

## CONCORDATO PREVENTIVO: PROFILI GENERALI E LIMITI DEL CONTROLLO GIUDIZIALE \*

STEFANO AMBROSINI

### 1. I soggetti ammessi ad accedere alla procedura

Legittimati a presentare domanda di ammissione al concordato preventivo sono, oggi non diversamente che in passato, gli imprenditori commerciali privati non piccoli, atteso che l'art. 1 della legge fallimentare continua a stabilire che sono soggetti alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione controllata gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

I problemi interpretativi riguardano, piuttosto, alcune fattispecie già oggetto di dibattito nel vigore della precedente disciplina e, soprattutto, le conseguenze dell'intervenuta abrogazione dei requisiti soggettivi di cui al vecchio art. 160.

Per quanto concerne le prime, deve ribadirsi l'impossibilità di proporre domanda di concordato da parte del socio illimitatamente responsabile<sup>1</sup>. Nel senso che il socio non possa venire ammesso al concordato depongono infatti chiaramente sia la circostanza che la legge – come testé ricordato – circoscrive il novero dei soggetti legittimati agli imprenditori commerciali, sia la constatazione che la norma dell'art. 154 in tema di concordato fallimentare, in base alla quale ciascuno dei soci dichiarati falliti in estensione *ex art. 147* può proporre un concordato ai creditori sociali e particolari concorrenti nel suo fallimento, non è stata riprodotta né richiamata nella nuova disciplina del concordato preventivo. Ed in tale contesto non pare ammissibile precludere ai creditori particolari del socio l'esperimento di azioni esecutive individuali a tutela delle proprie pretese.

---

\* Il presente saggio anticipa, in forma sintetica, alcune delle considerazioni esposte nel volume *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, destinato al *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, di prossima pubblicazione per i tipi della Cedam.

<sup>1</sup> Nel medesimo senso, prima della riforma, MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, p. 209, nonché, in giurisprudenza, Cass., 1° luglio 1992, n. 8097, in *Fallimento*, 1993, p. 27.

Quanto alle implicazioni, sotto il profilo che ci occupa, dell'abrogazione dei requisiti di cui al vecchio art. 160, esse attengono all'ammissibilità del concordato preventivo di una società irregolare o di fatto. Ed invero, posto che in passato tale ipotesi era esclusa in ragione della carenza del requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese<sup>2</sup>, il venir meno di questa prescrizione nel novellato art. 160 dovrebbe oggi consentire di configurare quest'eventualità.

Come già ricordato, poi, l'odierno art. 160 non richiede più che il soggetto che chiede l'ammissione al concordato abbia tenuto, da almeno un biennio (o dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una durata inferiore), "una regolare contabilità". E' peraltro dubbio che possa oggi prescindere completamente da tale requisito, quanto meno nell'accezione fornita dalla giurisprudenza più recente, vale a dire nel senso di contabilità idonea a ricostruire l'andamento della gestione nel periodo considerato<sup>3</sup>. In questa direzione pare infatti orientare il disposto dell'art. 161, là dove si richiede che il debitore alleggi al ricorso una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e, soprattutto, che l'esperto attesti, nella propria relazione, "la veridicità dei dati aziendali"<sup>4</sup>.

## 2. Il presupposto oggettivo: lo "stato di crisi"

Nel riscrivere l'art. 160 il legislatore ha introdotto un concetto, quello di impresa in crisi, in precedenza estraneo alla legge fallimentare.

Il termine "crisi" non è peraltro inedito nel nostro ordinamento, se è vero, ad esempio, che già nel 1979 la legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria si riferiva, appunto, alle "grandi imprese in crisi"<sup>5</sup>; e che il Titolo IV del Testo Unico Bancario del 1993 era – ed è tutt'oggi – rubricato "Disciplina delle crisi". Manca tuttavia, in questi come in altri provvedimenti normativi ove il vocabolo "crisi" compare, una sua definizione; fa eccezione, per vero, il recente d. lgs. n. 122 del 2005, contenente disposizioni per la

<sup>2</sup> Cass., 6 ottobre 2000, n. 13322, in *Fallimento*, 2001, p. 73. Per ulteriori riferimenti v. M. BLANDINI – MASTRIA, *Il concordato preventivo nella giurisprudenza*, Padova, 2002, p. 34 ss.

