare obbligatoria la formazione delle classi qualora ne sussistano i presupposti in quanto "... il criterio della correttezza della suddivisione in classi dei creditori, quale profilo di valutazione, costituisce il contenuto imprescindibile del vaglio dei tribunali chiamati, in sede di ammissione, ad esaminare le proposte concordatarie".

Aggiunge poi la citata dottrina che "... il criterio della correttezza è collegato alla valutazione del trattamento concreto offerto ai creditori, in quanto a differenza dell'ordine di priorità previsto dal codice civile per i pagamenti, non vi è alcuna

¹²¹ Cfr. Bozza, La facoltatività della formazione delle classi fra autonomia negoziale e controllo di merito, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 428. Osserva il citato autore come "... Per cominciare proprio dall'ultimo riferimento, dovrebbe essere esaminata singolarmente la posizione dei creditori che siano anche soci limitatamente responsabili per stabilire la natura dei loro crediti, non potendosi mettere sulla stessa posizione tutti i soci per il fatto di rivestire tale qualifica senza tener conto se il loro credito nasce da finanziamenti o da altro titolo e, nel primo caso, se si tratti o non di finanziamenti postergabili, la cui individuazione richiede, a sua volta, le indagini indicate dal secondo comma dell'art. 2467 c.c. (6); a maggior ragione diventerà indispensabile un esame analitico delle posizioni di coloro che hanno avuto ruoli di gestione nella società concordataria, per alcuni dei quali il pericolo di azioni di responsabilità in caso di fallimento potrebbe essere molto concreto e per altri no; si dovrà scandagliare la posizione di ciascun creditore per valutare se ha compiuto operazioni soggette a revocatorie, essendo evidentemente diverso l'interesse dei citati creditori a seconda che il fallimento costituisca o non per essi un pericolo. Ed ancora, il fornitore che ha interesse alla prosecuzione dell'impresa in crisi ha motivazioni diverse da quelli di altri fornitori per i quali, per qualsiasi ragione, è irrilevante la cessazione dell'attività, così come diversa è la posizione, apparentemente omogenea, di due fornitori che abbiano un credito della stessa entità, sorto nello stesso periodo, ma che abbiano diverse dimensioni (uno sia un grande o medio imprenditore e l'altro piccolo), per i quali la eguale somma da incassare ha un valore completamente diverso, o, seppur di pari dimensioni, si trovino in situazioni di liquidità diverse, che possono spingere uno ad accettare un concordato non conveniente nella prospettiva di avere poco ma subito (perché per lui quella disponibilità di liquido in tempi brevi è essenziale per la continuazione della sua attività), piuttosto che di più in data da definirsi, e così via. E ciò a tacere del fatto che intorno ad un'operazione economica maturano una serie di conflitti di interessi che, il più delle volte, trovano fondamento in patti collaterali segreti che determinano, in apparente parità di situazione, sostanziali differenziazioni nella valutazione che si esprime nel voto. Se poi il debitore concordatario è una società di persone, bisognerebbe appurare, oltre al valore dei patrimoni dei soci e al numero e all'entità dei creditori particolari, cui è finalizzato l'obbligo della presentazione della documentazione di cui alla lett. d) dell'art. 161, anche il possesso da parte dei creditori sociali di eventuali titoli esecutivi nei confronti dei soci dal momento che il concordato sociale non offre alcuna tutela ai patrimoni di costoro rispetto alle aggressioni dei creditori sociali, di modo che i creditori che possono agire sui patrimoni dei soci in via esecutiva sono privilegiati rispetto a quelli che siano sforniti di un titolo esecutivo".

¹²² Cfr. Marrollo, Le classi dei creditori nel concordato preventivo alla luce del D.Lgs. n. 12 settembre 2007 n. 169, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 1460 ss.

generale ed astratta predeterminazione di fonte normativa”, evidenziando poi come “.. in questo quadro normativo, la formazione delle classi non può prescindere dalla motivazione sulle diverse aspettative di realizzo, per giustificare che due crediti di posizione giuridica identica sono collocati in classi diverse.”

La strada da percorrere, in tale prospettiva ermeneutica è, pertanto, quella indicata dall’art. 162 l.f. ed il Tribunale “... può chiedere al debitore di apportare integrazioni e produrre nuovi documenti entro un termine non superiore a quindici giorni”.

La dottrina – peraltro – pur evidenziando l’utilità e l’importanza che l’Autorità Giudiziaria svolga un controllo sulla omogeneità tra i componenti delle classi (in quanto non vi è dubbio che la tendenza espressa garantisce che gli appartenenti ad una classe, proprio perché accomunati da interessi economici simili, siano indotti a svolgere una valutazione comune), osserva – con sano pragmatismo - come il tipo di controllo proposto, soprattutto da parte della giurisprudenza “... non possa e non riesca ad essere particolarmente approfondito, sia perché la nuova disciplina lo ha ridotto a vaglio di legalità, limitato alla valutazione della coerenza dei criteri utilizzati dal debitore, che si esplica soltanto nei casi in cui il debitore, nella libertà riconosciutagli di risolvere la crisi della sua impresa, intenda utilizzare lo strumento della formazione delle classi”, sia perché, come evidenziato in dottrina e sopra ricordato “... il Legislatore non ha indicato i parametri cui rapportarlo né ha concesso gli strumenti per attuarlo ed i tentativi fatti per renderlo più penetrante non mi sembra riuscito”.¹²³

Peraltro, come già evidenziato, “la collettività dei creditori” che si rinviene nel concordato preventivo, non è volontaria bensì occasionale e forzata; in tale prospettiva, il sacrificio della minoranza non appare giustificabile con il semplice richiamo alla regola della maggioranza, né con i poteri sostitutivi pubblicistici del giudice, ma solo in presenza di soggetti che - collocandosi nella medesima situazione economica – subiscono il medesimo pregiudizio subito dalla minoranza. Pertanto solo in presenza di tali ipotesi la volontà della maggioranza potrà considerarsi costituirà espressione della

¹²³ Cfr. Bozza, op. ult. cit. pag. 430.

volontà dell'intera classe stante la comunanza di interessi che lega i componenti.

A tali considerazioni consegue a nostro avviso che – qualora vi siano fra i creditori situazioni di conclamata eterogenità non formalizzate mediante la formazione di una autonoma “classe” e pur in presenza di un dato normativo inadeguato - appare inevitabile la necessità di distinguere tali posizioni ai fini del voto (eventualmente imponendo la formazione di una specifica classe), al fine di evitare la precostituzione di maggioranze all'interno del concordato finalizzate ad “espropriare” della parte di credito non pagata i creditori chirografari.

Ciò giustifica, secondo la dottrina il fatto che il Legislatore abbia previsto la possibilità di introdurre un giudizio di convenienza soltanto in presenza di classi e perché lo abbia previsto soltanto per il creditore appartenente ad una classe dissenziente, dovendo, nel caso quel creditore appartenga ad una classe consenziente, sottostare al volere della maggioranza della classe, che presuppone la omogeneità tra i componenti.

Secondo tale dottrina “... non vi è dubbio che, se in passato l'estensione ai creditori dissenzienti degli effetti del concordato trovava fondamento nei controlli di legittimità e di merito attribuiti al tribunale, compresa la convenienza per la massa dei creditori, che giustificavano il sacrificio del singolo, oggi un eguale sacrificio in tanto può trovare una giustificazione costituzionale in quanto sia al singolo attribuito un mezzo per ribellarsi alle decisioni della maggioranza; l'unico mezzo previsto è l'opposizione in sede di omologa, che costituisce lo strumento a disposizione dei dissenzienti per ampliare il controllo del tribunale “.

Pertanto, secondo tale autore, se i creditori dissenzienti - che, pur non facendo parte di una comunione volontaria risentono degli effetti dell'approvazione del concordato - possono prospettare, in sede di omologazione, una indagine sulla convenienza del concordato soltanto se appartenenti ad una classe, “la tesi della facoltatività della formazione delle classi soffrirebbe non pochi imbarazzi sotto il profilo costituzionale e sarebbe giustificata la forzatura di una lettura in termini di obbligatorietà per costituzionalizzare il sistema”.

La problematica relativa all'esistenza di una “comunione

forzosa” di creditori viene oltremodo evidenziata sottolineando da parte del citato autore,¹²⁴ come “... i creditori coinvolti nello stesso dissesto costituiscono una collettività la quale, poiché deve esprimersi attraverso un voto, deve essere retta da regole che permettano la formazione e la manifestazione della volontà; questa regola è stata indicata dal Legislatore, ieri come oggi, in quella della maggioranza in quanto la votazione è, indipendentemente dal voto favorevole o contrario, indispensabile allo svolgimento della procedura, che, altrimenti, non potrebbe essere portata a termine”.

Al fine di garantire la tenuta costituzionale del sistema – che peraltro come già sopra ricordato, è oggetto di verifica in sede giurisprudenziale - si rende imprescindibile che tutti i creditori siano posti sullo stesso piano, e quindi “...: a) che tutti siano posti nelle condizioni di esprimere il voto disponendo delle stesse informazioni; b) che ciascuno possa esprimere le proprie ragioni per cui non ritiene accettabile la proposta e possa contestare i crediti degli altri concorrenti; c) che ciascun dissenziente possa richiedere al tribunale un controllo di convenienza, il cui contenuto può variare a seconda che il concordato preveda o meno la formazione di classi, dovendosi ravvisare la tenuta costituzionale della prevalenza della maggioranza non più sui poteri sostitutivi officiosi del giudice ma sulla possibilità dell’interessato di chiedere l’intervento del giudice”.¹²⁵

Si ritiene, pertanto che “... se sono offerte queste garanzie, e nel concordato lo sono, come si desume dalla lettura dell’art. 175 e dalla interpretazione data del quarto comma dell’art. 180, non vi è alcuna lesione dei diritti di ciascuno se poi quel creditore deve sottostare alla volontà della maggioranza, dato che ha avuto tutte le possibilità per esprimersi per far orientare diversamente gli altri partecipanti e la possibilità di adire l’autorità giudiziaria”.

Tale strada appare l’unica percorribile per evitare profili di incostituzionalità che la giurisprudenza ha, in effetti, riscontrato, proponendo una diversa soluzione che si caratterizza per il mantenimento in capo al debitore della libertà di formare o meno

¹²⁴ Cfr. Fabiani, op. cit. pag. 435.

¹²⁵ Cfr. Fabiani, op. cit. pag. 435.

le classi, ma consentendo al creditore dissenziente, “l’opposizione per introdurre un giudizio sulla convenienza per l’intera massa dei creditori”.¹²⁶

Si evidenzia ancora ore come “... diversamente questo aspetto rimarrebbe estraneo al giudizio, sebbene il concordato abbia effetto anche verso coloro che, pur ritenendo di non approvare il concordato per ragioni di convenienza, non hanno potuto portare queste questioni all’esame del giudice, a sua volta privato del potere di svolgere d’ufficio una indagine di merito su questo punto”.¹²⁷

La possibilità di prevedere l’opposizione di creditori dissenzienti anche in assenza di classi costituisce - in alternativa all’altra soluzione prospettata (costituita dalla formazione obbligatoria di classi a seguito dell’intervento del Tribunale) - la strada indicata dalla dottrina citata per conciliare più linearmente la tutela dei creditori con la privatizzazione della crisi.

Peraltro ciò equivale alla “... cancellazione di ogni controllo giudiziario ma eliminazione di ogni controllo officioso e di ogni potere inquisitorio, e possibilità per gli interessati di richiedere l’intervento del giudice, che decide in posizione di terzietà. In questo quadro, l’estensione ai creditori dissenzienti degli effetti del concordato trova giustificazione nella inerzia di costoro, i quali sanno che soltanto proponendo opposizione potranno ampliare il controllo del tribunale anche al merito che essi prospettano e che, in mancanza, il tribunale non deve svolgere alcuna indagine di convenienza”.

Alla luce di tali considerazioni riteniamo in conformità alla dottrina¹²⁸ che maggiormente ha studiato gli effetti dell’applicazione del principio di maggioranza nel concordato preventivo, che “sia giustificabile solo ed esclusivamente se al controllo “indipendente” del giudice si aggiunge (non essendo più previsto il pagamento di una percentuale minima, essendo lasciata la sua determinazione nella libera scelta del debitore) un controllo altrettanto efficace (seppure interessato) dei creditori, in modo che il creditore dissenziente sia piegato al volere della

¹²⁶ Cfr. Bozzaop. Cit. , pag. 424.

¹²⁷ Cfr. Bozza, op. cit. pag. 424.

¹²⁸ Fabiani, op. ult. cit. passim.

maggioranza senza che cio` suoni come una espropriazione del suo credito senza indennizzo.

In tale prospettiva riteniamo corretto che gli effetti che si producono sui creditori dissenzienti siano a loro estensibili solo se ad essi sia riconosciuto un ruolo di effettivo controllo e siano impedito forme di abuso che, indubbiamente (come da più parti evidenziato) il nuovo concordato consente.

In tale scenario appare indispensabile un rigoroso controllo del Tribunale sulla formazione delle classi anche imponendo la creazione delle classi o la modificazione delle classi al debitore.

Questa è – a nostro avviso – l'unica “regola” compatibile con l'applicazione del principio di maggioranza.

In ordine all'applicazione di tali principio si è affermato che “... la regola della maggioranza è tollerabile alla sola condizione che non vi sia un inquinamento generato da vicende singolari; torna così, ancora una volta, il tema del conflitto di interessi che va visto in chiave più sostanziale che formale”.

Anche in applicazione di tali criteri può e deve essere accettata l'effetto della decisione solo se si tratta di una decisione trasparente e incondizionata.

Peraltro al fine di garantire una corretta applicazione del principio di maggioranza occorrerà “.... legittimare i creditori come valutatori imparziali e cio` può avvenire soltanto attraverso un penetrante controllo delle “motivazioni” di voto”¹²⁹ che a loro volta presuppongono una corretta formazione delle classi ed un “potere – dovere” di intervento nell'ambito del potere di controllo riconosciuto dalla legge fallimentare.

¹²⁹ Cfr. Sacchi, op. cit. il quale osserva come “... in tale prospettiva appare dato irrinunciabile che coloro che partecipano alle deliberazioni, siano compiutamente informati dell'oggetto della deliberazione; basti qui accennare all'art. 1105, terzo comma c.c. (in materia di comunione) e agli artt. 2366 e 2374 c.c. (in materia di società per azioni), dai quali si ricava che i comunisti, così come i soci hanno un diritto intangibile alla informazione. Per quello che importa in questa sede, il diritto alla informazione deve essere inteso in senso lato e quindi deve risultare comprensivo di informazioni che non abbiano per oggetto solo la deliberazione (id est, l'approvazione del concordato), ma anche l'approccio alla votazione da parte degli aventi diritto e cio` in quanto, come più volte rammentato, ci troviamo di fronte ad una comunione involontaria. Ed ancora, va ricordato che, non per caso, la disciplina sul conflitto di interessi nelle società, in quanto espressione di un principio generale, è esportabile nelle comunioni, ricorrendo in entrambe le fattispecie la medesima ratio, consistente nell'attribuire carattere di priorità all'interesse collettivo rispetto a quello individuale”.

Evidenzia a questo proposito la dottrina¹³⁰ come sebbene sia impossibile distinguere le varie situazioni di “egoismo” che caratterizzano i singoli creditori (finalizzate ad ottenere il pagamento del loro credito nella misura massima possibile), il concreto interesse di ognuno “... si trasforma in atteggiamento di “classe” ove si pongano le condizioni per cui il creditore sia portato ad esprimere la sua valutazione scevro da condizionamenti.Per ora, possiamo anticipare che, da questo punto di vista, il successo del nuovo concordato (e se si vuole di un Legislatore che molto vi ha investito) passa necessariamente per la trasparenza dei comportamenti e per l’adattamento delle regole a modelli virtuosi nella predisposizione delle proposte” .

In giurisprudenza si è peraltro esclusa la possibilità per il Tribunale in sede di omologa del concordato preventivo di ordinare la riformulazione della proposta attraverso una diversa formazione delle classi.¹³¹

La soluzione che porta a ritenere sussistente un penetrante potere di controllo da parte del Tribunale in tema di formazioni di classi, è stata sostanzialmente censurata in dottrina,

¹³⁰ Cfr. Fabiani, *op. cit.* Il citato autore da tali considerazioni fa anche derivare la tendenziale obbligatorietà del “classamento” dei creditori, osservando poi come “...se si vuole restituire armonia al sistema, mi pare che l’unico modo di rendere accettabile l’opzione negoziale del concordato, sia quella di configurare un obbligo del proponente di formare le classi tutte le volte in cui vi siano posizioni non omogenee fra i creditori (Il tenore letterale della disposizione (tanto l’art. 124 che l’art. 160 l.fall.) non mi pare vada eccessivamente sopravvalutato, perché, a ben vedere, la proposta di concordato senza classi è come se fosse articolata con classe unica . Ma la classe unica si giustifica nella misura in cui fra i creditori vi sia identità di posizioni giuridiche e di interessi economici; d’altra parte, il sindacato sulla corretta formazione delle classi, affidato alla autorità giudiziaria, non sarebbe incompatibile con una affermazione di inammissibilità della proposta perché l’unica classe non consente di differenziare posizioni economiche disomogenee. E, se così non fosse, assai poco si spiegherebbe il perché la suddivisione in classi riguarda, anche, gli interessi economici e non solo le posizioni giuridiche. Se vogliamo dare peso al valore della autonomia privata e dunque alla forza del consenso, è doveroso creare le condizioni per una condivisione della ragione del consenso, ragione che non può non coincidere con la frammentazione del ceto creditorio secondo interessi economici omogenei. Il proponente, allora, può scegliere se predisporre un programma concordatario senza classi quando la proposta si regge sul pagamento come unica soluzione di remunerazione del credito (e quindi senza il ricorso alle operazioni di ingegneria finanziaria) e quando i destinatari del pagamento si trovano in posizione omogenea, anche se diversa può essere la posizione giuridica”. Cfr. altresì Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pag. 920, quando assume che la facoltatività del meccanismo della creazione delle classi non si risolve in una scelta arbitraria, ma nella concessione di una discrezionalità condizionata dalla ricorrenza di obiettive eterogeneità nella platea dei creditori.

¹³¹ Cfr. Tribunale di Mantova, 8 aprile 2010, Pres. Nora, est. De Simone, in www.ilcaso.it

sottolineando come¹³², “...essendo attribuita esclusivamente ai creditori la valutazione di convenienza, con limitazione del cram down al solo caso di dissenso di una classe ... questa costruzione porta inevitabilmente alla formazione obbligatoria delle classi”, soluzione che tuttavia appare contraddittoria con il dato legislativo.

La dottrina, evidenziando come nelle prime pronunce giurisprudenziali non si parla di “obbligatorietà” sottolinea - al contempo - come non vi sia dubbio “... che la regola della maggioranza è tanto più tollerabile e può imporsi alla minoranza, quanto maggiore è la comunanza di interessi che spinge i creditori ad esprimere un voto, oltre che consapevole, non influenzato decisamente da fattori particolari, un voto, cioè, che non sia inquinato da vicende singolari”.

Seguendo tale linea interpretativa, si rileva inoltre come “... questo risultato si raggiunge soltanto se il creditore è chiamato ad esprimere il voto in un contesto di omogeneità di partecipazione al procedimento, perché solo in tal caso la decisione assunta dal singolo creditore si trasforma fisiologicamente in una decisione adottata nell’interesse di quel gruppo di creditori”, osservando, tuttavia, come “...il passaggio da questa impostazione alla obbligatorietà della formazione delle classi lì dove i creditori aventi identica posizione giuridica abbiano una posizione economica diversa, è automatico perché - tranne l’ipotesi teorica che i creditori chirografari, che si trovano tutti nella medesima posizione giuridica di parità di trattamento, siano accomunati dagli stessi interessi economici - soltanto attraverso la formazione delle classi si può tendere ad attuare la più completa omogeneizzazione tra gli interessi economici di costoro”.

Appare pertanto evidente anche a chi sostiene l’impossibilità di “imporre” le classi, come tale strumento sia essenziale al fine di attribuire trasparenza alla votazione dei creditori e giustifica l’applicazione del principio di maggioranza ad un’ipotesi di “comunione forzosa”.