<sup>3</sup> Cass., 23 febbraio 2000, n. 2056, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 144.

<sup>4</sup> Su questi aspetti v., in generale, FORTUNATO, *Contabilità e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 524 ss.

<sup>5</sup> La legge n. 270 del 1999, che l'ha sostituita, parla invece di grandi imprese in stato di insolvenza e così pure la legge n. 39 del 2004, che ha convertito in legge il decreto n. 347 del 2003 (c.d. Decreto Parmalat).

tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire<sup>6</sup>, ma si tratta di disciplina settoriale, improntata a finalità specifiche e, come tale, insuscettibile di fornire una nozione dotata di valenza generale<sup>7</sup>.

L'avvenuta sostituzione, quale presupposto del concordato, dell'insolvenza con lo stato di crisi pone, anzitutto, un problema di carattere definitorio.

Personalmente, non ritengo – a differenza di quanto da altri sostenuto – che l'imprenditore in crisi (ma non insolvente) sia *sic et simpliciter* quello che, in base al disposto del vecchio art. 187, versa in una condizione di temporanea difficoltà di adempiere alle proprie obbligazioni<sup>8</sup>; e ciò a prescindere dalla qualificazione, invero un po' artificiosa<sup>9</sup>, di insolvenza reversibile (contrapposta all'insolvenza irreversibile) quale fornita dalla giurisprudenza a supporto della teoria della c.d. *consecutio* fra amministrazione controllata e fallimento ai fini del decorso del periodo sospetto a partire dalla prima procedura<sup>10</sup>.

La situazione di illiquidità, infatti, ancorché statisticamente assai frequente, non costituisce un elemento indefettibile dello stato di crisi, potendo la condizione di malessere economico manifestarsi in altri modi, a cominciare da un forte squilibrio nei conti dell'impresa. Ben può accadere, in altri termini, che, pur al cospetto di un significativo "sbilancio" fra l'attivo e il passivo, l'impresa non abbia (ancora) problemi di liquidità, ad esempio perché non è del tutto venuta meno la concessione di credito da parte del sistema bancario.

---

<sup>6</sup> In argomento v., fra gli altri, PANZANI, *I fallimenti immobiliari*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 259 ss.

<sup>7</sup> Ne costituisce puntuale riprova il fatto che la norma in questione menziona come situazioni di crisi, accanto alla domanda di concordato preventivo ed ai provvedimenti di assoggettamento alle altre procedure concorsuali, la trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto di compravendita.

<sup>8</sup> Nello stesso senso DEMARCHI, *sub art.* 163, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 81, il quale osserva giustamente che "la temporanea difficoltà di adempiere di cui all'art. 187 l. fall. non si identifica con il generale concetto di crisi, ma ne costituisce uno dei possibili aspetti".

<sup>9</sup> Cfr. TERRANOVA, *Lo stato d'insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 62 ss., ove il rilievo che questa terminologia è ambigua, perché non chiarisce se la crisi sia superabile senza il ricorso a procedure concorsuali o, all'opposto, soltanto per il tramite di esse.

<sup>10</sup> In dottrina si è giustamente osservato, sul punto, che "attraverso la riconduzione alla nozione di crisi della temporanea difficoltà di adempiere non si risolve (...) il problema dell'attribuzione allo stato di crisi di un significato diverso da quello di stato di insolvenza" (GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 59).

Quanto fin qui osservato consente altresì di confutare l'affermazione in base alla quale, “nonostante le apparenze, non vi è alcuna sostanziale differenza tra crisi e insolvenza, giacché nessuna delle due ha come necessario presupposto la cessazione dei pagamenti, mentre l'incapienza patrimoniale le condiziona entrambe”<sup>11</sup>.

Deve invero considerarsi, da un lato, che l'imprenditore insolvente non è più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni se non con mezzi anormali (cessazione “virtuale” dei pagamenti, secondo la felice espressione di Gustavo Bonelli), mentre ciò non vale necessariamente per l'imprenditore in crisi; dall'altro, che in presenza di uno stato di vera e propria insolvenza la prospettiva di risanamento risulta preclusa, il che non può dirsi al cospetto di una semplice crisi, la quale pure lascia di regola presagire un'imminente incapienza patrimoniale.