Per alla luce di tali indicazioni gli interpreti che si oppongono all’intervento del Tribunale in tema di formazione delle classi osservano come il Legislatore si sia mosso in una

¹³² Cfr. Bozza, op. cit. , pag. 424 ss.

direzione completamente diversa, “.... che e` quella di lasciare la piu` ampia liberta` al debitore proponente di formare o non le classi, che diventano obbligatorie soltanto in casi determinati, e di utilizzare per la suddivisione dei creditori i criteri piu` disparati, con un controllo non penetrante da parte del giudice, limitandosi ad offrire una tutela giurisdizionale al creditore dissenziente a salvezza della tenuta costituzionale del sistema”.¹³³

Sulla base del presupposto normativa, ad avviso di tale dottrina risulta evidente come la formazione delle classi viene in tutte le norme che ne parlano “... considerata come una eventualita` e non come una costante.”.

In tale prospettiva la norma comporterebbe l'impossibilita` di trattamenti differenziati fra creditori che fanno parte di una stessa classe, ma non impedirebbe di riservare lo stesso trattamento a creditori che appartengono a classi differenti.¹³⁴

Aderendo a tale soluzione interpretativa, la verifica da parte del Tribunale dell'omogeneita` giuridica delle classi di creditori conoscerebbe evidenti limiti fissati dallo stesso Legislatore e “...si trasforma in un controllo del rispetto dell'ordine delle prelazioni”, mentre la verifica della omogeneita` economica diventa molto piu` complessa in quanto la valutazione della correttezza della formazione delle classi sotto il profilo della omogeneita` degli interessi economici non e` ancorata ad alcun parametro di riferimento. L'impossibilita` di configurare un potere piu` penetrante in capo al Tribunale in caso di formazione di classi, deriverebbe, pertanto, proprio dalla carenza di precise indicazioni legislative, in quanto il Tribunale, per esercitare quel controllo che dovrebbe assicurare la tenuta del principio su cui si fonda la obbligatoriet` della formazione delle classi (ossia la

¹³³ Cfr. Bozza, op. ult. cit. pag. 425. Secondo il citato autore, che si esprime chiaramente in senso contrario alla obbligatoria formazione delle classi, “... l'art. 160 l.fall. dispone che il piano “puo` prevedere” tra l'altro, “la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei”; l'art. 163 attribuisce al tribunale il potere di valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi «ove siano previste diverse classi di creditori»; l'art. 177 prevede, ai fini della formazione delle maggioranze, che “ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato e` approvato... “; l'art. 182ter, nella sua attuale versione (dopo le modifiche apportate dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con ulteriori modifiche nella L. 28 gennaio 2009 n. 2), dispone che “se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non puo` essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari, ovvero, nel caso di suddivisioni in classi, dei creditori rispetto ai quali e` previsto un trattamento piu` favorevole».

¹³⁴ Cfr. Sacchi, Concordato preventivo, conflitto di interessi op. cit. pag. 30.

massima omogeneità tra i creditori appartenenti alla stessa classe), “... dovrebbe avere un potere di intervento e di verifica a tutto campo della omogeneità”.¹³⁵

Ma il “potere” della cui sussistenza la citata dottrina si interroga non sarebbe configurabile sulla scorta di alcuna considerazioni in punto di diritto puntualmente illustrate.

In primo luogo, perché “...l’art. 163 non attribuisce al giudice un controllo di merito sui metodi di formazione delle classi, bensì un giudizio sulla correttezza dei criteri utilizzati, ne’ richiede, a differenza dell’art. 124, lett. b), che chi propone il concordato debba indicare le ragioni del trattamento differenziato dei creditori. In altre parole il Legislatore avrebbe attribuito all’Autorità Giudiziaria, un mero controllo di legalità in quanto, pur nell’anomalia di stabilire un controllo di correttezza senza ulteriori riferimenti, il termine utilizzato (correttezza) evoca un raffronto di corrispondenza delle scelte a determinati parametri, ma non consente di entrare nel merito delle scelte effettuate dal debitore; idea rafforzata dal fatto che la norma precisa che il giudice non deve valutare la correttezza delle scelte, ma dei criteri, ossia dei principi che il debitore ha seguito nel formare le classi”.¹³⁶

A ciò si aggiunga una considerazione di ordine letterale da un lato e pratico dall’altro: secondo il citato autore il novellato art. 161, nell’indicare la documentazione che il debitore è tenuto ad allegare al ricorso, “... non solo non chiede un elenco dei creditori aventi garanzie sul patrimonio di terzi, ma, anzi, pone in evidenza come il rapporto preso in esame sia soltanto quello tra debitore e creditori, tant’è che impone (lett. c) di presentare un elenco nominativo dei creditori, integrato dall’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, evidentemente nei confronti del debitore concordatario; ed ancor più chiaro è l’esclusivo riferimento ai rapporti diretti tra creditori e debitore nella lett. d), che dispone di presentare l’elenco dei titolari dei diritti non solo reali, ma anche personali, sui beni in proprietà e in possesso del debitore”.¹³⁷ La dottrina citata sottolinea poi come

¹³⁵ Cfr. Bozza, op. cit. pag. 427.

¹³⁶ Cfr. Bozza op. cit. pag. 427.

¹³⁷ Cfr. Bozza, op. cit. pag. 427. Evidenzia il citato autore come “... soltanto nelle società di persone la norma citata richiede la indicazione del valore dei beni e dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili e ciò non perché il concordato si estenda ai soci o per

“...nessun accenno alle garanzie di terzi e` contenuto nell’art. 171 nella parte in cui prevede la comunicazione ai creditori della data di convocazione e delle proposte del debitore, per cui neanche dopo l’apertura del concordato e` considerata l’ipotesi che il commissario chieda ai creditori di esporre le garanzie di cui gode”.

Da ultimo si aggiunge- acutamente - la considerazione pratica circa l’oggettiva difficoltà di tale accertamento, non essendo sempre possibile ottenere dal creditore documentazione che riguarda i rapporti fra il creditore ed i terzi (si pensi all’ipotesi in cui l’eventuale garanzia in favore del creditore sia stata rilasciata da un parente o da un amico del debitore che propone il concordato) sottolineando come “... una volta intrapresa questa strada, il giudice non debba fermarsi all’accertamento dell’esistenza di garanzie reali e personali rilasciate dai terzi, ma debba indagare ulteriormente sulla tenuta e sicurezza che dette garanzie offrono, la cui pari consistenza soltanto puo` assicurare la omogeneita` tra le posizioni dei garantiti”.

La dottrina¹³⁸ contraria alla tesi dell’obbligatoria formazione di classi evidenzia, comunque, come il primo dato in contrasto con tale soluzione è quello letterale. L’art. 160 l.fall. dispone che il piano “può prevedere” tra l’altro, “la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei”; l’art. 163 attribuisce al tribunale il potere di valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi “ove siano previste diverse classi di creditori”; l’art. 177 prevede, ai fini della formazione delle maggioranze, che “ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato...”; l’art. 182 ter, nella sua attuale versione (dopo le modifiche apportate dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con ulteriori modifiche nella L. 28 gennaio 2009 n. 2), dispone che “se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari, ovvero, nel caso di suddivisioni in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più

formare classi differenziate tra creditori, ma per porre i creditori sociali nella condizione di valutare la convenienza del concordato della società nella prospettiva dell’alternativa fallimentare che coinvolge anche i patrimoni dei soci e i creditori particolari”.

¹³⁸ Cfr. Bozza, op. cit. pag. 425.

favorevole”.

Pertanto, secondo tale dottrina “... se nelle prime norme richiamate il dato letterale può essere considerato una semplice forma espressiva priva di significato ermeneutico (tra l’altro la tecnica di redazione di molte disposizioni riformate appare approssimativa e quindi non si può fondare una interpretazione sicura della norma trovando appigli semantici nell’uso delle parole), va, però, sottolineato che nell’art. 182 ter il Legislatore configura entrambe le ipotesi: che i debitori chirografari non siano divisi in classi, nel qual caso i crediti oggetto della transazione fiscale devono essere trattati in un modo, o che lo siano, nel qual caso il trattamento è diversa, dando l’idea inequivoca della facoltatività della formazione delle classi”.¹³⁹

Secondo altra dottrina, invece non sussiste alcun “... rischio davvero serio che in questo *squeeze* della classe “degli indiani” si concretizzi un effettivo abuso, dato che la classe dissenziente potrà adire il Giudice mediante il *cram down*, e chiedere che si verifichi che la percentuale offertale è in realtà «punitiva», perché ci sarebbero «alternative concretamente praticabili». Se il Tribunale condividerà le critiche degli «indiani», il concordato sarà rigettato; altrimenti il Giudice verificherà che l’opposizione degli stessi è fondata su motivi futili, sterili, su una prospettazione irrazionale o poco perspicua; in breve, che il dissenso aveva natura «strategica» od «emulativa» (volendo presumere la razionalità degli agenti), per cui non si può restituire l’efficacia di arrestare il procedimento”. Pertanto, anche secondo tale dottrina il “correttivo” contro i possibili abusi del debitore nella formazione delle classi sarebbe costituito non dall’intervento del Tribunale, bensì dalla tutela che lo stesso organo giudiziario può apprestare al creditore dissenziente in sede di omologa”.¹⁴⁰

Pur non condividendo tale impostazione per le ragioni già indicate, soprattutto perché in assenza di classi di creditori non potrà (formalmente) ritenersi legittimato all’opposizione il creditore dissenziente, siamo tuttavia concordi con tale autore nel momento in cui lo stesso, molto realisticamente, afferma che anche la “imposizione” di classi da parte del Tribunale non è

¹³⁹ Cfr. Bozza, op. cit. passim.

¹⁴⁰ Cfr. Galletti, op. cit. pag. 357.

sufficiente a tutelare i creditori deboli e non costituisce uno strumento di tutela risolutivo.

Infatti, essendo praticamente infinite sono infatti le “variabili di classificazione”, tutte idonee a fondare un “classamento”, fra cui si ricordano “... le dimensioni del creditore, del credito, l'interesse a proseguire le relazioni commerciali con il debitore, la soggezione ad azioni di massa fallimentari”¹⁴¹, è ben possibile che il debitore che voglia strumentalizzare le maggioranze all'approvazione del concordato, aderisca all'invito del Tribunale per poi strutturare il concordato creando diverse classi dall'ambito dei creditori che hanno dimostrato di essere favorevoli alla proposta, relegando gli eventuali dissenzienti in una apposita classe.

Ciò dimostra come il controllo del Tribunale sia indispensabile.

Pertanto ben si può “trasformare” una maggioranza “di capitale” in caso di concordato monoclasse, in una maggioranza preconfezionata in caso di concordato pluriclasse in cui la maggioranza delle classi sia già favorevole alla proposta.

Va da ultimo ricordato che in una prospettiva critica alla formazione obbligatoria di classi, parte della giurisprudenza ha evidenziato come “... la suddivisione di una platea di soggetti al loro interno corrisponda alla vocazione di tutelarli non sembra trovare molti riscontri nell'ordinamento; anche nel caso dell'art. 2376 c.c. la creazione dell'assemblea speciale degli azionisti serve non già a tutelare meglio questi ultimi, bensì a facilitare l'approvazione della decisione assembleare, che modifica i diritti speciali della categoria azionaria, e dovrebbe altrimenti conseguire l'adesione di ogni singolo socio inciso.

L'ultimo degli inconvenienti che si vogliono rinvenire alla tesi della formazione delle classi obbligatorie, e consistente nell'

¹⁴¹ Cfr. Galletti, *Classi obbligatorie*, cit., pag. 358 ove si osserva che “... la configurazione di due classi, ad es., è soluzione operativa che sfiora il demenziale, nella prospettiva esaminata, ed in misura minore anche la configurazione di un numero pari di classi; eppure non vi è un divieto normativo di strutturare il numero delle classi in modo da porsi nell'impossibilità (o nella grave difficoltà) di conseguire la maggioranza delle stesse. Allo stesso modo, può darsi che, sia pur per motivi e con motivazioni interiori diversi, per due o più classi sia possibile ottenere il risultato mediante l'offerta della medesima percentuale (perché l'utilità marginale, al di là delle differenze, viene percepita in modo simile). Non credo che sarebbe precluso al debitore di inserire tutti i creditori così caratterizzati in un'unica classe, dato che la loro propensione al voto è in fondo identica, sicché la loro introduzione in unica classe sarebbe comunque «corretta»

l'invasione inevitabile della sfera di privacy dei creditori, ci appare facilmente superabile, anche se, come già osservato, l'osservazione appare più fondata quanto si rifletta sulla possibilità (o forse impossibilità) di controllo del Tribunale in caso di risposta negativa al quesito sul rilascio di garanzie, o in caso di mancata risposta. Riteniamo condivisibile tale soluzione in quanto una volta accertato il rilascio di garanzie in favore di alcuni creditori (e quindi una situazione tipo di disomogeneità) il Tribunale non può limitarsi a prendere atto che un creditore è garantito da una fideiussione ed altro, posto nella stessa classe, ne sia privo perché bisognerebbe accertare la consistenza patrimoniale del fideiussore; oppure, al contrario, non si potrebbe accontentare del fatto che due creditori collocati nella stessa classe siano entrambi garantiti da fideiussione, perché solo dopo una indagine sui patrimoni dei due fideiussori si potrebbe sapere se entrambi i creditori sono garantiti allo stesso modo, tanto da farli considerare trovarsi in una situazione di omogeneità economica. Il discorso vale anche per le garanzie reali, perché, ad esempio, anche in caso di più creditori chirografari verso il debitore concordatario ma garantiti da ipoteca sullo stesso immobile di un terzo estraneo, bisognerebbe fare una stima del bene gravato per sapere se il creditore di secondo grado abbia le stesse possibilità di soddisfazione di quello di primo grado, tanto da poter essere collocati entrambi nella stessa classe, ovvero, se collocati in classi diverse, se l'ipotecario di secondo grado abbia o non abbia capienza, per cui non possa essere soddisfatto come il creditore di primo grado; con la possibilità, anzi necessità, di estendere la stima anche a più beni, ove due o più creditori abbiano ipoteca dello stesso grado, ciascuna iscritta su beni diversi sempre di terzi, sia che siano collocati nella stessa classe che in classi diverse, non essendo rilevante a differenziare la posizione economica degli stessi la diversità dei beni ma le prospettive del ricavo".¹⁴²

Come già evidenziato, indubbiamente questi "problemi pratici" hanno caratterizzato le prime interpretazioni

¹⁴² Cfr. Bozza, op. cit. pag. 427, secondo cui "...pare illusorio pensare che ciascun creditore possa esprimersi non in senso egoistico ma nell'interesse dell'intera comunità dei creditori tra loro omogenei garantendo quella imparzialità della valutazione della convenienza del concordato che in passato offriva la valutazione dell'autorità giudiziaria, giacché i creditori si trovano fisiologicamente in situazione di conflitto fra loro, che può indubbiamente diminuire quanto più spinta è l'omogeneizzazione, ma non può mai essere eliminato".

giurisprudenziali.

Da parte di altri autori¹⁴³, pur dando atto della difficoltà di individuare un concetto uniforme di “interesse economico omogeneo” stante l’assoluto silenzio legislativo, si è in ogni modo osservato come le decisioni da parte dei creditori nell’ambito del concordato preventivo “... sono assunte in forza del principio di maggioranza e, se anche il sistema non presuppone dei presidi a tutela delle minoranze, cioè non significa che possa esserne messa in discussione la premessa. Pertanto s’impone soltanto accertare che sussista una comunanza di interessi tra i componenti dell’organizzazione, che siano previsti dalla maggioranza limiti inviolabili per i diritti individuali e che il voto venga esercitato correttamente. Ne’ si potrebbe sostenere, per invalidare il principio di maggioranza, che il gruppo dei creditori riveste interessi non omogenei, perché a questo rilievo si è replicato che, pur in presenza di differenti modalità di espletamento delle operazioni patrimoniali all’interno della procedura concorsuale, rispetto a qualsiasi altra organizzazione collettiva, non si giungerebbe mai ad assoggettare alla regola della maggioranza i diritti dei creditori, il loro trattamento e la loro graduazione”.¹⁴⁴

La critica alla formazione obbligatoria delle classi è passata anche analizzando la *ratio* della medesima.

In dottrina si è infatti affermato che¹⁴⁵ “... che le classi non costituiscono uno strumento di tutela del creditore, ma un’agevolazione concessa al debitore al fine di facilitare l’approvazione del concordato” evidenziando - a sostegno di tale affermazione che “... in un piano senza classi, pur con votazione a maggioranza, il ricorrente dovrebbe convincere tutta la platea dei creditori chirografari della bontà dell’offerta, in modo da conseguire un numero di voti sufficienti ad ottenere l’approvazione del concordato”.

Si è pertanto segnalato che “... le asimmetrie informative che regnano anche nell’ambito dei creditori rispettivamente fra di loro, e soprattutto le differenti prospettive di propensione e di avversione al rischio, farebbero sì che, inevitabilmente, l’offerta verrebbe ritenuta troppo bassa da alcuni. Ciò costringerebbe il debitore ad elevare la percentuale, erogando anche ai più propensi al rischio una somma superiore a quella che accetterebbero (adverse selection). In un mondo di risorse

¹⁴³ Cfr. Lo Cascio, Le nuove procedure di crisi, op. cit. pag. 999.

¹⁴⁴ Cfr. Lo Cascio, op. ult. cit. pag. 999; Stanghellini, Creditori “forti e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 377.

¹⁴⁵ Cfr. Galletti, classi obbligatorie? No grazie, in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag. 357.

illimitate ciò forse consentirebbe ugualmente di raggiungere il risultato; ma nell'ambito del concordato preventivo le risorse sono limitate, e drammaticamente, per definizione”¹⁴⁶

Questa sarebbe, in definitiva, secondo tale dottrina, la *ratio* (eventuale) suddivisione dei creditori in classi: “.... non per «buonismo», il Legislatore ha consentito di suddividere il ceto creditorio secondo criteri omogenei, inerenti se si vuole alla «categoria di appartenenza dei creditori» ossia alla maggiore o minore propensione di ciascuno ad aderire alla soluzione concordataria; il ricorrente potrà infatti solo in tal modo proporre “trattamenti differenziati”, che raggiungano l'utilità marginale di ciascuna classe. O meglio, di quasi tutte le classi, perché è quasi inevitabile che nell'ambito di una o più classi sia marginalizzato il dissenso “radicale”, quello che non potrebbe essere “acquistato” comunque ad un costo accettabile: a costoro sarà allora offerta una percentuale senz'altro inferiore all'utilità marginale “percepita”. Si evidenzia, in definitiva come la creazione in classi costituisca una “comodità” per il debitore, il quale in tal modo “.... intercetta le differenze reali fra i creditori, e le loro motivazioni interiori rispetto alla proposta concordataria; ma questo avviene non per tutelare meglio i creditori, bensì per strutturare un procedimento decisionale che consenta di approdare ad un risultato positivo”.

A nostro avviso anche tale soluzione - seppure ampiamente motivata - si caratterizza per un eccessivo ottimismo e per una non sempre ben riposta fiducia nei confronti dei debitori, in quanto, si sottovaluta il fatto che in alcuni casi – cioè in quelle ipotesi in cui si sia già raggiunto un accordo con la maggioranza dei creditori (i quali si determinano ad esprimere il proprio consenso per non subire azioni revocatorie o perché hanno ricevuto garanzia collaterali da parte di terzi – il creditore non ha alcun interesse a formare le classi dei creditori, per non sottoporsi al vaglio decisionale del Tribunale in ordine alla sussistenza dei criteri di omogeneità economica e giuridica delle classi e per non alterare le maggioranze già raggiunte. Del resto, realisticamente, in dottrina sin sono plasticamente esemplificate alcune fattispecie di possibile abuso da parte del debitore nell'ambito del concordato preventivo fra cui rientra, anche la

¹⁴⁶ Cfr. Galletti, op. ult. cit. passim.

non formazione di classi pur sussistendone i presupposti.

Si è infatti detto "...¹⁴⁷ che viene in rilievo l'esigenza di evitare che l'applicazione dell'istituto delle classi possa dar luogo ad una non corretta applicazione del principio maggioritario e, in particolare, ad una sopraffazione di alcuni creditori ai danni di altri.