Del resto, la c.d. crisi finanziaria, intesa come squilibrio nel rapporto fra flussi di risorse e fabbisogno monetario dell'impresa, non è equiparabile *tout court* all'insolvenza, quanto meno ogniqualvolta essa non dipenda da cause strutturali e comunque non appaia connotata da sufficiente stabilità.

Lo stato di crisi è dunque “comprensivo tanto dell'insolvenza vera e propria quanto di situazioni ad essa prodromiche o finitime, ma che insolvenza ancora non sono e che, verosimilmente, dovrebbero distinguersene proprio sul piano di un loro possibile superamento, sia pure attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione e di ristrutturazione del debito”<sup>12</sup>.

In queste ultime situazioni può a mio avviso rientrare anche l'intervenuta riduzione del capitale al di sotto del minimo legale<sup>13</sup>, nella misura in cui la prospettiva della liquidazione (con conseguente riduzione del

---

<sup>11</sup> TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 573. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 797, ove si osserva come “il termine crisi, in assenza di una definizione normativa specifica, sia sinonimo di insolvenza, sì da ricomprendere sia l'insolvenza reversibile (temporanea difficoltà ad adempiere) sia l'insolvenza irreversibile di cui all'art. 5 legge fallimentare” (corsivo aggiunto).

<sup>12</sup> Così CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, cit., 31; nel medesimo senso SANDULLI, *sub art. 160*, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 983, il quale sostiene che lo “stato di crisi” vada inteso “come espressione omnicomprensiva di ogni fenomeno di “malessere” economico-finanziario dell'imprenditore”, cui sia consentito aggiungere AMBROSINI, *sub art. 160*, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 17, ove il rilievo che nel concetto di crisi rientrano “le situazioni nelle quali il venir meno dell'equilibrio economico-finanziario comporta il pericolo che l'imprenditore non sia, di lì a breve, più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”.

<sup>13</sup> Che certo non integra di per sé uno stato di decozione.

valore dei cespiti, fino a quel momento calcolato nell’ottica della continuità aziendale) risulti idonea a mettere a repentaglio la possibilità di soddisfacimento dei creditori<sup>14</sup>.

Non ricade invece nella nozione di stato di crisi la mera perdita di capacità reddituale, che ben può essere – ed anzi normalmente è – transeunte e quindi superabile senza il ricorso alla procedura di concordato, essendo del tutto estraneo alla funzione di quest’ultima il recupero della redditività attraverso il sacrificio del ceto creditorio<sup>15</sup>.

Ciò detto in linea teorica, è opportuno soggiungere come assai spesso, in concreto, la linea di demarcazione fra crisi e insolvenza si presenti alquanto sottile. La stessa crisi finanziaria, a ben vedere, può essere riguardata diversamente a seconda delle lenti che si inforcano per esaminare il fenomeno; ed al riguardo va verosimilmente condivisa l’affermazione secondo cui “tutto dipende dall’orizzonte cronologico al quale si fa riferimento (...): la crisi finanziaria preclude, o non preclude, il ritorno alla normalità, a seconda che la prognosi venga riferita ad un termine breve (al limite immediato), o riguardi un più lungo lasso di tempo”<sup>16</sup>.

Neppure l’elemento della reversibilità del dissesto, d’altra parte, va enfatizzato oltre un certo limite, se è vero che la giusta considerazione della dimensione dinamica propria dell’attività d’impresa deve tener conto del fatto che valutazioni spiccatamente aleatorie appaiono difficilmente conciliabili con la “filosofia” del nostro sistema concorsuale<sup>17</sup>.

Sono queste le ragioni per cui chi scrive ha pronosticato, in sede di primo commento alla novella, che in un contesto normativo qual è il nostro, che – come detto – non prevede un sistema di controlli sull’impresa tale da rendere tempestivamente percepibile il sopraggiungere della crisi, il ricorso al concordato sarebbe continuato ad avvenire al manifestarsi di uno stato di insolvenza in senso proprio. E la prima casistica formatasi nell’impero della nuova legge sembra confermare questa – peraltro facile – previsione, se è

---

<sup>14</sup> Cfr. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 61.

<sup>15</sup> E v. GUGLIELMUCCI, *ivi*, 62, secondo il quale non è “seriamente ipotizzabile che (...) una procedura concorsuale possa diventare strumentalmente un mezzo per far pagare ai creditori il recupero della redditività”. Così anche TERRANOVA, *op. ult. cit.*, 570-571, ove il rilievo che “il concordato non è nato per espropriare i creditori (...). Se si volesse attribuire alla procedura una simile funzione si enterebbe in contrasto con la tutela costituzionale della proprietà (che concerne anche i crediti) oltre che, verosimilmente, con le norme dell’Unione Europea a tutela della concorrenza”.

<sup>16</sup> TERRANOVA, *ivi*, 561.

<sup>17</sup> Ne consegue – come afferma CAVALLI, *cit.*, 32 – che, “qualora l’incapacità d’adempiere presenti un connotato di sufficiente stabilità, l’impresa è insolvente anche se la situazione di crisi potrebbe ritenersi potenzialmente reversibile”.

vero che dalla lettura dei provvedimenti editi emerge la circostanza che gli imprenditori che hanno chiesto l'ammissione al concordato erano pressoché tutti già insolventi.

### **3. Le “ricadute” sul piano applicativo della diversità fra crisi e insolvenza**

La distinzione fra crisi e insolvenza non viene in rilievo esclusivamente dal punto di vista teorico-sistematico, ma reca con sé significative implicazioni di ordine pratico.

Una prima considerazione attiene ad un aspetto solo in apparenza estraneo alla tematica in questione, quello dell'elemento soggettivo della revocatoria fallimentare.

In proposito, la riforma è intervenuta in modo alquanto incisivo – come noto – sull'elemento oggettivo dell'azione, disegnando una vasta area di esenzione che, specie con riferimento a determinate categorie di atti (le rimesse in conto corrente bancario anzitutto), finisce col rendere l'istituto largamente inoperante rispetto al passato, tanto più a seguito del dimezzamento del periodo sospetto.

Il legislatore non si è invece pronunciato con riguardo all'elemento soggettivo, sebbene da più parti si invocasse una precisazione in merito alla necessità di dimostrare, in capo al terzo, l'*effettiva* conoscenza del dissesto e non la sua mera conoscibilità (principio per vero da tempo sancito, quanto meno “sulla carta”, dalla stessa giurisprudenza, ma di fatto vanificato dalla decisiva rilevanza annessa ad indicatori di tipo presuntivo).

Orbene, non ritengo che l'introduzione del concetto di crisi ad opera dell'art. 160 sia del tutto neutra ai fini che ci occupano, nella misura in cui la legge ha con ciò preso atto dell'esistenza di una gamma di situazioni che lasciano presagire un probabile dissesto, ma che ancora non danno luogo ad insolvenza in senso proprio; e siccome l'art. 67 continua a parlare di conoscenza dello stato di insolvenza, potrà in concreto risultare più arduo che in precedenza, per le curatele, sostenere l'assunto della *scientia decoctionis* allorquando si invocano semplici segnali di crisi e non già effettive manifestazioni di insolvenza.

La questione centrale all'interno della problematica che si sta esaminando è tuttavia quella della c.d. consecuzione fra concordato

preventivo e fallimento, dal momento che l'alterità fra i presupposti delle due procedure sembra a tutta prima minare *ab imis fundamentis* tale costruzione.

Il profilo interferisce nuovamente con l'istituto della revocatoria, e segnatamente con la possibilità di far decorrere il periodo sospetto dalla procedura concordataria, dal momento che l'altro aspetto che viene qui in evidenza – il carattere prededucibile dei crediti sorti in costanza di concordato – è oggi espressamente chiarito dal secondo comma dell'art. 111, che qualifica come debiti di massa “quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”.

Proprio questa previsione, a ben vedere, testimonia come sia affrettato pretendere di “archiviare” la teoria della *consecutio*, costituendone detta norma, anzi, il puntuale recepimento in relazione alla prededucibilità dei crediti; e l'intrinseca debolezza dell'argomento *ubi lex noluit tacuit* non vale certamente a suffragare la soluzione opposta con riguardo alla questione del decorso del periodo sospetto.