Ciò potrebbe verificarsi, secondo la dottrina¹⁴⁸ con le seguenti modalità: "... in primo luogo, il debitore potrebbe procedere alla individuazione di un corretto criterio per la formazione delle classi, ma procedere ad un'applicazione di tale criterio in modo errato, con conseguente inclusione di uno o più creditori in una classe diversa da quella cui, per caratteristiche del credito e/o qualità soggettive, avrebbero diritto ad essere inseriti. In questo caso, il rimedio è rimesso all'iniziativa dei creditori interessati mediante opposizione all'omologazione. In secondo luogo, la proposta potrebbe prevedere la formazione di classi secondo criteri non espressivi dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei crediti presi in considerazione: il rimedio a tale abuso è affidato sia al rilievo, anche officioso, dell'autorità giudiziaria, già nella fase di ammissione alla procedura, sia all'opposizione dell'interessato all'omologazione, fermo restando il potere del creditore appartenente alla classe dissenziente di adire l'autorità giudiziaria per la valutazione sulla convenienza della proposta. Analoga tutela è prevista anche per l'ipotesi, che della precedente costituisce una esplicazione, della artificiosa parcellizzazione delle classi, ossia della formazione di una molteplicità di classi, senza che ne sussistano i presupposti, al fine di conseguire il voto maggioritario delle classi" Infine, un'ultima modalità attraverso la quale può realizzarsi una condotta abusiva del proponente è costituita dalla mancata formazione delle classi qualora vi sia disomogeneità di posizione giuridica e/o di interessi economici tra i creditori. Tale modalità risulta particolarmente insidiosa per i creditori in quanto li esporrebbe al duplice pregiudizio dell'alterata applicazione della regola della maggioranza e della privazione della facoltà di azionare il *test* di convenienza, apparentemente riservato solo in presenza di un concordato articolato per

¹⁴⁷ Cfr. Catallozzi, op. cit. pag. 589.

¹⁴⁸ Cfr. Catallozzi, op. cit. pag. 589.

classi”.¹⁴⁹ In buona sostanza riteniamo che il reale pericolo (anche se non è il solo) per i creditori “deboli” sia costituito dalle fattispecie di concordato senza classi, in presenza di creditori non omogenei (si pensi al caso di creditori chirografari di scarso peso quali i fornitori e creditori con diversa valenza ad es. le banche che hanno ottenuto garanzie da parte dell’imprenditore o di terzi); tale situazione favorisce la stipulazione di accordi preventivi al voto e quindi rende inutile l’attività istruttoria del Commissario giudiziale e di controllo del Tribunale, oltre a pregiudicare fortemente gli interessi economici dei creditori “deboli”, i quali dovranno accettare il pagamento percentuale di una percentuale imposta da coloro che – peraltro – possono contare (eventualmente) anche sul ricavato delle garanzie collaterali concesse dall’imprenditore.

In buona sostanza – quello sopra rappresentato integra una fattispecie di concordato stragiudiziale che - tuttavia - produce i suoi effetti vincolanti anche nei confronti di coloro che non aderiscono o sono contrari all’accordo.

Peraltro, a questi ultimi, in mancanza della formazione delle classi, si rende impossibile consentire di proporre opposizione ex art. 180 l.f. in sede di omologazione del concordato.

Riteniamo, pertanto di non condividere la soluzione cui è giunta la citata dottrina che non vede nel classamento uno strumento di tutela dei creditori deboli.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cfr. Catalozzi, op. cit. pag. 589.

¹⁵⁰ In tal senso si esprime Galletti, passim. Il citato autore parla classifica la possibilità di classamento obbligatori come “teoria eversiva”, evidenziando come “... la teoria che fonda l’obbligatorietà del classamento non pare peraltro poter sfuggire ad alcune evidenti contraddizioni. Si asserisce di voler così ampliare il controllo del Tribunale sulla discrezionalità di cui gode il debitore nella redazione della domanda, ma in realtà le differenze “economiche” fra i creditori, qualunque sia la prospettiva prescelta, sono talmente estese, che l’esito inevitabile di tale processo ermeneutico sarebbe la formazione di una classe per ciascun creditore ⁽²⁶⁾, nella migliore delle ipotesi, oppure la redazione della domanda da parte del Giudice, il quale solo potrebbe trasfondere nel piano la propria idea di “razionalità” economica della suddivisione; con quale sacrificio dei valori di terzietà ed imparzialità è facile intuirlo; difficile poi aspettarsi un controllo effettivo e penetrante da parte di un Giudice che ha partecipato attivamente alla stesura del piano concordatario, e che sarebbe portato naturalmente a “difenderlo”. Praticamente infinite sono infatti le “variabili di classificazione” idonee a fondare un classamento le dimensioni del creditore, del credito, l’interesse a proseguire le relazioni commerciali con il debitore, la soggezione ad azioni di massa fallimentari, etc. etc. Sparirebbero poi i concordati privi di classe, nonostante la legge menzioni varie volte la presenza delle classi come “eventuale”. Analoga valutazione sembra meritare l’assunto per cui anche nei concordati “senza classi” in realtà sarebbe presente una “classe unica”.

A nostro avviso, al contrario, la possibilità di un classamento obbligatorio o l'invito al debitore di predisporre le classi in caso in cui si ravvisino nell'ambito del ceto creditori disomogeneità economiche o giuridiche che renda in configurabile una "classe unica" (secondo l'impostazione del Tribunale di Monza), consente di equiparare i creditori "forti" (già costituiti in maggioranza) a quelli "deboli" (i quali formeranno una autonoma classe) consentire a questi ultimi di esprimere il loro dissenso sia attraverso il voto, sia, soprattutto in sede di udienza di omologazione del concordato ai sensi dell'art. 180 l.f. proponendo una opposizione formale.

14. Le soluzioni giurisprudenziali

Il problema della importanza del rispetto del criterio di "interesse economico omogeneo" che deve caratterizzare i creditori componenti ciascuna classe e delle conseguenze ad esso collegate in ordine all'applicazione del principio di maggioranza, è stato ben colto da parte della giurisprudenza di merito, la quale, - al tempo stesso - ha fornito una lettura condivisibile del concetto di "omogeneità" degli interessi economici.

Da parte del tribunale di Milano¹⁵¹, dopo aver dato atto che l'art. 160, primo comma lett. c) l.fall., prevede che la suddivisione dei creditori in classi deve essere improntata ai criteri dell'omogeneità della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici - si è "... rilevato che la natura chirografaria dei crediti integra il requisito dell'omogeneità di posizione giuridica ma non è di per sé sufficiente a dimostrare l'omogeneità degli interessi economici"; si è quindi affermato che "... l'interesse economico del creditore debba essere necessariamente valutato in concreto e che in questa prospettiva si debba valutare la posizione di ciascun creditore non solo nell'ambito del rapporto bilaterale con il debitore ma anche con riferimento all'esistenza di garanzie esterne".

Inoltre, evidenziando come sul piano dell'interesse

¹⁵¹ Cfr. Tribunale di Milano, 4 dicembre 2008, Pres. Galioto, est. Fontana, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 423, nonché in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag. 332 ss., con nota critica di Galletti, *Classi obbligatorie? No grazie!* *ivi*, 343 ss.

economico, che attiene alle concrete possibilità di soddisfacimento del creditore, rapporto principale e rapporto accessorio di garanzia rappresentino un unicum”, si è affermato che “... l’espunzione dell’esistenza delle garanzie dalla valutazione dell’interesse economico del creditore pregiudicherebbe sostanzialmente la funzione di questo requisito, ulteriore rispetto a quello dell’omogeneità di posizione giuridica, in quanto consentirebbe l’inserimento in un’unica classe di creditori con diverse prospettive di soddisfacimento dei propri crediti con conseguente alterazione della genuinità del meccanismo di formazione della volontà della maggioranza all’interno della classe, soprattutto laddove i creditori con garanzie esterne risultassero titolari dei crediti di più rilevante entità”.

Da parte della stessa giurisprudenza si è poi ricordato che è stata “... sottratta al tribunale ed attribuita esclusivamente ai creditori la valutazione di convenienza con limitazione del cram down al solo caso di dissenso di una classe, e quindi, è diventata “... essenziale, nell’ipotesi in cui il creditore abbia scelto di suddividere i creditori in classi, che effettivamente ciascuna classe sia formata da creditori che si trovino in una posizione omogenea sotto il profilo del giudizio di convenienza, apparendo di tutta evidenza come creditori con forti garanzie esterne, sia reali sia personali, possano essere sostanzialmente indifferenti rispetto al contenuto della proposta concordataria e possano, con il loro voto favorevole, pregiudicare il diverso interesse dei creditori non garantiti”.

Opportunamente evidenzia il Tribunale milanese, come “... affinché possa essere valutata adeguatamente la correttezza della formazione delle classi, il quadro conoscitivo a disposizione del tribunale debba essere integrato con informazioni puntuali sull’eventuale esistenza e natura di garanzie rilasciate a favore di creditori della società”.

Lo stesso Tribunale di Milano ha confermato la linea interpretativa sopra indicata con il decreto dell’ 8 gennaio 2009¹⁵²; nell’esame del caso concreto si è affermato che “... i

¹⁵² Cfr. Tribunale Milano, decr. 8 gennaio 2009, Pres. Galioto, est. Fontana, cit. La soluzione proposta da parte del Tribunale di Milano è stata oggetto di critica da parte di Ambrosiani, Il controllo giudiziale sull’ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. 197/2010, osservando come “... La presa di posizione

criteri della suddivisione in classi appaiono corretti, considerato in particolare che, pur prevedendosi un identico trattamento, banche e fornitori sono stati inseriti in classi diverse, risultando così rispettato il fondamentale criterio (nella prospettiva della genuinità del processo di formazione della volontà maggioritaria all'interno delle classi) dell'omogeneità degli interessi economici tra i componenti di ciascuna classe (dovendosi osservare, a conferma della necessità della correzione apportata rispetto all'originaria soluzione dell'unica classe per tutti i creditori chirografari, che la diversa natura dell'attività finanziaria rispetto all'attività di fornitura di beni o servizi, la connessa diversa propensione al rischio che l'esercizio delle due attività

dei giudici ambrosiani, indubbiamente interessante e innovativa, appare improntata alla commendevole finalità di rendere effettiva la tutela dei creditori dell'impresa in concordato (specie di quelli considerati "deboli") e di prevenire comportamenti "abusivi" da parte della maggioranza. Sembra nondimeno a chi scrive (pur dovendosi riconoscere che il problema merita maggior approfondimento) che lo scrutinio giudiziale, anche secondo quella che parrebbe essere l'intentio del legislatore della riforma⁴⁶, debba appuntarsi sulla composizione e sulle caratteristiche del ceto creditorio, prescindendo dall'esistenza di rapporti di singoli creditori con soggetti terzi rispetto al debitore. L'eventualità che la maggioranza dei creditori chirografari sia costituita da banche munite di garanzie collaterali rappresenta una circostanza accidentale, di per sé inidonea a dare ingresso a interventi giudiziali orientati ad una "riconfigurazione forzosa" della suddivisione in classi. D'altra parte, la ragione per cui le banche garantite aliunde votino (in ipotesi) a favore del concordato appare sussumibile nella categoria dei motivi che hanno condotto alla conclusione del contratto, notoriamente irrilevanti se non illeciti e comuni ai paciscenti (art. 1345 c.c.). Senza dire che, come l'esperienza insegna, le banche non sono di regola indifferenti alla misura del soddisfacimento in sede concordataria, specie quando l'escussione delle garanzie collaterali presenta a sua volta qualche "criticità" (come, ad esempio, nel caso di immobili ipotecati il cui valore o la cui vendibilità risultino incerti). Il che dovrebbe far ritenere che l'interesse delle banche, lungi dal porsi "ontologicamente" in conflitto, finisca normalmente per coincidere, al postutto, con quello dei creditori privi di garanzie concesse da terzi. Deve pertanto convenirsi, in definitiva, con quella dottrina che ritiene che, "nella fase iniziale della ammissione alla procedura, il giudice non possa svolgere alcuna ulteriore indagine rispetto a quella documentale e, tanto, possa, di sua iniziativa, modificare le classi predisposte dal debitore" In linea più generale, ad ogni modo, sembra potersi dubitare dell'esistenza, nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, di un "principio immanente" imperniato sul divieto di conflitto d'interessi⁴⁸, considerato che non vi è, de jure condito, una disposizione di questo tenore, limitandosi l'art. 177, u.c., a far riferimento, ai fini dell'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze, a coniuge, parenti e affini del debitore, nonché a cessionari o aggiudicatari di crediti di costoro da meno di un anno prima della proposta di concordato, senza far menzione della situazione di conflitto d'interessi (di cui parla invece ex professo, ad esempio, il secondo comma dell'art. 28). Né paiono ricavabili elementi di segno opposto da quanto previsto in tema di mercato di voto dall'art. 233, stante oltre tutto l'impossibilità di ricorrere all'analogia in materia penale, secondo quanto stabilito dall'art. 14, disp. gen., c.c.". Critico sulla soluzione milanese appare Bozza, La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo, cit., 424-425), mentre in senso adesivo si è invece espresso Fabiani, Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati, ivi, 437 ss.

sottende, la evidente maggiore capacità dei soggetti che esercitano l'attività finanziaria ad ottenere garanzie personali o reali e la circostanza che la remunerazione delle diverse tipologie di operazioni finanziarie è determinata essenzialmente proprio in ragione della diversa incidenza del rischio d'insolvenza, sono elementi che differenziano nettamente sul piano della posizione economica le due categorie di soggetti, anche quando i rispettivi crediti hanno tutti natura chirografaria) “.

Nello stesso senso del Tribunale di Milano si è pronunciato anche il Tribunale di Piacenza in presenza di un concordato c.d. “monoclasse” in cui cioè vengono delineati solo creditori chirografari (cui viene offerto il pagamento percentuale) da un lato e creditori privilegiati dall'altro.

Da parte del Tribunale emiliano si è esaminata una fattispecie in cui la proposta di concordato prevedeva la cessione di tutti i beni costituenti il patrimonio sociale, in modo da consentire il pagamento delle spese di procedura e di quelle in prededuzione, nonché il pagamento integrale dei creditori privilegiati (con privilegio speciale o generale) ed il pagamento dei creditori chirografari nei limiti del residuo disponibile.

Nel caso specifico la proposta conteneva unicamente una previsione circa la possibilità di soddisfare i creditori chirografari mediante la liquidazione dei beni sociali indicando una percentuale di pagamento significativamente diversa da quella stimata nella relazione del professionista sulla fattibilità del piano ex art. 161 co.3 l.f. (con esclusione di qualsiasi obbligo in ordine all'effettivo pagamento dei creditori chirografari, essendosi espressamente precisato che detta previsione non costituiva una promessa concordataria alla quale il proponente intendeva obbligarsi).

Il Tribunale piacentino, dopo aver evidenziato che la proposta di concordato non prevedeva la suddivisione in classi dei creditori né un trattamento differenziato tra i creditori chirografari, fossero essi gli istituti di credito (per i crediti non garantiti da mutui ipotecari) ovvero i fornitori della società proponente, ha osservato che tali creditori, pur avendo identica posizione giuridica, conseguente alla natura chirografaria dei crediti, potrebbero avere una diversa posizione economica, in relazione all'effettiva possibilità di soddisfacimento dei rispettivi crediti, in grado di condizionare la stessa valutazione di

convenienza del concordato, ormai rimessa in via esclusiva al ceto creditorio.

Sulla scorta di tale considerazione il Tribunale di Piacenza ha ritenuto che fosse necessario “... assicurare a tutti i creditori chirografari la pertinente valutazione di competenza circa la convenienza della proposta concordataria, soprattutto in relazione all’indeterminatezza della prospettiva di soddisfacimento del loro credito, risulti opportuno garantire una compiuta e trasparente informazione in ordine all’eventuale sussistenza di garanzie esterne, di natura reale o personale, da chiunque rilasciate in favore di alcuni creditori chirografari”, mediante l’acquisizione di “...informazioni circa l’eventuale esistenza di garanzie rilasciate da terzi in favore dei creditori chirografari della società debitrice, in modo da permettere l’esercizio dei poteri di controllo spettanti al Tribunale in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo”.

Pertanto utilizzando lo strumento della richiesta di integrazioni al piano concordatario previsto dall’art. 162 l.f., si è invitato il debitore a presentare “... una relazione informativa circa l’eventuale sussistenza di garanzie esterne, di natura reale o personale, da chiunque rilasciate in favore di creditori chirografari della stessa società”.¹⁵³

¹⁵³ Cfr. Tribunale Piacenza, decreto del 21 maggio 2009, Pres. Picciau, est. Boselli, inedito, ove si invitava la società debitrice a depositare una relazione informativa circa l’eventuale sussistenza di garanzie esterne, di natura reale o personale, da chiunque rilasciate in favore di creditori chirografari della stessa società. In particolare da parte del Tribunale si evidenziava che “... la proposta di concordato non prevede la suddivisione in classi dei creditori né un trattamento differenziato tra i creditori chirografari, siano essi fornitori della società proponente ovvero erogatori del credito o di servizi finanziari, i quali, tuttavia, pur avendo identica posizione giuridica, conseguente alla natura chirografaria dei crediti, potrebbero avere una diversa posizione economica, in relazione all’effettiva possibilità di soddisfacimento dei rispettivi crediti, in grado di condizionare la stessa valutazione di convenienza del concordato, ormai rimessa in via esclusiva al ceto creditorio; ritenuto in particolare che al fine di assicurare a tutti i creditori chirografari la pertinente valutazione di competenza circa la convenienza della proposta concordataria, soprattutto in relazione alle possibili variabili cui è necessariamente soggetta la prospettiva di soddisfacimento del loro credito, risulta opportuno assicurare una compiuta e trasparente informazione in ordine all’eventuale sussistenza di garanzie esterne, di natura reale o personale, da chiunque rilasciate in favore di alcuni creditori chirografari, della società proponente; ritenuto pertanto che appare necessario acquisire informazioni circa l’eventuale esistenza di garanzie rilasciate dai soci o da terzi in favore dei creditori chirografari della società debitrice, in modo da permettere l’esercizio dei poteri di controllo spettanti al Tribunale in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, rappresentando fin d’ora l’esigenza di provvedere alla formazione di una o più classi, di creditori chirografari assistiti da garanzie collaterali, qualora effettivamente sussistenti, così da assicurare le condizioni di massima trasparenza per la libera

Un provvedimento che si colloca nella stessa linea interpretativa - ed anzi costituisce l'evoluzione delle soluzioni adottate dai tribunali sopra citati - è stato adottato anche dal Tribunale di Monza¹⁵⁴, il quale, dopo aver premesso che ... la riforma del concordato preventivo ha accentuato gli aspetti negoziali e contrattualistici dell'istituto, chiarendo nel contempo che lo stesso inteso come forma concordata di soluzione della crisi d'impresa può essere destinato a perseguire fini conservativi, attraverso la ristrutturazione del debito e la soddisfazione dei creditori con modalità alternative rispetto al pagamento (ed in tal senso la fantasia degli operatori potrebbe giungere ad elaborare soluzioni quali la creazione di *newco*, l'attribuzione di titoli di credito convertibili in partecipazioni ed altro) , o fini liquidatori, nel qual caso le finalità soddisfatorie si realizzano tramite pagamento in termini monetari”, rileva come “... nel primo caso la suddivisione in classi, che il debitore può operare, presenta, maggiore analogia con l'ipotesi del *chapter eleven* che ha fornito il modello al Legislatore, ed appare nel modello statunitense principalmente il mezzo per favorire il debitore consentendogli di superare il dissenso di alcuni creditori, nella soluzione liquidatoria le classi sono dalla dottrina più attenta avvertite come uno strumento anche di tutela dei creditori, che acquisiscono informazione piena e corretta e possono correlare la loro situazione a quella di creditori che si trovano in una posizione omogenea per interessi e per collocazione giuridica, orientando il proprio consenso in modo libero e informato”.

Sottolinea il Tribunale come, in caso contrario “.... non si comprenderebbe la *ratio* del potere che anche il decreto correttivo, che pur ha avuto l'accortezza di spazzare le ultime ingerenze non volute del potere giurisdizionale nella gestione della crisi (ritenuta tendenzialmente una questione privata tra creditori e debitore) ha mantenuto in capo al Tribunale di esaminare e censurare le suddivisioni in classi che siano finalizzate a inertizzare comunque il volere dei creditori, “annegando il dissenso” in modo artato (in proposito si veda in

determinazione di tutti i creditori in ordine alla valutazione del piano concordatario ...”. Cfr. altresì Trib. Piacenza, 13 gennaio 2010, Pres. Picciau, est. Bersani, in www.Giuremilia.it.

¹⁵⁴ Cfr. Tribunale Monza, 7 aprile 2009, Pres. Est. Palukowski, in *Giur. Comme.*, 2010, II, pag. 332 ss.

giurisprudenza il recente Trib. Milano. ord. 4 dicembre 2008, in corso di pubblicazione). In questa ottica che è tendenzialmente espansiva, perché è posta in una insopprimibile prospettiva di costituzionalizzazione, al fine di meglio giustificare la possibilità che la maggioranza vincoli la minoranza ad una scelta esdebitatoria o, peggio, nemmeno direttamente soddisfattiva in termini monetari, ma per “equivalente”.

Il Tribunale di Monza si interroga poi “...sulla portata e valenza della libertà, che apparentemente il Legislatore ha riconosciuto al debitore di dividere i creditori in classi a seconda delle proprie personali esigenze, per giungere a dare una interpretazione che assicuri innanzitutto una uguaglianza di trattamento del creditore e del suo dissenso dinanzi al Tribunale e soprattutto una uguaglianza di *chances* di libera formazione del proprio convincimento, al di là della legittima diversità di trattamento economico che il modello adottato consente fisiologicamente”.

La risposta a tale quesito, ad avviso del collegio monzese, è nel senso che il Legislatore ha voluto che il dissenso pesasse in proporzione alle dimensioni economiche dell’insoddisfazione di ciascuno, e, quindi, “... ha consapevolmente cercato di abbandonare una visione di uguaglianza che prescindesse dalla importanza del creditore, cercando inconsciamente delle giustificazioni nell’analisi economica del diritto. In realtà, però il fenomeno insolvenza continua a muoversi in un panorama costituzionale che è permeato dall’art. 3 e la funzione tutoria di controllo di legittimità che l’ordinamento non ha potuto togliere al Tribunale, nel momento in cui ha preteso di svolgere sotto la sua autorevole supervisione la procedura, non può essere soppressa quale funzione irrinunciabile di un organo di giustizia”.

L’interpretazione costituzionalmente orientata cui giunge il Tribunale lombardo è nel senso che anche quando apparentemente non vi siano classi nella proposta, ma una unica massa di fornitori chirografari, si deve ritenere che “... in realtà vi è una sola classe, colma di creditori di vario tipo” ed in tal caso, per la necessaria trasparenza dell’operazione concordataria si rende necessario “... procedere a suddividere i creditori chirografari (diretti o residui) in più classi, ad esempio al fine di evitare la commistione di interessi disomogenei, come quelli degli erogatori

del credito con quelli di altri fornitori di beni o servizi con i quali non è ricostruibile una posizione giuridica e soprattutto degli interessi economici omogenei (sia che essi posseggano garanzie collaterali, come spesso accade escludendo così l'uguaglianza della posizione economica all'interno della stessa classe sia che ciò sia per tutti o solo per alcuni, in quanto le asimmetrie informative, la posizione di potere nell'ordinamento, l'organizzazione stessa di tali soggetti esclude la comunità economico giuridica delle posizioni con altri tipi di creditori chirografari)".

Osserva ancora – condivisibilmente - il Tribunale di Monza che "... vi sono altre ipotesi, come quelle dei creditori privilegiati che siano stati declassati in tutto o in parte, il cui dissenso non può semplicemente "annegare" nel *mare magnum* di una sola mega-classe onnicomprensiva di chirografari. Si pensi al privilegiato il cui bene non sia capiente, asseritamente, oppure all'Erario cui si offre una percentuale assumendo che è maggiore di quella che avrebbe nell'esecuzione (in assenza di transazione fiscale che, ad avviso di questo collegio non è necessariamente obbligatoria nel concordato preventivo per ridurre la percentuale di soddisfazione del Fisco, se non si vuole ottenere la cessazione dei contenziosi e la cristallizzazione delle posizioni fiscali che sono effetti tipici dell'istituto) ed è innegabile che la posizione del Fisco non sia ontologicamente affine a nessun'altra, né giuridicamente né economicamente".

La conclusione è – pertanto – nel senso che il ceto creditorio "... è un complesso insieme di interessi diversi, spesso in conflitto tra loro, la cui gestione "in monte" finisce spesso per favorire il debitore personalmente rendendo più difficile il raggiungimento dello scopo della procedura che è ristrutturare il debito e soddisfare i creditori. Seppure il termine soddisfazione possa essere inteso in molte accezioni, non necessariamente monetarie, è indubbio che debba rispondere alla logica di appagamento di un interesse e perché ciò possa avvenire è necessario che ai creditori sia consentito di formare liberamente il consenso esprimendo, se del caso nel modo più completo e tutelato il proprio dissenso (anche attraverso l'opposizione che consenta però un riesame di convenienza della proposta tramite il *cram down*)".

Sulla scorta di tali considerazioni la giurisprudenza citata –

alla luce della tipologie di creditori presenti nel caso esaminato, molto opportunamente ha invitato il ricorrente a “...formare una classe omogenea di erogatori del credito (tutti, anche quelli dotati di garanzie, poiché la *disclosure* delle stesse, già effettuata correttamente dal debitore, consente di formare liberamente il convincimento anche agli altri soggetti appartenenti alla categoria ma non beneficiati), una classe dei privilegiati declassati e per i crediti fiscali incapienti, una classe residua di chirografari dotati di interessi omogenei”.¹⁵⁵

E’ evidente, in tal modo, la meritevole opera interpretativa del Tribunale¹⁵⁶ finalizzata ad una tutela effettiva del ceto

¹⁵⁵ Cfr. Tribunale Monza, cit.

¹⁵⁶ Da parte della dottrina, cfr. D’Orazio, Le classi obbligatorie e la questione di costituzionalità: brevi note, in *Giur. merito*, 2009, pag. 1897 ss, si parla interpretazione “costituzionalmente orientata” osservando come “...Il tribunale di Monza, quindi, ha tentato un approccio «morbido» con le norme di riferimento, evitando l'introduzione di un giudizio di costituzionalità. Il potere del tribunale di valutazione della correttezza delle classi di cui all'art. 163 comma 1, seconda parte, l. fall., deve esercitarsi, ovviamente, quando il debitore ha predisposto le classi. Il giudice di merito propone, quindi, una originale soluzione, e cioè di considerare concordato con unica classe quello in cui l'imprenditore abbia previsto un'unica massa indistinta di creditori chirografari (fornitori), quindi in assenza di classi. In tal modo, il giudice può valutare la correttezza della classe suddetta, invitando il debitore a diversificare le classi in ragione di vari criteri, suggerendo di distinguere la classe omogenea di erogatori di credito da quella degli altri chirografari con interessi economici omogenei”. La soluzione consente di suddividere i creditori in classi e permette, in sede di omologazione, che un creditore dissenziente di classe dissenziente possa chiedere al tribunale il giudizio di convenienza” peraltro, secondo il citato autore, tale “... opzione interpretativa, che muove da riflessioni meritorie, non è condivisibile, sia perché la norma è chiara nel prevedere la mera facoltà per l'imprenditore di utilizzare le classi, sia perché l'art. 163 l. fall. consente al tribunale il giudizio di correttezza dei criteri solo in caso di formazione di «diverse classi» e non per l'ipotesi di un'unica classe, pure ricolma di creditori di ogni genere. Se vi sono soltanto privilegiati, anche falcidiati, ed un unico gruppo indistinto e caotico di chirografari, la proposta di concordato preventivo non deve transitare per il giudizio del tribunale sulla correttezza dei criteri utilizzati per distinguere le varie classi ed i differenti trattamenti economici”. Il citato autore esprime perplessità anche con riferimento all'altra soluzione proposta in dottrina da Bozza, La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 424 ss., evidenziando come “...pur muovendo da premesse pienamente condivisibili, in ordine alla mera facoltà dell'imprenditore di suddividere i creditori in classi, tale dottrina giunge però a conclusioni opinabili. Si sostiene che, in realtà, anche in assenza di classi sia possibile per il creditore dissenziente chiedere al tribunale il giudizio di convenienza del concordato per la massa dei creditori. Ciò consentirebbe di superare il tentativo del debitore di sfuggire al controllo di convenienza dei creditori, predisponendo un concordato senza classi. Inoltre, se sono state formate le classi, il creditore dissenziente di classe assenziente potrebbe anch'egli chiedere il giudizio di convenienza con il cram down, ma soltanto nell'ottica complessiva dell'interesse economico di tutti i creditori, come qualsiasi opponente può fare in mancanza di classi. Gli sarebbe precluso, però, di far valutare la convenienza della propria egoistica posizione perché a ciò osterebbe inesorabilmente il disposto del comma 4 dell'art. 180 l. fall. Infine, si afferma che, sempre nel caso in cui siano state istituite le classi, il creditore dissenziente di classe dissenziente possa chiedere il

cram down per giudicare della convenienza della propria singola ed egoistica posizione economica. Tali conclusioni non possono essere condivise, sia per il tenore inequivocabile dell'art. 180 l. fall., sia per la totale estromissione del tribunale dal giudizio di convenienza imposta dal Legislatore della riforma. Infatti, da un lato, l'art. 180 comma 4 l. fall., consente il cram down (giudizio di convenienza) solo al creditore dissenziente appartenente a classe dissenziente («se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta»). Dall'altro, non v'è dubbio che il tribunale abbia ora solo il controllo della fattibilità del piano e della relazione del professionista, sia in sede di ammissione ex art. 163 l. fall., sia nel corso della procedura ex art. 173 l. fall., sia nella fase di omologazione ex art. 180 l. fall., anche in difetto di opposizioni. In estrema sintesi, il controllo di merito, in sede di ammissione riposa sui seguenti elementi: mancata abrogazione dell'art. 162 l. fall., come invece era stato propugnato inizialmente da parte della dottrina (abrogazione implicita); richiesta di integrazioni del piano e di produzione di documenti da parte del tribunale d'ufficio; richiamo espresso dell'art. 162 comma 2, oltre che ai commi primo e secondo dell'art. 160 l. fall., anche all'art. 161 l. fall., che concerne la relazione del professionista (nella proposta di decreto legislativo correttivo, invece, tale riferimento espresso mancava); stretto coordinamento tra l'art. 162 ed i due commi dell'art. 160 l. fall.; eliminazione dall'art. 163 l. fall. dell'espressione «verificata la completezza e la regolarità della documentazione», che faceva propendere per una emarginazione del giudice, ridotto a mero passacarte di documenti forniti dal debitore; nuova dizione dell'art. 163 l. fall. («ove non abbia provveduto a norma dell'art. 162 commi 1 e 2»); poteri istruttori del tribunale, anche con l'ausilio di esperti ex art. 68 c.p.c. o di consulenti tecnici, trattandosi di giudizio camerale ex art. 737 c.p.c. «evidenzia ancora la dottrina citata come «... il controllo di merito permane anche nel corso del procedimento ex art. 173 l. fall., norma anch'essa espressamente confermata dal d.lg. n. 169 del 2007 («se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato»), ed impinge anche il giudizio di omologazione senza opposizioni. Ciò si ricava da vari elementi: possibilità che sia lo stesso commissario giudiziale, nel suo parere definitivo ex art. 180 comma 2 l. fall., a ravvisare il venir meno delle condizioni di ammissibilità del concordato (per la nuova valutazione dei beni effettuata da uno stimatore nominato ex art. 172 l. fall., per l'emersione di ulteriori debiti, per la iper valutazione iniziale di crediti poi giudicati inesigibili parzialmente o totalmente); utilizzabilità del procedimento di revoca ex art. 173 l. fall. anche nel corso del giudizio di omologazione; facoltà del pubblico ministero, cui pure deve essere comunicata la domanda di concordato, di produrre documenti, richiedere prove e notiziare il tribunale ed il commissario giudiziale di motivi ostativi alla omologazione per l'insussistenza delle condizioni di ammissibilità; la verifica della regolarità della procedura va estesa alla regolarità sostanziale; l'omologazione è presente nel nostro ordinamento sia per le delibere assembleari delle società di capitali (se il notaio si rifiuta di omologare tali atti costitutivi) sia nelle separazioni consensuali, ove non si dubita del controllo di legalità sostanziale, soprattutto nell'interesse della prole; la compresenza di interessi diversi dei creditori [oltre all'interesse pubblico], tanto che l'esdebitazione vale anche nei confronti dei creditori concorsuali, ma non concorrenti ex art. 184 l. fall. Il giudizio di convenienza, che ricomprende possibili azioni revocatorie ed azioni di responsabilità da espletare in un futuro fallimento, non appartiene più al tribunale. Del resto, l'indicazione dei beni personali dei soci illimitatamente responsabili nella proposta di concordato, escludendo l'estensione automatica del concordato preventivo ai soci delle società di persone (13) (per l'assenza della qualifica di imprenditore e per l'eccezionalità dell'art. 147 l. fall.), mira proprio a consentire ai creditori di valutare la convenienza della proposta. Non è possibile che il giudizio di convenienza, espunto sicuramente dal Legislatore, possa risorgere in virtù della opposizione sollevata da un qualsiasi creditore in caso di assenza di classi o da un creditore dissenziente appartenente a classe assenziente in presenza di classi. L'unica possibilità di esercitare il *cram down* per il tribunale è quella di opposizione presentata, in presenza di classi, dal creditore dissenziente di classe dissenziente».

creditorio (minoritario e più debole) contro eventuali abusi del debitore e di altri creditori (forti) in nome del principio di maggioranza. Non sono peraltro mancati interventi in senso contrario alla linea interpretativa sopra indicata.

Il Tribunale di Roma¹⁵⁷ ha affrontato la problematica della formazione delle classi dei creditori affermando che “le classi sono formate dal debitore e la formazione delle classi come prospettata nella proposta di concordato preventivo non è più modificabile dal Tribunale”.

I vari orientamenti emersi in giurisprudenza sono stati compendati dal Tribunale di Biella¹⁵⁸ da parte del quale si è invece posto in dubbio la sussistenza di un potere del Tribunale di imporre (nell’ambito del potere di controllo riconosciuto dalla legge sulla corretta formulazione delle classi da parte del debitore) la formazione di una classe in capo al debitore-ricorrente, pur in presenza di un indubbio dovere del ricorrente di procedere ad una corretta separazione fra creditori portatori di interessi non omogenei.

Osserva il tribunale piemontese con specifico riferimento alla mancata previsione nella fattispecie concreta di una differenziazione dei creditori chirografari che “.... non può, tuttavia, non rilevarsi come la proposta di concordato denoti un assoluto *deficit* motivazionale sul punto; e ciò ancorché l’oggettiva disomogeneità degli interessi economici (quantomeno) della massa creditoria rappresentata dagli istituti di credito e di quella dei fornitori “ordinari” emerga in modo evidente dalle stesse allegazioni fattuali e documentali della ricorrente. In particolare, indubbia valenza logico-induttiva in tal senso riveste il fatto (implicitamente ammesso dalla società ricorrente) dell’avvenuta individuazione del ‘ceto bancario’ quale categoria di creditori destinata a rivestire un ruolo strategico e

¹⁵⁷ Cfr. Tribunale Roma, Sez. fall., 7 novembre 2008, n. 22063, Pres. Deodato, est. Pannullo, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 575 e ss. in particolare pag. 580, con nota di Catalozzi, La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori, *ivi*, pag. 582 ss.

¹⁵⁸ Cfr. Tribunale Biella, ord. 23 aprile 2009, Pres. Fornace, est. Tetto, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 43, con commento di Minutoli, Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente “classamento” dei creditori: il punto sulla prassi e in dottrina, *ivi*, pag. 48 ss. nonché in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag. 332, con nota di Galletti, Classi obbligatorie? No grazie!, *ivi*, pag. 343 ss., nonché in *Giur. merito*, 2009, pag. 1897, con commento di D’Orazio, Le classi obbligatorie e la questione di costituzionalità: brevi note, *ivi*, pag. 1897 ss.

determinante ai fini della concreta attuazione del pianificato regolamento concordatario dello stato di insolvenza della s.r.l.: ruolo che, invero, già nella fase immediatamente precedente al deposito della domanda di concordato, risulta avere di fatto indirizzato (se non addirittura “condizionato”) le più recenti scelte gestorie e di ingegneria finanziaria degli organi amministrativi della odierna ricorrente Del resto, a fronte della prospettata “giuridica” omogeneità di trattamento della categoria dei creditori chirografari, la oggettiva eterogeneità degli interessi economici, distintamente riferibili al ceto bancario e alla parte residua della predetta comunità dei creditori, nel caso di specie trova ulteriore conferma fattuale nelle peculiari modalità di accesso della società debitrice alle fonti di finanziamento offerte nel corso degli anni dai vari istituti di credito e di fatto ‘congelate’ a partire dal mese di maggio 2008: modalità operative caratterizzate, in sostanza, dall’utilizzo di linee di credito a breve termine su anticipazione di fatture di importazione merci, quale ordinario mezzo di pagamento dei numerosi fornitori stranieri, nei confronti dei quali il già manifestatosi comportamento inadempiente da parte della debitrice s.p.a. non può non ragionevolmente atteggiarsi – alla stregua del criterio dell’interesse economico indicato dall’art. 160, comma 1, lett. c, L.F. ed in funzione delle reali aspettative di recupero delle correlative ed esigibili ragioni creditorie (numericamente maggioritarie e quantitativamente comunque significative, indicate nella relazione ex art. 161, comma 3, L.F., in complessivi €) – in termini “differenziati”² e, quindi, di potenziale ‘conflitto’ rispetto alle eventuali strategie di voto sulla proposta di concordato da parte del predetto ceto bancario, titolare della (sola) maggioranza ‘quantitativa’ del credito chirografario concorsuale”.

Rilevata, da parte del Tribunale, la sussistenza di indici fattuali di “disomogeneità” di interessi economici caratterizzanti la composizione della categoria dei creditori chirografari, ci si interroga in ordine alla sussistenza in capo all’ Autorità Giudiziaria del potere di sindacare la scelta della debitrice ricorrente di prospettare detta strutturazione del ceto creditorio (anche)¹⁵⁹ chirografario come “unitaria”, senza, appunto, alcuna

¹⁵⁹ Appare controversa in dottrina l’affermazione secondo cui in alcune ipotesi sarebbe auspicabile (se non doverosa) la suddivisione in classi anche dei creditori muniti di prelazione; dovendo essere

suddivisione in classi non omogenee.

Ad avviso del Tribunale piemontese tale possibilità ancorché formalmente legittima, in quanto espressamente consentita dall'art. 160, comma 1, lett. c, L.F. “... rende rilevante e non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 163, comma 1, ultima parte, L.F., individuato (ex art. 23, comma 1, L. 11 marzo 1953, n. 87) quale disposizione normativa applicabile ai fini della decisione in ordine all'ammissione della società ricorrente alla procedura di concordato preventivo”.

Ricorda il Tribunale piemontese, richiamando gli orientamenti giurisprudenziali di cui sopra si è dato conto, come “... va consolidandosi in seno alla più attenta dottrina in materia l'opinione che - al di là della formula (alquanto vaga)¹⁶⁰ utilizzata dal Legislatore della riforma, nell'art. 163, comma 1, L.F., per individuare il relativo parametro di giudizio (“... il tribunale provvede analogamente previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi..”) –, da un lato colloca l'esercizio del potere-dovere del tribunale di verificare, già nella fase di ammissione alla procedura, (anche) la correttezza della formazione delle classi nell'ambito del più generale controllo preventivo di legittimità del piano concordatario, dall'altro individua la ragionevole giustificazione giuridica di tale intervento “esterno” dell'autorità giudiziaria nella operatività dei limiti (negativi e positivi) imposti, in via generale ed a livello di garanzia costituzionale, all'autonomia privata (art. 1322, comma 1, c.c.) dagli artt. 2 e 41, commi 2 e 3 Cost.; risultando in tal

salvaguardato, in assoluto, anche nei confronti di costoro il principio della omogeneità delle posizioni economiche, soprattutto nei casi in cui viene prospettato dal debitore un soddisfacimento (sia pure integrale) di tale tipologia di crediti in tempi non specificamente preventivati o comunque, in quanto, ad esempio (come nella fattispecie concreta oggetto del presente giudizio), eziologicamente ancorati al realizzo di beni immobili offerti in cessione ai creditori concorsuali: realizzo, a sua volta, spesso oggettivamente influenzato da imprevedibili variabili di aleatorietà del mercato, nel caso di specie comunque criticamente valutate nella relazione ex art. 161, comma 3, L.F. allegata alla proposta di concordato presentata dalla ... s.r.l., sulla base anche della perizia di stima autonomamente richiesta dal professionista incaricato della redazione della predetta relazione.