Un ulteriore rilievo che induce cautela nel considerare superata la teoria in parola scaturisce dalla constatazione che già in passato essa trovava applicazione con riferimento a procedure – l'amministrazione controllata e il fallimento – fondate su presupposti diversi. E' ben vero che ciò era giustificato, seppur in maniera discutibile, dalla qualificazione della temporanea difficoltà di adempiere in termini di insolvenza reversibile, ma tale ricostruzione non risultava immune da evidenti forzature rispetto a due concetti tenuti pur sempre distinti dalla legge del 1942; senza dire che la “crisi” di cui all'odierno art. 160 – come ricordato al paragrafo precedente – ha come sua più frequente fenomenologia, per l'appunto, la carenza di liquidità.

Depone infine nella direzione della persistente configurabilità della *consecutio* fra procedure l'argomento *ab inconvenienti*. Ed invero, negare la revocabilità degli atti compiuti prima dell'ammissione al concordato significa mettere nelle mani del debitore uno strumento di tutela del ceto creditorio che per sua natura non può dipendere da iniziative discrezionali (quando non dilatorie e strumentali) dell'imprenditore in crisi; significa, di fatto, consentire, nelle ipotesi più patologiche, accordi fra il debitore e quello o quei creditori che sono stati soddisfatti a scapito degli altri, magari con mezzi anormali di pagamento o con atti notevolmente sproporzionati.

Come dimostra il meccanismo sanzionatorio che colpisce gli atti di frode (art. 173, c. 1°), la soluzione concordataria postula una sostanziale correttezza delle condotte pregresse. Se però – com'è stato efficacemente osservato – “l'equilibrio si rompe (perché alcuni creditori iscrivono delle

ipoteche giudiziali), o se l'imprenditore fa il furbo (alienando dei beni per sottrarli ai creditori o per pagare gli amici), scattano le reazioni, che non possono essere vanificate da contromosse del debitore (la presentazione di un'istanza di concordato, che porti al consolidamento degli acquisti fraudolenti), pena la rottura dell'ingranaggio"<sup>18</sup>.

In definitiva, delle due l'una: o si contesta la validità della teoria della *consecutio* sulla scorta della diversità dei presupposti delle due procedure (il che poteva farsi già in precedenza, di là dal più volte ricordato orientamento giurisprudenziale in tema di temporanea difficoltà di adempiere); ovvero, se si ammette che tale diversità non sia ostativa ai nostri fini, si deve riconoscere che neppure oggi mancano gli argomenti a favore di detta teoria, a cominciare proprio dalle esigenze di tutela dei creditori, che la passata giurisprudenza ha comprensibilmente assecondato "con un'interpretazione teleologica delle norme, che supera la lettera della legge e quindi può sembrare "pretoria", ma che ha permesso al sistema di sopravvivere"<sup>19</sup>.

Venendo ora più direttamente alle "ricadute" del problema sulla disciplina positiva del concordato, si tratta di appurare come vadano interpretate quelle norme che, non avendo la riforma apportato le pur necessarie correzioni, continuano a prevedere, in tutta una serie di casi (artt. 162, 163 u.c., 173, 179, 186, u.c.), la "conversione" del concordato in fallimento.

In proposito, va detto che già in base alla legge n. 80 del 2005 nelle situazioni testé menzionate non poteva più farsi luogo *omisso medio* alla dichiarazione di fallimento in via officiosa, dovendosi previamente verificare la sussistenza dello stato di insolvenza e non di mera crisi. Il principio è ora sancito in termini generali dall'art. 6, 1. fall., che ha espunto dal nostro ordinamento l'istituto della dichiarazione di fallimento d'ufficio; dal che consegue, ad esempio, che nelle ipotesi di inammissibilità della domanda di concordato o di mancata approvazione della relativa proposta il debitore potrà essere assoggettato a fallimento solo su iniziativa di un creditore, ovvero del pubblico ministero (al quale la *notitia decoctionis* sarà giunta, con tutta probabilità, dallo stesso tribunale fallimentare).

A tale regola sembrano fare eccezione quelle disposizioni che stabiliscono, in presenza di determinate situazioni, il passaggio automatico dal concordato al fallimento, nel senso che esse, verosimilmente, "andranno lette, alla luce del nuovo presupposto oggettivo, come norme che – in deroga alle previsioni dell'art. 6 – consentono, per circostanze del tutto oggettive

<sup>18</sup> TERRANOVA, *op. ult. cit.*, 574-575.