¹⁶⁰ Al riguardo, è stato acutamente osservato come la nozione di “correttezza” che la legge evoca non abbia nulla a che vedere con la correttezza intesa come “buona fede”. Corretta formazione delle classi significa, essenzialmente, omogeneità nella distribuzione delle risorse alla luce della diversità delle posizioni dei creditori; significa attenta e analitica frammentazione del ceto creditorio in modo che tutte le differenze vengano evidenziate in funzione di sollecitare un consenso genuino ed ‘imparziale’ da parte della maggioranza dei creditori ammessi al voto.

modo – e alle predette “condizioni” – comunque salvaguardata l’innovativa ottica (adottata dal Legislatore della riforma) di privilegiare la risoluzione delle situazioni di ‘crisi’ imprenditoriale attraverso l’utilizzo di strumenti di matrice privatistica in fattispecie che riflettono anche esigenze di tutela di interessi di natura ‘collettiva’ (e quindi pubblica in senso lato), riferite, nel concordato preventivo, agli interessi dell’intera massa dei creditori; e ciò, proprio in relazione a quelle situazioni potenzialmente ‘patologiche’ in cui la ripartizione in classi, nei termini prospettati dal debitore, non risponda ad uno scopo meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico”.

Si evidenzia, quindi, come “... a sostegno della intrinseca coerenza di tale ricostruzione della *ratio* sottesa alla previsione di un potere di sindacato del tribunale nei limiti espressamente delineati dall’art. 163, comma 1, ultima parte l.f., è stato osservato come “... il piano di concordato (in quanto non preceduto da una fase di trattative con la ”controparte” interessata) non possa non qualificarsi giuridicamente in termini di (mero) atto gestorio programmatico di ristrutturazione dei debiti (e tendenzialmente finalizzato anche all’eventuale conservazione dell’impresa), la cui potenziale efficacia quale proposta contrattuale (sottoposta all’accettazione del ceto creditorio concorsuale), tuttavia, risulta essere stata, di fatto, “sospensivamente condizionata” dal Legislatore al superamento del preliminare vaglio di ‘proponibilità’ da parte del tribunale”.

Osserva ancora il Tribunale piemontese come “.... largamente condivisa risulta l’affermazione secondo cui tale controllo “esterno” del tribunale trova il proprio fondamento - ma nel contempo anche il proprio limite intrinseco di operatività - nel delicato potere-dovere di sindacare, esclusivamente, la congruità (*rectius*: correttezza) dei criteri utilizzati dal debitore per la formazione delle diverse classi dei creditori”, con conseguente esclusione di qualsiasi “... interferenza di carattere “sostitutivo” rispetto alle specifiche scelte negoziali al riguardo liberamente effettuate dal debitore medesimo: non essendo, ad esempio, consentita al tribunale in questa fase procedimentale non contenziosa (a differenza di quanto previsto nella successiva fase dell’omologazione in caso di presentazione di opposizioni da parte dei creditori dissenzienti) un’autonoma riformulazione della suddivisione in classi del ceto creditorio, né tanto meno una

valutazione in merito alle concrete modalità ed ai criteri di distribuzione delle risorse in favore dei creditori concorsuali, salvo il divieto generale imposto al debitore di non alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 160, comma 2, ultima parte, l.f.)”.

Così delimitato il *thema decidendum* il Tribunale di Biella ricostruisce il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla funzione delle classi nel concordato preventivo.

Ad avviso del Giudice *a quo*, appare in primo luogo insuperabile – in quanto ancorata al chiaro tenore letterale dell'art. 160, comma 1, lett. d, l.f. l'obiezione, di una parte della dottrina, secondo cui la discrezionalità (ancorché “vincolata”) del debitore di suddividere i creditori in classi non può ritenersi normativamente (e necessariamente) correlata alla previsione di un trattamento differenziato dei creditori appartenenti a classi diverse¹⁶¹, ma risponde all'autonoma esigenza di fondo di consentire al debitore di strutturare il proprio ceto creditorio (sia privilegiato che chirografario) in funzione del conseguimento del consenso sulla proposta di concordato, attraverso il pronosticato voto favorevole delle “maggioranze” previste dall'art. 177, comma 1, l.f.

Alla luce di tali premesse si sottolinea da parte della citata giurisprudenza che “... se quanto sopra evidenziato è il reale fondamento normativo che sta alla base della facoltà del debitore di formazione delle classi e che, di per sé, rende coerente e giustificata sul piano sistematico (e già nella fase di ammissione

¹⁶¹ Al riguardo, è stato efficacemente evidenziato che va senza dubbio ammessa la possibilità di creare classi diverse di creditori ai quali si prospetta il medesimo trattamento, purché vi siano posizioni non omogenee fra i creditori. In particolare, se la proposta prevede il pagamento di una certa misura ai creditori chirografari obbligazionisti e ai fornitori, è sicuramente lecito porli in classi diverse, posto che i loro interessi si fondano su presupposti diversi (l'occasionalità o la continuità del rapporto da cui è sorto il credito). In altri termini, priva di solido aggancio normativo deve ritenersi ogni diversa ricostruzione (della volontà del Legislatore) che, passando attraverso una eccessiva valorizzazione del disposto di cui all'art. 160, comma 1, lett. d, L.F., mirasse a sostenere l'esistenza di un divieto per il tribunale di sindacare l'omessa formazione di classi quando nella proposta di concordato preventivo (di cui rimane dominus il debitore) sia previsto lo stesso trattamento per tutti i creditori chirografari. Orbene, nel senso della infondatezza giuridica di tale ricostruzione depone il rilievo che, in realtà, la norma in questione pone l'unico limite di trattamenti differenziati fra creditori che fanno parte di una stessa classe, restando, per contro, impregiudicata la facoltà del debitore di riservare lo stesso trattamento a creditori che appartengono a classi differenti, nell'ambito di ciascuna delle quali va verificato il raggiungimento della maggioranza prevista dall'art. 177, comma 1, .F.

alla procedura concorsuale) la previsione del potere di sindacato in capo al tribunale, ex art. 163, comma 1, ultima parte L.F., appare, per contro, del tutto irragionevole non riconoscere il medesimo spazio valutativo giurisdizionale sulla “scelta” - anch’essa senz’altro espressione della medesima libertà “negoziale” offerta dall’ordinamento al debitore di proporre un determinato regolamento del proprio stato di crisi (o di insolvenza: v. art. 160, ultimo comma, L.F.) - di non tenere conto della effettiva e documentata (dallo stesso debitore) eterogeneità, della posizione giuridica e sul piano degli interessi economici, del ceto creditorio concorsuale: scelta quest’ultima che – laddove risultasse, anche in astratto, ispirata dal fine di evitare il rischio che il voto contrario di una classe (strumentalmente ‘non prevista’) possa pregiudicare l’approvazione del concordato – rimarrebbe di fatto (in caso di positivo riscontro della sussistenza di tutti gli altri presupposti di ammissibilità previsti dagli artt. 160, commi primo e secondo, e 161 L.F.) priva di adeguata e tempestiva “sanzione” processuale, pur restando in tale ipotesi immutati sul piano sostanziale (art. 3 Cost.) i presupposti per l’esercizio del predetto sindacato dell’autorità giudiziaria”.

In tale chiara prospettiva – che ha colto gli evidenti “limiti” (intesi come pregiudizio inevitabile per i creditori deboli) del nuovo concordato preventivo - si dà conto degli sforzi interpretativi posti in essere dalla dottrina e dalla giurisprudenza per tentare di superare una aporia normativa sottolineando tuttavia come le soluzioni prospettate (è evidente il richiamo alla giurisprudenza monzese) “... non appaiono immuni da profili di artificiosità argomentativa, nella parte in cui si afferma che, a ben vedere, la proposta di concordato senza classi è come se fosse articolata con classe unica (pervenendo, di conseguenza, alla conclusione di ritenere non incompatibile il sindacato sulla corretta formazione delle classi, affidato alla autorità giudiziaria, con una affermazione di inammissibilità della proposta “perché l’unica classe non consente di differenziare posizioni economiche disomogenee”)”

Per ribadire l’infondatezza di tale opzione interpretativa da parte del Tribunale piemontese vengono richiamate “... le obiezioni di chi ha evidenziato come la (mera) suddivisione dei creditori in prelatizi e chirografari si risolva in un rinvio implicito alle categorie giuridiche imposte dall’ordine segnato

dalla legge, con esclusione, pertanto, in tale ipotesi di qualsiasi scelta da parte del debitore in ordine alla reale differenziazione nell'ambito di ciascuna delle categorie in questione in attuazione della autonomia che il Legislatore (con l'art. 160, comma 1, lett. c, L.F.) ha inteso riconoscere proprio attraverso la previsione della possibilità della formazione delle classi”¹⁶².

Viene poi richiamata anche quella parte della dottrina che – valorizzando gli strumenti di tutela (nella specie, l'opposizione) offerti ai singoli creditori nella successiva fase della omologazione - “...individua in una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 180, comma 4, L.F. (norma completamente riscritta dal d.lgs. n. 169 del 2007) la valvola di sicurezza per la tenuta del microsistema del concordato preventivo; evidenziando, in particolare, come anche nelle ipotesi di omessa formazione della classi al creditore dissenziente deve essere comunque riconosciuta la facoltà di proporre opposizione per sostenere che il concordato non è conveniente per la massa dei creditori, non prevedendo la legge alcun limite in tal senso”.

La conclusione del Tribunale è – quindi – in una prospettiva critica di entrambe le sopra richiamate opzioni interpretative “... in quanto specificamente incentrate sulla ricerca di appaganti (ed opposte) soluzioni della complessa problematica relativa alla possibile individuazione di spazi normativi da cui desumere un eventuale obbligo di formazione delle classi in capo al debitore - scontino un difetto di concreta irrilevanza ai fini del superamento del dubbio di costituzionalità che si prospetta nel presente giudizio; e ciò sull'assorbente ed insuperabile rilievo che la risposta in senso affermativo a tale interrogativo di fondo non possa - de iure condito, stante il chiaro tenore letterale dell'art. 160, comma 1, L.F. (“..può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere...”)¹⁶³-

¹⁶² Peraltro, secondo l'opinione che si sta citando, se nel caso ipotizzato si considerano formate due classi (con l'anomalia di una intera classe, quella dei creditori preferenziali, che non vota), il concordato non potrà considerarsi approvato, posto che la nuova formulazione del primo comma dell'art. 177 richiede per l'approvazione che la maggioranza sia raggiunta “inoltre nel maggior numero di classi”. In particolare, se si ritiene che, nell'ipotesi fatta, la classe sia solo quella dei chirografari, si raggiunge l'obiettivo di avere un numero dispari di classi, ma si evidenzia anche l'inutilità del fantomatico classamento, perché, considerato che i privilegiati non votano, che la massa dei chirografari sia considerata o non una classe nulla cambia ai fini del voto.

¹⁶³ Secondo il Tribunale si tratta di un rilievo che obiettivamente sembra ricevere ulteriore riscontro di plausibilità ermeneutica sia dal disposto di cui all'art. 177 L.F., laddove prevede, ai

prescindere da un espresso (e discrezionale) intervento del Legislatore in tal senso”.

La questione pertanto – secondo i giudici piemontesi, si risolve nel verificare la coerenza interna, e quindi la compatibilità con il generale principio costituzionale di ragionevolezza (art. 3 Cost.), della scelta, così come in concreto operata dal Legislatore della riforma, di calibrare – già nella fase di ammissione al concordato preventivo – la concreta operatività dei (pur fortemente ridimensionati) spazi di eterotutela giurisdizionale degli interessi dei creditori “concorsuali” destinatari “passivi” della proposta di concordato formulata dal debitore, la cui potenziale efficacia “vincolante” nei confronti della predetta comunità dei creditori, se, da un lato, “... trova il suo fondamento oggettivo nello stato di crisi o di insolvenza del “comune” debitore (e quindi nell’esigenza di favorire un regolamento dei conflitti di interessi tra i creditori, da ritenersi tuttora parametrato sul tendenziale rispetto del principio della *par condicio creditorum*, sia pure rimodulato secondo i più ristretti limiti imposti dai criteri di “classamento” indicati dal Legislatore della riforma)¹⁶⁴, dall’altro non può ritenersi sottratta – proprio in considerazione dell’assenza di un preventivo contraddittorio tra le potenziali parti “contrattuali” e nell’ambito del rispetto dei generali limiti imposti dall’ordinamento alla libera esplicazione dell’autonomia privata – al sindacato “esterno” di legittimità tuttora riservato all’autorità giudiziaria”.

Si osserva in modo acuto e condivisibile come il giudizio del Tribunale “... nel sistema normativo delineato dal combinato disposto degli artt. 163, comma 1, 160, comma 1, lett. c, 177 e 180, comma 4, L.F. trova la sua massima espressione, e nel

fini della formazione delle maggioranze, che “ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato...”, sia, e soprattutto, dall’attuale tenore letterale (dopo le modifiche apportate dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con ulteriori modifiche nella L. 28 gennaio 2009 n. 2) dell’art. 182 ter L.F., attestante la inequivoca scelta operata dal Legislatore nel senso della facoltatività della formazione delle classi (“se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari, ovvero, nel caso di suddivisioni in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole”), desumibile dalla espressa previsione di un trattamento differenziato dei crediti chirografari tributari ‘condizionato’ proprio alla eventualità della formazione delle classi.

¹⁶⁴ In tale prospettiva non sembrano del tutto superate le affermazioni di principio evidenziate, prima delle recenti e radicali riforme della legge fallimentare, da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 155 del 1994.

contempo (forse) il profilo più delicato e problematico, proprio laddove rapportato alla verifica della “correttezza” della scelta del debitore di suddividere i creditori in classi sulla base dei criteri (espressamente enucleati dal Legislatore della riforma delle procedure concorsuali) della identità di posizione giuridica e di quello (per la verità, connotato da evanescenza definitiva e contenutistica) della omogeneità degli interessi economici”.

Ritiene, in definitiva, il Tribunale di Biella che la rilevata intrinseca irragionevolezza dell’asimmetria normativa emergente dal tassativo tenore letterale dell’art. 163, comma 1, ultima parte, l.f. non appare manifestamente infondata e può essere “sanata” soltanto attraverso un intervento di carattere additivo da parte della Corte costituzionale, “... che “estenda” il potere di sindacato del tribunale – espressamente previsto dalla norma in questione solo con riguardo al *quomodo* dell’avvenuta formazione di classi– all’ipotesi di omessa, nella proposta di concordato preventivo, suddivisione del ceto creditorio in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei”.

La Corte Costituzionale ha esaminato la complessa ed articolata questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Biella, con l’ordinanza n. 98/10¹⁶⁵, evidenziando come, secondo il giudice remittente - la ratio della suddivisione dei creditori in classi sarebbe quella «di prevedere un primo livello di “sterilizzazione” di potenziali conflitti di interessi tra le diverse posizioni giuridiche e categorie economiche dei creditori» ed essa giustificherebbe il potere del tribunale di valutare, in sede di deliberazione dell’ammissibilità della domanda, la correttezza dei criteri di formazione delle medesime. Pertanto la norma sarebbe suscettibile di censure di costituzionalità nella parte in cui non prevede l’obbligo del proponente di suddividere i creditori in classi, né consentirebbe al tribunale, nella fase di ammissione alla procedura, di censurare una tale scelta, nel caso di disomogeneità degli interessi dei creditori, neppure qualora risulti che essa mira ad evitare che il voto contrario di una classe possa impedire l’approvazione della proposta di concordato preventivo. Peraltro sarebbe oggetto di rilievo di costituzionalità anche la mancanza di una adeguata e tempestiva “sanzione”

¹⁶⁵ Cfr. Corte Costituzionale, ord. 2 marzo 2010, n. 98, Pres. Amirante, rel. Tesauro, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 775, con commento di Catalozzi, *Il “classamento obbligatorio” nei concordati*, *ivi*, pag. 777.

processuale.

La Corte ha analizzato anche la c.d. “interpretazione costituzionalmente” orientata dell’art. 180, quarto comma, della legge fallimentare, che vorrebbe consentire al creditore (sub specie di legittimazione attiva) di proporre opposizione nel giudizio di omologazione, «per sostenere che il concordato non è conveniente” pur in assenza di una formazione di classi. Si tratta, come più sopra evidenziato, della soluzione proposta in dottrina che consentirebbe di conciliare le possibilità del debitore di scegliere se formare le classi con la possibilità del creditore dissenziente di proporre l’opposizione nel giudizio di omologazione.

Pur alla luce di tali problemi sicuramente rilevanti, da parte della Corte Costituzionale, si è - per usare una similitudine calcistica - ripassata la palla ai giudici di merito, osservando che secondo la giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, le norme non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni conformi alla Costituzione, avendo dunque il giudice il dovere di adottare, tra più possibili esegesi di una disposizione, quella idonea a fugare ogni dubbio di legittimità costituzionale (ex *plurimis*, ordinanze n. 338 e n. 310 del 2009).

La Corte Costituzionale osserva poi che “... siffatto onere deve ritenersi sussistente, a maggior ragione, qualora non sia possibile recepire, quale base dello scrutinio di costituzionalità, un esito interpretativo accettato dalla giurisprudenza comune – cosiddetto “diritto vivente” (ordinanza n. 124 del 2008) – e la questione concerna un complesso normativo di recente modificato, oggetto di orientamenti non concordi della magistratura di merito, sui quali la Corte di cassazione non ha ancora avuto modo di pronunciarsi”.

Pertanto, poiché nella specie, sull’interpretazione denunciata come in contrasto con l’art. 3 della Costituzione “... manca un “diritto vivente” e sussiste, anzi, un orientamento, del quale lo stesso rimettente dà atto, che ha ritenuto conseguibile, mediante un’interpretazione costituzionalmente orientata, la soluzione da questi auspicata in ordine alla sindacabilità della scelta del proponente di non suddividere i creditori in classi” la Corte Costituzionale è giunta alla conclusione che, “... in

presenza di siffatta diversità di indirizzi, la questione risulta non sufficientemente motivata in ordine alle ragioni che impedirebbero di adottare una esigenza costituzionalmente corretta della normativa in esame, anche in considerazione della mancata, adeguata valutazione sia della eventuale possibilità di garantire una adeguata tutela dei creditori nella fase di omologazione, sia della idoneità della medesima ad eliminare il denunciato vuoto di tutela, nel quadro di una disciplina diretta ad incentivare il superamento della crisi aziendale mediante soluzioni concordate”

Sulla scorta di tali considerazioni la Corte Costituzionale – perdendo a nostro avviso l’occasione per fare chiarezza sul punto e “tracciare la strada” agli interpreti - dichiarava la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’art. 163, primo comma, in relazione all’art. 162, secondo comma, ed all’art. 160, primo comma, lettera c), della legge fallimentare sollevata dal Tribunale di Biella.

Prendendo atto della pronuncia della Corte Costituzionale ed attesa di un orientamento consolidato sia da parte della giurisprudenza di legittimità che di merito, va ricordato che il problema della formazione delle classi è stato affrontato anche da parte della Corte di Cassazione¹⁶⁶ la quale lo ha esaminato in sede di impugnazione della sentenza della Corte di Appello di Bologna.

Va ricordato anche il recente orientamento del Tribunale di Monza¹⁶⁷, conseguente alla pronuncia della Corte Costituzionale in tema di “formazione di classi”. Il Tribunale di Monza, nel respingere l’opposizione all’omologazione del concordato da parte di un creditore che lamentava la mancata formazione di classi in cui far confluire alcuni creditori portatori di garanzie collaterali, evidenzia: “...Si deve considerare infatti che il legislatore non ha voluto imporre le classi (se si esclude forse l’ipotesi dianzi illustrata dalla Cassazione dei postergati) intendendo il relativo strumento solo come un mezzo di suddivisione del ceto creditorio che rende più agevole e meno onerosa la proposta di concordato. Non ha cioè inteso la classazione come un autonomo strumento di tutela dei creditori deboli, da porre in essere all’ammissione della procedura da parte del debitore, quindi dubita questo collegio che il proprio potere in sede di ammissione della procedura possa

¹⁶⁶ Cfr. Cass. sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, Pres. Proto, est. Panebianco, in www.ilcaso.it, sez. I, n. 1675/2009.

¹⁶⁷ Cfr. Tribunale di Monza, 29 giugno 2010, Pres. ed est. Paluchosky, inedito.

andare oltre la *moral suasion* e cioè possa travalicare l'alveo del suggerimento o della "calda raccomandazione" e finire per procedere alla declaratoria di inammissibilità della domanda perché il ceto creditorio non è stato sottoposto a quel "classamento" che la necessità di tutelare i creditori meno forti o dissenzienti, in alcuni casi imporrebbe., (Si pensi al fisco declassato dal privilegio, alla banca o ai chirografari generali che non hanno *collaterals* che altri creditori o erogatori del credito comunemente hanno, al privilegiato declassato per incapacità del bene, ecc.). Ciò però non priva di tutela questi soggetti, "deboli" ad avviso del decidente, proprio perché la materia giuridica della riforma sul punto è ancora fluida, manca un diritto vivente e vi è, in ogni caso, l'obbligo di dare una interpretazione delle norme dell'ammissione e dell'omologa che sia costituzionale, come ha chiaramente indicato la recente ordinanza n.98 del 12.03. 2010, est. Tesoro del Giudice delle Leggi"

Ricorda il Tribunale citato che "... poiché "le norme non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne delle interpretazioni incostituzionali, bensì perché è impossibile darne una lettura conforme alla Costituzione", questo decidente reputa che vi siano almeno due interpretazioni che consentono di superare le obiezioni di costituzionalità assai pregnanti sollevate dal Tribunale di Biella nella ordinanza di rimessione 27.04.2009 in relazione all'art. 3 della Carta dei diritti, per l'ipotesi che non si siano operate suddivisioni in classi e sussistano, invece, molteplici diversificazioni delle posizioni soggettive chirografarie e non. Esse determinano una evidente disomogeneità di interessi fra i votanti, discrepanza che impedisce, tra l'altro, di sottoporre validamente la minoranza al volere della maggioranza, non sussistendo una identità di interessi all'interno della compagine votante che assicuri al dissenziente che la maggioranza opera anche nel suo interesse".

Da parte del Tribunale lombardo si modifica l'originaria impostazione in tema di concordato "monoclasse", evidenziando come "da un lato l'opzione potrebbe essere quella di attribuire al Tribunale in sede di ammissione il potere di imporre la formazione di classi con una interferenza di carattere sostitutivo, considerando l'assenza di classi per i chirografari come se in realtà fosse stata proposta una classe unica, ed ammettere che, nell'ambito del suo sindacato, il Tribunale censuri questa unica classe, imponendo un suo sdoppiamento. Si è già detto che tale interpretazione inizialmente condivisa da questo Tribunale è stata da qualche tempo abbandonata nello sforzo di adottare una lettura che sia più aderente al tenore letterale della norma ed allo spirito della legge, che concepisce la suddivisione o meno in classi come espressione dell'autonomia privata,

perciò non direttamente coercibile giurisdizionalmente. Non resta quindi che una unica altra opzione, successiva alla indispensabile informazione piena e completa dei creditori, precedente alla espressione del voto, sulla situazione di disomogeneità all'interno della compagine dei votanti, operata chiaramente dai commissari con la relazione ex art. 172, cui sul punto si rimanda, cioè quella di prendere atto, in sede di omologa, che vi sarebbe dovuta essere una suddivisione in classi, in quanto la situazione monoclasse adottata “annega” il dissenso di coloro che hanno interessi diversi da quelli della massa e non omogenei rispetto a questi”

La soluzione cui si perviene, pertanto, è quella di valutare la mancata formazione delle classi in sede di omologa, sotto forma di mancato esercizio del diritto di voto.

Si osserva, quindi, che “... ciò consente, perciò, di riconoscere al Tribunale, di fronte ad una opposizione presentata, ovviamente ed in questo solo caso, un potere di esame nel merito che di regola è escluso dall'assenza di classi . In altre parole, la riconosciuta ed ingiusta assenza di classi, di fronte ad un dissenziente o ad un terzo privilegiato non votante che si opponga, gli consente di invocare quel diritto che solo la presenza della classe gli avrebbe fornito, ovvero l'esame nel merito della sua posizione e la valutazione comparativa di convenienza della procedura innanzitutto per la massa dei creditori. In questo caso non vi sarebbero dubbi che per tutti i creditori il concordato, rafforzato dalle garanzie fornite, sia più conveniente del fallimento, per cui l'omologa non potrebbe comunque essere negata. Il Tribunale, allora, ritenendo che al più il creditore il cui dissenso sia stato annegato, negando le classi, in presenza di esse avrebbe potuto invocare il *cram down*, ove avesse fatto parte di un manipolo di creditori dissenzienti, sotto il profilo logico ritiene di valutare, per assurdo, la posizione di proprio sotto questo particolare aspetto che rappresenta il massimo della tutela cui il creditore può aspirare.

Occorre però a questo punto chiarire cosa si debba intendere per esame di merito da parte del Tribunale ai fini del *cram down* (concetto che va viepiù chiarito in quello che diviene così un caso limite di tutela postuma del creditore). Il concetto italiano di *cram down* prescinde da quello statunitense che consente al giudice di far “ingoiare” *obtorto collo* la soluzione concordata del *chapter eleven* al dissenziente, se reputa l'intera procedura di interesse generale; la soluzione italiana permette di ignorare l'opposizione, introdotta esclusivamente da un dissenziente appartenente ad una classe dissenziente (ipotesi qui non ricorrente) , ove sussista la dimostrazione ed il raggiungimento della convinzione che la soluzione soddisfattiva spettantegli non è deteriore rispetto a quanto il fallimento (inteso di regola come l'altra

procedura sempre concretamente praticabile) gli assicurerebbe”.

Secondo il Tribunale, deve essere effettuata una comparazione consistente nella maggiore o minore convenienza per il soggetto della procedura concordataria, fra i risultati economici ottenibili col concordato con quelli desumibili da un fallimento ipotetico. Tuttavia, ricorda il Tribunale, l’interesse che il creditore deve perseguire e può tutelare con il *cram down* “... è un interesse giuridico concreto, è l’aspirazione economicamente valutabile ad una percentuale più alta, ma non può essere semplicemente rappresentato dalla volontà di rimuovere la situazione contingente creata dal concordato ed in particolare dall’applicabilità, dopo la presentazione della domanda, delle norme di legge conseguenti, come il 51 o il 167 l.f.. La comparazione deve essere astratta, poiché la stessa non impone che il fallimento venga richiesto effettivamente, ma solo che sia una possibilità concretamente perseguibile”.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Cfr. Tribunale di Monza, cit. il quale ha rigettato l’opposizione all’omologazione osservando che “...Nel caso in esame il creditore ha quale reale interesse solo la rimozione della domanda di concordato, per poter considerare la propria iscrizione di ipoteca antecedente alla stessa e quindi idonea a far ritenere privilegiato il credito nel concorso. Non risulta, quindi che, in sede di *cram down*, la sua posizione avrebbe potuto essere valutata positivamente. D’Altra parte se la comparazione si svolge tra un fallimento dichiarato in ipotesi al momento del deposito della domanda di concordato, anche in quel momento la iscrizione della ipoteca giudiziale non vi sarebbe stata, quindi non vi sarebbe stata la possibilità concreta di un trattamento migliore. Esaminando la fattibilità del concordato, rafforzata dalla consegna effettuata in sede di omologa di garanzie del valore pari alle revocatorie che astrattamente nel fallimento il curatore avrebbe potuto esperire, (cfr. in tal senso le cambiali ipotecarie predisposte dalla società con la memoria 31. maggio 2010 e successivamente consegnate materialmente a mani del commissario dopo i tempi tecnici dell’annotazione da parte dei registri immobiliari) si evince che alla banca opponente, intesa quale chirografario, spetta lo stesso identico trattamento offerto e garantito agli altri creditori chirografari . Non è stato posto in essere alcun trattamento discriminatorio e il creditore avrà diritto legittimamente al riparto di una percentuale del 13,59 % che le rafforzate garanzie ottenute dai commissari rendono pressoché certa (per percepire la convenienza per tutto il ceto creditorio oltre che per l’opponente, basti pensare alle postergazioni per oltre 2.949.705,27, subordinate alla omologa, oltre alle già citate 48 cambiali ipotecarie accese sui beni della Costruzioni Roliva per complessivi 1.160.000 euro, come si è già detto sostitutive dei beni alienati che, nel fallimento, avrebbero potuto essere ipoteticamente oggetto di revocatoria, con un alea di giudizio che le attuali cambiali escludono totalmente). Questi elementi rendono certa e conveniente la esecuzione del concordato , quindi la fattibilità del piano inizialmente incerta è risultata confermata e rafforzata, come lo è anche la disponibilità dei mezzi per far fronte alla proposta avanzata in sede definitiva di ricorso ex art. 173 c.p.c.

15. Problemi applicativi della suddivisione dei creditori in classi

Un primo problema relativo alla formazione delle classi ha riguardato la determinazione delle percentuali da attribuirsi ai creditori. Secondo la dottrina¹⁶⁹ la previsione legislativa relativa alla formazione delle classi di cui all'art. 160 comma 2 l.f. va intesa in modo elastico, ossia nel senso che in nessun caso i privilegiati generali incapienti potranno ricevere un trattamento deteriore rispetto ai chirografari. Inoltre i privilegiati generali di grado inferiore non possono essere pagati in percentuale più alta rispetto a quella garantita ai privilegiati generali di grado superiore. Tuttavia, privilegiati inferiori e chirografari potranno essere pagati nella stessa percentuale dei privilegiati generali di grado più elevato (per esempio 25% ai privilegiati generali di grado superiore, 25% ai privilegiati generali di grado inferiore, e così via, sino ad arrivare al 25% ai chirografari).

In caso contrario il sistema, si è detto, sarebbe eccessivamente “ingessato”. A favore di tale soluzione vi sarebbe anche l'interpretazione sistematica ed il raffronto con la transazione fiscale, ove all'art. 182-ter si prevede che “se il credito è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento... non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali”. Si è quindi affermato¹⁷⁰ che il principio deve essere interpretato nel senso che “il titolare di un credito di rango pozione va necessariamente trattato meglio di quelli di grado successivo, senza tuttavia che ciò postuli l'integrale soddisfacimento del primo”.

Tale soluzione appare mitigata da parte di quegli autori che ritengono possibile il pagamento dei creditori posti a livello più basso della gerarchia pur in assenza di pagamento integrale dei creditori “superiori”, purché la falcidia dei creditori “superiori” sia giustificata dall'incapienza dei beni gravati da prelazione e sia loro assicurato quantomeno ciò che otterrebbero in caso di liquidazione.

¹⁶⁹ Cfr. L. D'Orazio, op. cit. pag. 141.

¹⁷⁰ Cfr. D'Orazio, op. cit. pag. 142.

In tale prospettiva, occorre, che le risorse per il pagamento delle classi inferiori sia costituito da denaro proveniente da terzi.¹⁷¹

Secondo altra parte della dottrina, il rispetto delle cause legittime di prelazione porta con sé la conseguenza che si può attribuire un pagamento in percentuale ai creditori privilegiati generali di un certo grado solo se sono stati pagati integralmente i creditori di grado anteriore.¹⁷²

Ulteriore problema pratico è quello se, in presenza di diverse classi, la “classe” possa essere composta da un singolo creditore.

A tale quesito la dottrina¹⁷³ ha risposta in senso positivo, osservando come “.. la classe può essere costituita anche da un solo creditore, come nel caso di creditore ipotecario sull'unico immobile della società pur nella consapevolezza del contrasto tra il termine classe (implicante un insieme di persone) e l'univocità del creditore.”.

Problematica è altresì l'individuazione della corretta collocazione dei creditori postergati di cui all'art.2467 c.c.: (soci finanziatori di s.r.l.); in caso di assenza di classi si è ritenuto che gli stessi potranno essere pagati solo dopo il soddisfacimento per intero dei creditori chirografari anteriori, mentre in caso di suddivisione in classi, si ritiene che il loro pagamento, seppure in parte, possa essere oggetto del piano da sottoporre alla votazione dei creditori.

Secondo altri autori, invece, i creditori postergati non potranno essere inseriti in alcuna classe, dovendo essere pagati preventivamente - comunque - per intero i creditori chirografari.

Quest'ultima appare, a nostro avviso una soluzione condivisibile, anche per il disvalore manifestato dal Legislatore per questa categoria di creditori essendo sottoposto il rimborso

¹⁷¹ Cfr. Tribunale di Pordenone, 21 ottobre 2009, Pres. Manzon, est. Patrucco Toffolo, secondo cui “il principio contenuto nell'ultimo periodo dell'art. 160, comma 2 l. f., secondo il quale, in caso di soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati, il trattamento stabilito per ciascuna classe non deve alterare l'ordine delle cause di prelazione, può essere derogato solo nel caso di apporto di nuova finanza”.

¹⁷² Cfr. Mandrioli, La riforma organica delle procedure concorsuali, Milano, 2008, pag. 261; D'Orazio, op. cit. pag. 143.

¹⁷³ Cfr. D'Orazio, Il rebus delle classi dei creditori ed il controllo del tribunale, in Giur. di merito, 2009, pag. 141.

dei finanziamenti, nell'arco dell'anno, persino ad una azione revocatoria.

In giurisprudenza si è affermato che nella procedura di concordato preventivo, nel caso di formazione di un'autonoma classe di creditori postergati ai sensi dell'articolo 2647 (in quanto portatori di interessi economici disomogenei rispetto agli altri creditori chirografari), non è possibile derogare al principio della postergazione ed inserire tali creditori nelle altre classi con il consenso della maggioranza dei creditori delle classi interessate, perché in tal modo è pregiudicata la posizione dei creditori dissenzienti di minoranza all'interno della classe di appartenenza.

Si è peraltro osservato che “... il principio sotteso all'articolo 2467 codice civile, infatti, non è derogabile non solo in sede fallimentare, ma per la significativa valenza che attribuisce Legislatore alla norma, anche in sede di concordato preventivo, salvo che, in virtù del principio dell'autonomia negoziale posto alla base dei singoli rapporti obbligatori tutti i creditori indistintamente di consentirlo espressamente”.¹⁷⁴

Da parte di altra giurisprudenza¹⁷⁵ si è evidenziato come “... gli articoli 2467 e 2497 quinquies codice civile nell'affermare il principio della postergazione dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati rispettivamente dal socio di società a responsabilità limitata e dalla società od ente che effettua attività di direzione o coordinamento nei confronti della società sottoposta a tale attività, ove il finanziamento alla luce della disciplina di legge possa essere qualificato come prestito anomalo (in quanto concesso in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulti un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento) sono espressione di un principio generale valevole in ogni caso in cui il prestito anomalo sia effettuato dal socio c.d. imprenditore, il quale non operi come mero investitore, ma sia in grado di influenzare la decisione di finanziamento, quale che sia in

¹⁷⁴ Cfr. Tribunale di Messina, sez. II, 4 marzo 2009, Pres. D'Arrigo, est. Fazzi, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 795 ss.

¹⁷⁵ Cfr. Tribunale di Pistoia, 21 settembre 2008, Pres. e est. De Marzo, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 799 ss.

concreto il tipo di società adottato dall'ente sopravvenuto. Ne deriva che la regola della postergazione, ove ricorra la situazione ora detta, deve essere applicata anche nel caso di crediti insinuati al passivo del fallimento di una società per azioni”.

In termini generali, con riferimento ai criteri di formazioni delle classi si è ritenuto in giurisprudenza¹⁷⁶ la valutazione sulla correttezza della formazione delle classi dovrà essere condotta e formulata alla luce del contenuto e delle finalità del piano redatto dal professionista ex art. 161 l.f.; la suddivisione dei creditori in classi, quindi, deve essere coerente con il contenuto ed con le finalità e funzionale alla sua realizzazione.

Si è a questo proposito osservato¹⁷⁷ come “... la suddivisione dei creditori in classi deve avvenire secondo posizione giuridica (che riguarda, per i creditori assistiti da cause di prelazione, il rispetto di queste) e “secondo interessi economici omogenei” e così diventa il parametro di aggregazione all'interno di ciascuna classe. La suddivisione dei creditori in classi va dunque illustrata e motivata nelle ragioni che l'hanno determinata e nel collegamento strumentale e funzionale con la realizzazione del piano. Il giudizio del Tribunale deve riguardare tali ragioni vagliate alla luce del principio di ragionevolezza economica giuridica e sempre nell'ottica della fattibilità del piano concordatario. La formazione delle classi di creditori privilegiati è giustificata dall'incapacità del patrimonio del ricorrente a soddisfare integralmente i crediti appartenenti alle classi di creditori e alle esigenze di assicurare un soddisfacimento differenziato rispetto ai creditori chirografari”La Corte di Appello di Brescia ha ritenuto corretta la suddivisione in classi dei crediti dei lavoratori degli enti previdenziali e dei crediti dell'Erario, benché assistiti da privilegio generale sui beni mobili, in quanto tali creditori hanno posizione giuridica non omogenea in considerazione del diverso grado di soddisfacimento, giustificando, pertanto, nell'ambito del piano concordatario, un trattamento differenziato mediante collocazione in classi diverse.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Cfr. Tribunale Milano, 9 febbraio 2007, nonché Tribunale di Milano, 16 aprile 2008, Pres. Grossi, est. Nunnari, in www.ilcaso.it.

¹⁷⁷ Cfr. Tribunale di Milano, 16 aprile 2008, cit.

¹⁷⁸ Cfr. Corte di Appello di Brescia, 7 ottobre 2009, Pres. Dessì, est. Pianta, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. 1892/2009.

Su tale delicatissimo problema si è pronunciata anche la Corte di Cassazione¹⁷⁹ la quale ha affermato che in tema di suddivisione dei creditori in classi nell'ambito della domanda di ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo, i crediti di rimborso dei soci per finanziamenti a favore della società, in quanto postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, se i finanziamenti sono stati effettuati verso una società in eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o in una situazione che avrebbe giustificato con conferimento di capitale, e da restituire, se percepiti nell'anno anteriore all'eventuale fallimento, ai sensi dell'articolo 2467, primo comma codice civile, non possono essere inseriti in un piano di cui facciano parte anche altri creditori chirografari, violando tale collocazione è necessaria omogeneità degli interessi economici alla cui stregua, ex articolo 160 primo comma, lett. c) l.f. , vanno formate classi. Tuttavia, trattandosi pur sempre di creditori, da soddisfare dopo l'estinzione degli altri crediti, è ammessa la deroga al principio della postergazione, se risulta il consenso della maggioranza di ciascuna classe e non già il solo consenso della maggioranza assoluta del totale dei creditori chirografari”.

Si è peraltro evidenziato in dottrina come si tratti di un giudizio di mera legittimità, in quanto il Tribunale non potrà sindacare le scelte di merito dell'imprenditore di suddividere i creditori in classi e di individuarne un determinato numero, né l'inserimento di un creditore all'interno di una determinata classe, anziché in un'altra, ma dovrà limitare il proprio scrutinio alla coerenza della suddivisione con l'impostazione del piano e alla funzionalità con lo stesso in base al principio della ragionevolezza e con giudizio ex ante di legittimità.

Ad avviso di altri autori – tuttavia - appare preferibile la tesi del “controllo di merito” del tribunale in tale sede, anche perché il Legislatore non ha indicato i criteri di correttezza che devono essere rispettati dall'imprenditore.¹⁸⁰

Le incertezze giurisprudenziali e dottrinali di cui si è fatto

¹⁷⁹ Cfr. Cass. sez. I, 4 febbraio 2009, Pres. Proto, est. Panebianco, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 789 ss. con commento di Panzani, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, ivi, pag. 800 ss.

¹⁸⁰ Cfr. Pajardi – Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pag. 837, nonché L. D'Orazio, op. cit. 143.

più sopra cenno evidenziano la “criticità” del dato legislativo e la sua complessiva carenza.

Appare inevitabile, *de iure condendo*, una precisa indicazione legislativa in ordine alla formazione delle classi, non potendosi delegare tale delicato compito all’Autorità Giudiziaria, comportando, evidentemente ed inevitabilmente, anche decisioni che travalicano i propri compiti istituzionali.

In termini generali riteniamo che ai fini di un effettivo e puntuale controllo da parte del Tribunale l'imprenditore che si avvale della suddivisione in classi dovrà congruamente motivare le ragioni che lo hanno spinto ad includere i creditori nelle diverse classi, differenziandone il trattamento.

Anche tale motivazione sarà oggetto di controllo da parte del Tribunale, il quale, per esplicita previsione di legge, dovrà esprimere un giudizio in ordine alla correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

15. L’ indicazione di una esatta percentuale offerta ai creditori come ulteriore elemento necessario della proposta di concordato preventivo.

Come già evidenziato, ulteriore rilevante elemento di novità del concordato preventivo è costituito dal fatto che sono stati notevolmente modificati anche i contenuti della proposta, i quali non sono più rigidamente prefissati dall’art. 160 l.f., ma rimessi alla scelte discrezionali del debitore proponente, ed espressi attraverso la predisposizione di un piano che può prevedere “... a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma...; b) l’ attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore...; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.” (art. 160 co. 1° l. fall).

La dottrina¹⁸¹ ha evidenziato come il Legislatore abbia scelto di consentire una totale libertà del contenuto della

¹⁸¹ Cfr. Jachia, Il concordato preventivo e la sua proposta, in Fallimento e altre procedure concorsuali, vol. III, Torino, 2009, pag. 1602.

proposta concordataria utilizzabile per “dare ciascun creditore ciò che è più adeguato per la sua posizione”.¹⁸²

In questa prospettiva di totale e assoluta libertà per il debitore di formulare la proposta concordataria, il Legislatore, a titolo esemplificativo, ha indicato la possibilità di prevedere diverse soluzioni finanziarie o patrimoniali, anche mediante operazioni straordinarie e la trasformazione diretta o indiretta dei crediti in capitale di rischio mediante attribuzione ai creditori o società da questi partecipate di azioni o quote.

Si è pertanto affermato in dottrina, che l'articolo 160 l.f. costituisce "... una delle più autorevoli espressioni di quel processo di progressivo adattamento della disciplina concorsuale alle esigenze dell'autonomia privata ed al superamento dell'impostazione classica basata sulla tipizzazione delle proposte concorsuali".¹⁸³

La “privatizzazione” del concordato preventivo è stata ben colta dalla giurisprudenza di merito da parte della quale si è evidenziato come anche nella “nuova” formulazione del concordato sia configurabile una ipotesi di *cessio bonorum*, e che in tale situazione non sia possibile prevedere una precisa indicazione percentuale ai creditori chirografari, essendo la quantificazione di percentuale di soddisfazione del credito collegata al ricavato dei beni che saranno ceduti nella fase di liquidazione.

Ci si domanda quale debba essere il contenuto della proposta di concordato in termini economici, ed in particolare se nei casi in cui venga previsto il pagamento parziale dei creditori, il ricorrente debba indicare una percentuale minima e se tale indicazione debba essere accompagnata da una “promessa” (accompagnata da una eventuale garanzia), oppure se possa limitarsi ad prevedere che “il residuo dopo il pagamento dei creditori privilegiati verrà ripartito fra i creditori chirografari”.

Al fine di rispondere a tale importante (dal punto di vista operativo) quesito, si è ricordato in giurisprudenza che¹⁸⁴ “nella

¹⁸² Cfr. Stanghellini, Piano di regolazione dell' insolvenza, classi di creditori e liquidazione, in *Il fallimento*, 2004, pag. 28.

¹⁸³ Cfr. Jachia, op. cit. pag. pag. 1603; Bertacchini, La suddivisione dei creditori in classi in Riforma della legge fallimentare, in *Atti del convegno*, Milano, 18 ottobre 2005, pag. 1.

¹⁸⁴ Cfr. Tribunale Venezia, decr. 30 ottobre 2008, Pres. Marini, est. Rigoni, in www.ilfallimentoonline.it ed in *Fallimento*, 2009, pag. 742.

proposta di concordato con cessione di beni non vi è un'indicazione specifica della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, essendo, invece, questa, subordinata all'attivo realizzabile dalla liquidazione dei beni ceduti alla procedura; il Commissario Giudiziale nella sua relazione ex art. 172 L.F. ha subordinato la possibilità di soddisfazione dei creditori chirografari nella misura indicata al verificarsi di determinate condizioni”.

Da ciò deriva, secondo il Tribunale di Venezia, che “... nell'ottica della natura negoziale del concordato preventivo, il debitore non risulta essersi vincolato al pagamento di una precisa e ben individuata percentuale di pagamento dei creditori chirografari, di talché la minore percentuale ritenuta realizzabile dal Commissario Giudiziale in sede di parere ex art. 180 L.F. non può affermarsi come determinante l'impossibilità di attuazione dell'oggetto dell'accordo”; pertanto, secondo il Tribunale veneto, pur in mancanza di una specifica indicazione percentuale da parte del debitore “... il consenso tra le parti si è correttamente formato, dal momento che la maggioranza dei creditori con diritto al voto è stata posta nella condizione di vagliare il piano in modo idoneo, tramite sia le allegazioni del debitore, sia la relazione del Commissario Giudiziale. Pertanto essi hanno aderito al piano proposto prestando il proprio consenso in modo adeguatamente informato. Quindi, in considerazione dell'espressione di voto basato su un consenso informato idoneo ad orientare le scelte dei creditori, ben può affermarsi che lo scostamento di percentuale (come pronosticata) rispetto al piano – la cui concreta attuabilità in base alle risorse patrimoniali disponibili e a quelle ragionevolmente prevedibili e ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti è stata comunque verificata tramite la relazione ed il parere del Commissario Giudiziale - non può dirsi tale da condizionare l'oggetto dell'accordo medesimo e, quindi, da rendere non omologabile il concordato preventivo”

Osserva ancora il Tribunale veneto come “... diversamente opinando, la valutazione che – in questa situazione - dovrebbe essere effettuata “... non atterrebbe più e solo alla fattibilità del piano, ma alla convenienza dello stesso, giudizio, quest'ultimo che, invece, spetta solo ai creditori votanti e che, nella votazione espressa previa adeguata informazione, hanno sostanzialmente valutato (appunto, ai fini della convenienza della proposta) i

rischi espressi e le condizioni individuate dal proponente e dal Commissario Giudiziale”.

Da tale orientamento sembra ricavarsi l'ammissibilità di una proposta concordataria che non sia vincolata ad una precisa e ben individuata percentuale di pagamento da attribuire ai creditori chirografari.

La rilevanza pratica del problema è testimoniata anche da altre pronunce: con ampia ed articolata motivazione si è espresso in ordine a tale aspetto il Tribunale di Bologna,¹⁸⁵ il quale, partendo dal concetto di “fattibilità” del concordato preventivo, ha ribadito come lo stesso consista “... nel necessario riconoscimento della sua piena coerenza – almeno quale prognosi seria e documentata – sia rispetto alle condizioni inderogabili previste dalla legge, sia con riferimento alle clausole della specifica “proposta” formulata dall’imprenditore “in crisi”: tali presupposti “minimi” implicano che le risorse “in campo” – secondo le svariate tipologie indicate dall’art.160, direttamente od attraverso un “assuntore”, una volta scomparso il limite minimo del 40% spettante al ceto “non privilegiato” – debbano consentire l’offerta di una certa percentuale di soddisfacimento per i creditori chirografari, mentre la validità del concordato esige tuttora il pagamento integrale delle spese di procedura e dei crediti muniti di prelazione”.

Secondo il Tribunale emiliano se questi che sono tutti aspetti rientranti nella nozione di “fattibilità” “... costituiscono i presupposti sostanziali per una procedura riconoscibile come “rispettosa” dei requisiti imposti dall’ordinamento, e dunque una sua “corretta omologazione”, non si può trascurare il previo controllo della relativa “conformità” alla fattispecie legale. A riprova dell’assunto secondo cui l’esame circa la “adeguatezza” del patrimonio destinato a “coprire” il “passivo concordatario” – sulla base delle caratteristiche del singolo piano – appartiene ancora alla materia sottoposta funzionalmente all’autonomo vaglio del Tribunale, sta proprio il novellato art. 180 co.1°; invero, quest’ultima norma impone (fra l’altro) che il Commissario Giudiziale depositi il suo “motivato parere” nei gg.10 anteriori all’udienza di omologazione del C.P., dunque –

¹⁸⁵ Cfr. Tribunale Bologna, decr. 15 novembre 2005, Pres. De Robertis, est. Florini, in www.giuremilia.it.

trattandosi del medesimo “termine ultimo” per l’eventuale costituzione delle parti – a prescindere se vengano proposte opposizioni. Sicché lo scopo essenziale di tale elaborato – ovviamente destinato a documentare gli sviluppi complessivi e le prospettive di risultato, onde manifestare il convincimento conclusivo dell’organo tecnico più qualificato – risulta piuttosto quello di supportare la decisione finale circa la relativa “omologabilità”: ed allora, il “motivato parere” del C.G. rappresenterebbe un contributo superfluo, se il Collegio non fosse poi legittimato ad occuparsi di tutti i temi cui – potenzialmente – attengono quegli stessi “dati della procedura”, essendo chiamato a giudicarne”.

Entrando nello specifico aspetto del problema il Tribunale bolognese osserva come “... l’indagine circa la qualifica del piano come “fattibile” interferisce poi strettamente col tema della “risoluzione per inadempimento” del C.P. – regolato dall’art.186, anche con richiamo agli artt.137 e 138 R.D. 267/1942, tutte norme non toccate dalla novella – in quanto possiamo ben dire che tale procedura è “fattibile”, allorché non corre il rischio di essere “risolta” per tale motivo; sembra significativo che quest’aspetto già rientrava sostanzialmente fra le valutazioni da affrontare durante le “vecchie” cause di omologazione – ai sensi del previgente art.181 n.3) R.D. 267/1942 – donde la riscontrata carenza di “garanzie e risorse”, nella misura idonea a renderne “sicuro” il promesso adempimento, impediva sempre l’ulteriore iter del C.P. non ancora omologato: ciò poiché – in qualsiasi fase fosse emersa (cfr. Cass. 3527/79, Cass. 2250/85, Trib. Roma 22/9/2000 su “Dir. Prat. Soc.” 2001, fasc.10, p.88, Trib. Alessandria 5/4/1985 su “Fallim.”1985, p.972, ecc.)” ed anche se i creditori avessero ormai approvato il concordato – tale situazione dimostrerebbe ad ogni modo “che mancano le condizioni prescritte per la ammissibilità del C.P.” ex art.173 co. ult. R.D.267/1942 (rimasto immutato), altresì nel caso che la procedura “minore” si fosse rivelata comunque preferibile al Fallimento (v. Trib. Chiavari 13/3/1992 su “Fallim.” 1993,p.300, Trib. Roma 18/10/1983 su “Dir. Fall.”1984, II, p.1086, Trib. Genova 23/3/1981 su “Giur. Comm.” 1982,II, p.854, ecc.).

Sottolinea ancora il Tribunale emiliano come “... la valutazione appena illustrata non implica alcuna ingerenza nelle scelte “primarie” – di “merito” e di “convenienza” – che restano

riservate ai creditori, concordando come questi ultimi sono pienamente “...liberi di stabilire se “aderire” oppure no alla proposta concordataria – dopo la novella, quale che sia la percentuale ivi prevista per i chirografari, dopo avere assicurato il pagamento dei cespiti assistiti da prelazione e quello delle spese in prededuzione – mentre l’attività del Tribunale opera su un livello “secondario”, conseguente all’accertamento (positivo o negativo) circa l’avvenuto “realizzo” degli obiettivi del C.P., una volta approvati dai titolari della maggioranza dei crediti ammessi al voto”; pertanto, secondo il Tribunale il problema consiste nello stabilire “... “quando” il concordato preventivo possa dirsi validamente ottemperato – così da meritare la omologazione, od almeno da rendere giustificato pronosticarla” e la soluzione “... deriva appunto dall’esito di una virtuale “prova di resistenza”, fornita dalla risposta ai criteri di “risoluzione per inadempimento” dello stesso, sanciti dagli artt.186 co.1° e 137 R.D.267/1942.”.

Alla luce di tali necessarie precisazioni in ordine al ruolo del Tribunale, si evidenzia poi come “.. il provvedimento affermativo di omologazione presupporrebbe la coincidenza fra la proposta di C.P. ed il riscontro sulla “fattibilità” del relativo piano: ciò poiché – senza consentire distinzioni fra i casi di inadempimento “non lieve” e quelli ove esso invece presenti solo “scarsa importanza” (per richiamare i termini dell’art.1455 c.c.) – l’interpretazione corrente era nel senso che “il giudice deve valutare esclusivamente se siano state rispettate le condizioni previste nel concordato, astenendosi dal compiere valutazioni discrezionali in ordine alla gravità ed all’imputabilità delle violazioni” (cfr. Cass.11503/96, Cass. 157/96, C. App. Brescia 7/5/2003 su “Gius” 2004,f.4,p.581, ecc.); senonché, alcuni degli interpreti della novella, valorizzando il profilo “negoziale” che connoterebbe il vigente meccanismo – peraltro un ruolo molto rilevante potevano assumere le specifiche clausole anche nel sistema anteriore alla riforma, quando risultassero investite dal consenso dei creditori (cfr. Cass. 17850/2003, Cass.709/93, Cass.5790/81, ecc.) – sembrano ora voler distinguere rispetto alla sorte del C.P. Sicché, da un lato l’inosservanza dei “presupposti inderogabili” (in particolare il pagamento dei “privilegiati”) escluderebbe sempre una positiva omologazione, ma d’altro canto ogni diverso “tipo” di scostamento dal progetto “originario” del

C.P. – per esempio riferibile a modalità meno soddisfacenti di adempimento verso i creditori (quali minori garanzie, o tempi più lunghi, ecc.), oppure ad una riduzione della percentuale ai chirografari – implicherebbe tale più drastica conseguenza soltanto nel caso di una differenza equiparabile al concetto di aliud pro alio: dunque, a fronte della circostanza per cui il richiedente del C.P. – tenuto conto dell’andamento della procedura, ovvero di una revisione più prudente delle stime – sia indotto poi a prospettare un’alternativa “deteriore”, il Tribunale potrebbe giudicarla tout court inaccettabile, qualora incidesse in termini davvero “notevoli” sulla natura o sull’oggetto dell’accordo, già perfezionatosi col voto della maggioranza degli aventi diritto; inoltre, varie opinioni ipotizzano la facoltà (se non l’obbligo) del giudice di “rimandare” allora il debitore davanti all’adunanza dei creditori, per sottoporre le mutate condizioni – a prescindere dal fatto che esse derivino da eventi “sopravvenuti” o da fatti “incolpevoli” – ad un nuovo “vaglio” dei più diretti interessati”.

Il Tribunale richiama la previgente disciplina in cui nel concordato preventivo "per cessione dei beni", il "vecchio" art.181 n.3) non ne subordinava l’omologazione al rispetto della (eventualmente maggiore) percentuale promessa dal debitore, bensì imponeva al debitore soltanto di ottemperare alla quota/base (pari al 40%) stabilita dal "vecchio" art.160 R.D.267/1942, rilevando come, “... la stessa tipologia concordataria non era suscettibile di "risoluzione", malgrado "nella liquidazione dei beni si fosse ricavata una percentuale inferiore al 40%", che costituiva appunto quella "soglia minima legale", ora abolita col "nuovo" art.160”; si afferma, poi che “... in quest’ultimo caso, la tesi prevalente – e condivisa da questo foro, perché coerente col fatto che la cessio bonorum non rappresenta una prestazione “di risultato” – era nel senso che la risoluzione del “C.P. per cessione dei beni” fosse subordinata all’eventualità che “la percentuale in concreto attribuita ai creditori chirografari sia di così lieve entità da apparire priva di reale significato economico”, secondo vari parametri quantitativi (si trattava del 3,99% per Trib. Padova 29/6/1995 su "Giust. Civ."1996, I, p. 1342; di "percentuale anche minima" parlano Cass.5790/81, Cass.709/93, Trib. Napoli 6/3/1997 su "Fallim."1997,p.1223, Trib. Napoli 7/11/1992 su "Dir. Fall."

1993,II, p. 719, Trib. Milano 26/9/1985 su "Fallim."1986,p.778; di "nessuna percentuale" Trib. Genova 23/11/1987 su "Fallim." 1988,p.697, e Trib. Piacenza 27/7/1987 su "Fallim."1988, p.466; ecc.)”.

Sulla scorta di tali premesse “in diritto” da parte del Tribunale emiliano si giunge ad affrontare il problema della necessità della specificazione di una precisa percentuale promessa ai creditori chirografari, affermando che “... sarebbe allora paradossale proprio nell’ipotesi specifica – ove da sempre opera in modo più limitato l’istituto della risoluzione del C.P. – adottare attualmente una interpretazione che porti a vincolare il debitore alla “quota” destinata ai chirografari, come ab origine fissata nella sua proposta iniziale”.

La soluzione negativa si giustifica, secondo il Tribunale bolognese, in quanto “... essendo abrogato il precedente requisito di un “minimo percentuale”, l’adempimento nei C.P. “con cessione dei beni” si realizza ormai attraverso l’effettiva ed integrale “messa a disposizione” del patrimonio del richiedente – per il comune vantaggio della massa dei creditori – ma senza subordinare la regolarità di tale iniziativa alla misura del suo successo economico. Dunque, una volta fatto salvo l’obbligo di soddisfare completamente le categorie dei creditori “indifferenti” – perché esentati *ex lege* dalla “falcidia” concordataria, ma esclusi contemporaneamente dalla approvazione del C.P. – anche la sopravvivenza dell’art.186 co.2° non può che essere letta "in linea" con una tendenziale deregulation del sistema (“di fatto” e “di rito”), donde l’interprete sembra autorizzato a stabilire una equivalenza “naturale”: cioè nel senso di omologare non soltanto "ogni soluzione" già riconosciuta "conveniente" dalla maggioranza dei creditori abilitati al voto, ma anche di ritenere valide tutte quelle rispetto cui il Tribunale possa logicamente presumerne l’adesione, in quanto vi ravvisi pur sempre una "nuova offerta" che – alla luce degli elementi a loro conoscenza, fino al momento della adunanza ex art.174 R.D.267/1942 – i medesimi soggetti valuterebbero "comunque preferibile" al Fallimento; se poi si tratti di una "peculiarità di approccio" limitata alla *cessio bonorum* – dando per scontato che dal richiamo letterale contenuto nel "nuovo" art.160 lett. a), unito alla persistente vigenza delle apposite (ed immutate) norme sub artt.182 e 186 co.2° citt., ancora derivi una certa disciplina

"riservata" a questa modalità di C.P. – appare piuttosto incerto, ed esorbita dalla presente materia di causa”.

Pura alla luce di tali precedenti, va sottolineato come giurisprudenza e dottrina¹⁸⁶ siano divise su tale specifico aspetto: mentre parte della giurisprudenza – come sopra ricordato - ha ritenuto tramontato ogni vincolo percentualistico da raggiungere all’esito della liquidazione (con tacita abrogazione dell’art. 186 l.f.), secondo un altro orientamento l’accentuazione dell’aspetto contrattuale significherebbe all’opposto, che quando il debitore preveda tali percentuali anche quanto a tempi di pagamento, tali circostanze se non realizzabili, precluderebbero l’omologa e se non realizzate, consentirebbero la risoluzione.

Peraltro la dottrina ha rilevato come la mancata indicazione di una percentuale da assegnare ai creditori nell’ambito della proposta di concordato, se da un lato renderebbe inapplicabile l’art. 186 l.f., prima ancora introdurrebbe “... un inammissibile tasso aleatorio che, al riparto della mera somma di informazioni acquisite nel processo dai creditori, neutralizzerebbe – con la forma tecnica della cessione dei beni – ogni portata obbligante della proposta”, con la conseguenza che “... sarebbe così evanescente la stessa serietà di quest’ultima che, in tali circostanze, mostrerebbe di chiedere la processo la mera sede dell’allestimento del voto, superato il quale ogni istituto di adempimento perde di significato”.¹⁸⁷

In questa condivisibile prospettiva si è ritenuto in giurisprudenza¹⁸⁸ che “... la proposta di concordato preventivo deve contenere la specificazione della percentuale offerta ai creditori, non potendo l’indicazione di tale dato essere affidata ad un calcolo più complesso o essere addirittura riferita all’importo che si ricaverà dalla liquidazione dell’attivo; depongono a favore di tale conclusione la natura pattizia dell’accordo con i creditori, nell’ambito del quale le rispettive prestazioni devono essere determinate o determinabili, al fine di operare, al momento del voto, la valutazione di convenienza rispetto al fallimento, nonché

¹⁸⁶ Cfr. Jachia, Il concordato preventivo e la sua proposta, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2009, pag. 1602; Paluchowski, Prime esperienze applicative dei concordati e casi nella giurisprudenza, in *Atti del convegno di Carate Brianza*, 11 novembre 2005.

¹⁸⁷ Cfr. Ferro, Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze, in *Giur. merito*, 2006, pag. 664 ss.

¹⁸⁸ Cfr. Tribunale di Piacenza, 23 giugno 2009, Pres. Tucci, est. Bersani, in www.ilcaso.it

la necessità di consentire al tribunale di esprimere un giudizio di comparazione in caso di *cram down*”.

In tale prospettiva interpretativa da parte del Tribunale di Milano¹⁸⁹ si è opportunamente evidenziato come la nuova disciplina del concordato preventivo, che ha conferito all’istituto una netta impronta contrattualistica, richiede che la proposta rispetti il requisito della determinatezza dell’oggetto del contratto, evidenziando altresì come nell’ambito dell’ampia fenomenologia della proposta concordataria prospettata in via esemplificativa nell’art. 160 legge fallimentare, si può distinguere tra offerte di soddisfacimento monetario dei crediti e offerte che prevedono invece l’attribuzione di un altro bene in varie forme, quali la conversione dei crediti stessi in capitale, obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito. Mentre nella prima ipotesi, la proposta incide sull’originario rapporto contrattuale tra debitore e creditore unicamente sotto il profilo dei termini o dell’entità del pagamento monetario, nella seconda, la modifica attiene alla natura stessa della prestazione, con la conseguenza che, nel primo caso, la regola della determinatezza dell’oggetto del contratto impone al proponente la specifica indicazione della percentuale di pagamento offerta, mentre, nel secondo caso, quello in cui la proposta incide sulla natura della prestazione, deve essere chiaramente descritto il bene che si offre ai creditori, affinché questi possano adeguatamente valutare l’alea in ordine all’effettivo valore presente e futuro di quanto sarà ad essi trasferito come modalità alternativa di soddisfazione del credito”.

Ad avviso del Tribunale milanese l’alea connessa all’accettazione della proposta si può correttamente configurare solo nel caso in cui la proposta di concordato preventivo preveda il trasferimento ai creditori di beni materiali o di crediti verso terzi, in quanto solo in tale fattispecie, “...i creditori, accettando la proposta di concordato che prevede una prestazione alternativa, accettano anche l’alea in ordine all’effettivo valore di realizzo di tale prestazione”.

In altra occasione il Tribunale Milanese è stato anche più esplicito, precisando che “a seguito dell’entrata in vigore del D.

¹⁸⁹ Cfr. Tribunale di Milano, 21 gennaio 2010, Pres. Ciampi, est. Fontana, in www.ilcaso.it doc. 2208/10.

Lgs. N. 169/07. e della modifica da esso apportata all'art. 186 comma secondo l.f., sono inammissibili le proposte di concordato preventivo che prevedano un pagamento di una percentuale ai creditori chirografari senza che tale previsione sia intesa e si traduca anche in un preciso impegno a pagare la percentuale medesima”.¹⁹⁰

Nel senso sopra ricordato si è sostanzialmente espressa anche parte della dottrina, la quale ritiene che la domanda di concordato debba contenere una proposta determinata o determinabile al momento dell'omologa del concordato, da cui si possa ricavare una percentuale attribuibile ai creditori; tale percentuale – in una prospettiva pattizia – deve essere controllabile e valutabile dai creditori al momento del voto.

In dottrina¹⁹¹, a questo proposito, si è rilevato che la mancata specificazione della percentuale offerta (o promessa) ai creditori chirografari, “...annullerebbe ogni novità della riforma, introducendo un inammissibile tasso aleatorio che, al riparo della mera somma di informazioni acquisite nel processo dai creditori, neutralizzerebbe - con la forma tecnica della cessione dei beni - ogni portata obbligatoria della proposta. Sarebbe così evanescente la stessa serietà di quest'ultima che, in tali circostanze, mostrerebbe di chiedere al processo la mera sede dell'allestimento del voto, superato il quale ogni istituto di adempimento perde di significato.”.

Infatti, se è ben vero che i che i creditori votano su una proposta illustrata criticamente dal commissario giudiziale, è altrettanto vero che lo stesso commissario “... non si assume alcuna responsabilità che non sia l'onere di informare, poiché il voto continua ad esprimersi esclusivamente sul piano dell'imprenditore; quest'ultimo ben potrebbe sormontare l'avviso sfavorevole dell'organo concordatizio con proiezioni di successo più persuasive e così ottenere il consenso dei creditori sulla sua proposta. Ciò spiega che se nel corso del processo appare certa la non fattibilità del piano per le percentuali proposte dal debitore, l'adozione della tesi della *cessio bonorum* siccome priva di vincolatività si tradurrebbe in un controllo del tribunale privo di poteri di intervento di censura, non soddisfacendo una vocazione pubblicistica la mera spinta all'inserzione del massimo corredo informativo. A meno di scindere l'impatto del mancato soddisfacimento della

¹⁹⁰ Cfr. Tribunale di Milano, 25 gennaio 2010, Pres. ed est. Lamanna, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 624 mass.

¹⁹¹ Cfr. Ferro, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. Merito*, 2006, pag. 672.

percentuale in due ambiti reattivi: uno, interno alla fase dell'omologa, sostanzialmente indifferente ad una prognosi negativa (dunque con un tribunale che valida il ricorso perché votato a maggioranza, anche se dalle risultanze istruttorie appare probabile il non conseguimento di quegli esiti soddisfattivi promessi) e l'altro, attinente alla fase esecutiva, in cui l'inadempimento a siffatto piano determina la risoluzione del concordato. Un compromesso di evidente difetto di sistematicità (e probabilmente contrario ad un'idea elementare alla base di qualunque processo, cioè l'accertamento di fatti storici o ipotesi veridiche) e che peraltro sembra consegnare la sorte di tale accordo alle scelte negoziali: prima con il voto e poi con l'iniziativa della risoluzione affidati ai creditori”¹⁹².

Si è, inoltre, evidenziato come la specificazione di una determinata percentuale in favore dei creditori chirografari si rende imprescindibile proprio con riferimento all'applicabilità dell'istituto della risoluzione previsto dall'articolo 186 legge fallimentare, evidenziando come la possibilità di "... valutare il grado di inadempimento e addirittura l'inadempimento in sé diventa più disagiata ed è complicata nei casi in cui la proposta sia articolata e complessa e, soprattutto, nel caso in cui non sia prevista una soddisfazione, oppure si è prevista una soddisfazione ma non sia promesso alcun tipo di percentuale". Con riferimento a tale ipotesi si precisa poi "... che la valutazione debba essere fatta caso per caso da parte del giudice, esaminando in concreto le attività fondamentali poste alla base del piano della condotta tenuta dal debitore; solo così sarà possibile individuare inadempimenti di rilevanza tale da poter giustificare la risoluzione del patto-contratto concluso con i creditori. Nel secondo caso deve essere la prassi ad imporre al debitore in fase di proposta di fornire un riferimento quantitativo percentuale che possa servire da elemento di comparazione dell'adempimento o meno rispetto alla proposta. Tali riferimento potrebbe essere richiesto a chiarimento dal tribunale in fase di ammissione poiché la portata del piano, e l'attestazione di fattibilità di esso, non possono prescindere dalla prefigurazione di una possibile percentuale di riparto, quando una delle funzioni che deve svolgere il piano è quella di assicurare un riparto ai creditori. Perciò nelle ipotesi in cui sia offerta anche la soddisfazione ai creditori, perché si formi correttamente il consenso dei creditori,

¹⁹² Cfr. Ferro, op. cit. pag. 672.

un parametro quantitativo di commisurazione deve essere fornita; esso sarà utile anche nell'eventuale futuro giudizio di risoluzione".¹⁹³

Altra dottrina¹⁹⁴ ha osservato come la necessaria individuazione in termini certi della percentuale attribuita ai creditori chirografari nel rispetto del principio di parità costituisca un elemento basilare del concordato fallimentare ex art. 124 R.D. 267/42.

In particolare si è precisato – con riferimento alla proposta di concordato fallimentare che tuttavia, deve essere ricordato in questa sede, costituiva lo schema sulla base del quale il Legislatore ha “costruito” il nuovo concordato preventivo - che la proposta di concordato secondo l'art. 124 R.D. 267/42 deve contenere la specifica indicazione della percentuale riconosciuta ai creditori chirografari, specificando poi, che “... con tale espressione si intende indicare la misura, nella quale ciascun creditore potrà essere soddisfatto, in ragione dell'ammontare del proprio credito. L'indicazione della percentuale implica la esistenza di una base di riferimento costituita dall'importo del credito. La “percentuale” dunque dovrebbe essere costituita da una cifra assunta a coefficiente da applicare al valore, di volta in volta, del singolo credito. Dall'indicazione della percentuale resta estraneo il parametro dell'ammontare dell'attivo fallimentare. Il dato percentuale si identifica necessariamente in un “numero” espresso o comunque facilmente determinabile attraverso una operazione di tipo aritmetico.

Nel senso della necessità della precisa indicazione delle percentuale offerta ai creditori chirografari, sembra peraltro orientata la giurisprudenza di legittimità,¹⁹⁵ la quale, seppure con riferimento alla procedura di concordato fallimentare proposto prima della riforma, ha affermato che “.... a differenza della proposta riguardante il concordato preventivo, nella quale deve essere indicata una percentuale minima pena l'inammissibilità della proposta medesima (artt. 160 e 162 l.fall.), la proposta di concordato fallimentare deve necessariamente indicare, oltre il

¹⁹³ Cfr. Pajardi – Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, VII ed, 2008, pag. 892; in tal senso cfr. anche Rivolta e Pajardi, in *Codice del fallimento*, Milano, VI ed. 2009, pag. 1819.

¹⁹⁴ Cfr. Costanza, *Determinatezza e determinabilità della “percentuale” nella proposta di concordato fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1297 ss.

¹⁹⁵ Cfr. Cass. Sez. I, 9 maggio 2007, n. 10634, Pres. Losavio, rel. Del Core.

tempo di pagamento e le garanzie offerte per assicurarne l'esecuzione, «la percentuale offerta ai creditori chirografari» (art. 124 l. fall.). Ciò vuol dire che la proposta deve contenere in modo certo - o comunque agevolmente determinabile - la percentuale offerta ai creditori chirografari. Ne consegue che la percentuale deve essere fissata in modo definitivo al momento stesso in cui la proposta è formulata”.

Osservava la Corte di Cassazione come “... l'introduzione di una percentuale mobile, in funzione del realizzo dell'attivo fallimentare, finirebbe per porre in essere una condizione potestativa della proposta concordataria, nonché un onere della stessa imprecisato nel suo ammontare minimo, l'una e l'altro assolutamente incompatibili con il sistema accolto dalla legge”, concludendo nel senso che “.... non assolve al disposto dell'art. 124 l.fall. la proposta di concordato nella quale la percentuale complessivamente offerta ai creditori chirografari non sia determinata o determinabile in base a una semplice operazione aritmetica al momento della omologazione della proposta; la sentenza deve, invero, contenere l'esatta e non modificabile indicazione della percentuale spettante a tutti i creditori chirografari manifestatisi e a quelli che potrebbero successivamente richiedere il pagamento di quanto loro dovuto. Non è pensabile, infatti, che il terzo creditore debba andare a consultare i fascicoli della procedura per accertare se e in quale misura sono stati pagati gli altri creditori per conoscere la percentuale che egli può pretendere e tanto meno che, in caso di contestazione, egli debba convenire in giudizio l'imprenditore per ottenere una sentenza di accertamento della percentuale pagata agli altri. Orbene, in base a tali inderogabili regole, nella specie la percentuale offerta ai creditori chirografari non poteva che essere ancorata a un dato certo quale quello indicato in sentenza, corrispondente al ricavo realizzato dalla liquidazione dell'attivo al momento della proposta, maggiorato del 5%. Nessun riferimento viene fatto, né poteva farsi, all'attivo realizzando dal fallimento al momento del pagamento dei crediti, perché una proposta così formulata, assoggettando la percentuale a variazione, anche dopo la sentenza di omologazione, in dipendenza di dati aleatori, sarebbe stata indeterminabile”.

A nostro avviso non può condividersi la soluzione secondo cui nell'ambito della proposta concordataria, la proposta

percentuale anziché esprimersi in un valore percentuale destinato a misurare l'entità del credito da soddisfare attuando il concordato, debba essere affidata ad un calcolo più complesso, o non predeterminabile essendo collegata – in alcuni casi concreti – all'importo che si ricaverà dalla liquidazione dell'attivo fallimentare.

In tale ipotesi, infatti, la percentuale viene indicata non in termini diretti, ma assumendo a riferimento ciò che si ricaverà dalla liquidazione: è intuitivo che, così ragionando, per stabilire la percentuale di credito che i singoli creditori chirografari riceveranno, non si potrà prescindere da quanto si ricaverà dalla liquidazione e quindi, ad un evento futuro ed incerto non valutabile preventivamente.

E' ben vero che a tale interpretazione si è replicato richiamando la natura pattizia o "transattiva" del nuovo concordato preventivo, in forza del quale i creditori ben possono esprimere il loro voto favorevole o contrario alla proposta anche in presenza anche di una percentuale indeterminata, tuttavia, anche seguendo tale linea interpretativa, si rinvencono elementi a favore di quanto sopra detto, ed anzi, propria dalla natura "pattizia" o "contrattuale" che caratterizza il "nuovo" concordato preventivo, si ricavano argomenti a sostegno della necessità di una indicazione specifica della percentuale applicata. E' sufficiente pensare che se fra le parti (debitore da un lato e creditori dall'altro) si forma un accordo avente ad oggetto la rideterminazione del debito complessivo, è evidente che le rispettive prestazioni devono essere determinate o determinabili, ex art. 1346 c.c. ed il concetto di "determinabilità" deve essere letto alla luce dell'istituto della risoluzione di cui all'art. 186 l.f., ove si prevede la risoluzione del concordato preventivo solo quando l'inadempimento sia di "non lieve entità".

Il problema si sposta, pertanto sulla determinabilità dei contenuti della proposta di concordato: la percentuale offerta ai creditori deve essere un valore determinato o determinabile al momento del voto (e quindi un valore immediatamente percepibile dai creditori), con la conseguenza che non potrebbe ritenersi ammissibile una proposta di concordato nella quale la

percentuale offerta ai creditori non sia esattamente specifica.¹⁹⁶

Va anche ricordato che la giurisprudenza è costante nell'affermare che i criteri per la determinazione dell'oggetto del contratto siano desumibili dalla dichiarazione di volontà, mentre essi non possono ricavarsi dal comportamento delle parti o alla successiva fase di esecuzione dell'accordo che nel caso che ci interessa viene individuata nella fase di liquidazione.¹⁹⁷

Ciò che si ricava dal combinato disposto degli artt. 1346 c.c. e 186 l.f. è – pertanto – nel senso che si rende necessaria la presenza di un criterio idoneo a far raggiungere un risultato sufficiente per l'identificazione di un oggetto determinato o determinabile: tale criterio non appare compatibile con il rinvio a eventi futuri ed incerti quali la vendita di tutti i beni costituenti l'attivo ad un prezzo determinato.

Ma a tale soluzione si perviene – anche - anche analizzando l'art. 180 quarto comma l. f.. E' ben vero che nel nuovo concordato preventivo - a differenza di quanto previsto dalla previgente fattispecie - non sono richieste percentuali minime; si richiede però che la percentuale sia indicata in un valore tale da attribuire ai creditori fallimentari chirografari un risultato migliore di quello che il fallimento potrebbe loro assicurare (cfr. l'ipotesi del *cram down* di cui all'art. 180 quarto comma l. f.); da ciò deriva che la specificazione di una percentuale costituisce un presupposto indispensabile per effettuare il giudizio di comparazione in termini ragionevoli da parte del Tribunale in caso di opposizione da parte dei creditori dissenzienti.¹⁹⁸

Riteniamo, pertanto, inammissibile la proposizione di un concordato con la previsione di una percentuale variabile di pagamento ai chirografari, perché essa vanificherebbe lo scopo del concordato, né – ai sensi dell'art. 1346 c.c. - l'indicazione della percentuale potrebbe essere rimessa a criteri di determinabilità aleatori.

La percentuale dovrà - quindi - essere costituita da un valore sufficientemente determinato al momento in cui la proposta deve essere sottoposta al giudizio dei creditori e di

¹⁹⁶ Cfr. Trib. Piacenza, 23 giugno 2009, Pres. Tucci, est. Bersani, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. 1780/09

¹⁹⁷ Cass. 19 marzo 2007, n. 6519, in Mass. Giur. It. 2007.

¹⁹⁸ Cfr. Tribunale di Piacenza, ult. cit.

quello del Tribunale nella fase di omologazione.

A favore della tesi che a nostro avviso appare preferibile e che impone la specificazione della esatta e precisa percentuale offerta ai creditori fin dalla fase della proposta, sussiste un ulteriore elemento.

Si è evidenziato¹⁹⁹ “... che al di là della qualificazione del concordato preventivo quale fattispecie di natura negoziale, è indubbio che gli effetti del concordato si realizzano non per volontà del proponente bensì per il provvedimento di omologa. La flessibilità propria del negozio giuridico e dell'autonomia privata non appartengono alla proposta di concordato preventivo, la quale si cristallizza in un provvedimento giurisdizionale che non tollera né progressività di formazione né aleatorietà di risultati. Le certezze richieste alla proposta di concordato ex art. 124 R.D. 267/42 vanno oltre i requisiti di validità dell'atto giuridico, dove il rispetto della volontà è preminente, almeno laddove questa determina gli effetti giuridici”.

Pertanto la “... divaricazione fra effetti segnati dalla legge e dalla determinazione volitiva indica il momento in cui la sovranità dell'autore della dichiarazione arretra per lasciare spazio alle esigenze della certezza del contenuto dell'atto del quale la legge stabilisce le conseguenze”.²⁰⁰

Osserva ancora la citata dottrina, come “... la determinatezza diviene così presupposto imprescindibile perché si attuino le conseguenze che la legge fa scaturire. L'oggetto o il contenuto di una clausola, determinabili mediante criteri indicati dalle parti, ma non individuati fin dall'origine, sono incompatibili con certezze che la legge richiede per dare luogo a situazioni che pur presupponendo una libera decisione sono intese dalla legge come produzioni di conseguenze che non tengono in considerazione l'intendimento effettivo dell'autore”.²⁰¹

In tale prospettiva appare imprescindibile la corretta formazione del processo volitivo, la quale se “... assume intensità più o meno rilevanti così il contenuto dell'atto può avere margini di determinatezza più o meno allargati”; la conclusione è nel senso che la proposta di

¹⁹⁹ Cfr. Costanza, op. cit.

²⁰⁰ Cfr. Costanza, op. cit. passim.

²⁰¹ Cfr. Costanza op. cit. passim.

concordato “... appartiene ragionevolmente alle figure dove l’autonomia si riduce alla fase propulsiva il cui avvio può compiersi soltanto attraverso univocità che respingono non solo l’interpretazione, ma pure l’incompletezza”.

La mancanza di una proposta precisa e determinata non permette, dunque, di esprimere una valutazione che nel concordato fallimentare, così come in quello preventivo si manifesta nell’adesione dei creditori prima e poi nell’omologazione da parte del Tribunale.

Alla luce delle considerazioni giurisprudenziali e dottrinali sopra indicate, riteniamo – come già anticipato - che sia imprescindibile l’indicazione di una percentuale specifica fin dal momento dell’ammissione;

Tale percentuale dovrà essere espressa in termini percentuali precisi rispetto ai crediti chirografari e privilegiati (a nostro avviso per tale ultima categoria solo con riferimento ai creditori privilegiati speciali alla luce dell’indicazione dell’art. 160 l. f.)

In caso contrario – come già sopra osservato - si priverebbe di efficacia l’istituto della risoluzione che, al contrario, il Legislatore della riforma ha inteso mantenere, riformulandolo ex novo. Appare – infatti - evidente come, per poter stabilire se un inadempimento alla proposta concordataria sia o meno “di scarsa importanza”, sarà necessario una preventiva ed esatta determinazione dell’obbligo cui dovrà attenersi il debitore a seguito dell’omologa del concordato preventivo.