<sup>19</sup> TERRANOVA, *ibidem*.

(mancato versamento del deposito, risoluzione o annullamento del concordato), che quindi sfuggono ai dubbi di violazione del principio del giudice terzo, al tribunale di procedere alla istruttoria tendente ad accertare lo stato di insolvenza e quindi a dichiarare il fallimento”<sup>20</sup>.

In ogni caso, un contributo – per così dire – di semplificazione può essere fornito, sul piano pratico, dallo stesso provvedimento di ammissione al concordato, nella misura in cui questo chiarisca espressamente se il debitore istante versa in stato di decozione o di semplice crisi; ferma restando naturalmente – salva l’ipotesi testé enucleata – l’impossibilità di una dichiarazione di fallimento *ex officio*.

Resta da prendere in esame, nell’ambito della disciplina sul concordato, il disposto dell’art. 236, il quale – come noto – commina le stesse sanzioni previste per la bancarotta ad amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società in concordato preventivo; e in relazione ad esso occorre chiedersi se sia tuttora applicabile o meno ad una procedura che non presuppone più necessariamente l’insolvenza del debitore, ovvero se la sua applicabilità postuli la previa verifica di tale stato.

In passato a tale interrogativo – formulato evidentemente in termini diversi – hanno fornito soluzioni opposte la giurisprudenza della Cassazione e quella della Corte costituzionale.

Secondo i giudici di legittimità, l’accertamento dello stato di decozione costituisce il presupposto indefettibile della norma in questione<sup>21</sup>, laddove per la Consulta l’art. 236, con l’estensione del reato alle cc. dd. procedure minori, mira a preservare la garanzia patrimoniale dei creditori, in vista della semplice eventualità del loro non integrale soddisfacimento<sup>22</sup>.

Questa seconda impostazione sembra adattarsi anche al problema di cui trattasi, atteso che il rischio di incapienza patrimoniale è appunto consustanziale al concetto di crisi.

D’altronde, com’è stato messo in evidenza – il concordato è una procedura “lasciata alla libera iniziativa del debitore. L’imprenditore collettivo che si trova in stato di crisi non è obbligato a chiedere il concordato, ma, se ritiene di accedere alla procedura, sa che potrà essere

---

<sup>20</sup> SANDULLI, cit., 983, il quale indica anche un diverso percorso interpretativo, che conduce pur sempre al medesimo risultato: “Se si volesse comunque conservare una euritmia normativa, considerando ferma la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio, si potrebbe ritenere che la domanda di ammissione al concordato preventivo, in presenza di stato di insolvenza, nel caso la domanda sia inammissibile o decada, si “converta” *ex lege* in una richiesta di fallimento da parte del debitore *ex art. 6 legge fallimentare*”.

<sup>21</sup> Cass. pen., 5 febbraio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2221.

<sup>22</sup> Corte cost., 18 maggio 1989, n. 268, in *Giur. cost.*, 1989, .fasc. 3.

incriminato per i reati di cui agli artt. 216 e 217, anche qualora non sia insolvente”<sup>23</sup>.

Quanto ai dubbi che la genericità del termine “crisi” solleva rispetto al requisito della sufficiente determinatezza della fattispecie penale, essi paiono superabili sulla scorta del rilievo che “l’art. 236 punisce gli organi sociali sul presupposto dell’apertura di una procedura concorsuale, senza che il giudice penale compia alcuna indagine sulla ricorrenza delle condizioni di ammissibilità (che vengono vagliate esclusivamente dal tribunale civile)”<sup>24</sup>.

Per quanto attiene, infine, all’applicabilità al concordato preventivo del regolamento comunitario n. 1346 del 29 maggio 2000 sulle procedure di insolvenza (entrato in vigore il 31 maggio 2002 e quindi prima della riscrittura dell’art. 160 della nostra legge fallimentare), essa appare esclusa dal fatto che l’art. 1, nel descrivere il campo di applicazione di detto regolamento, menziona esclusivamente le procedure concorsuali fondate sull’insolvenza del debitore, nonché dalla circostanza che nell’Allegato A del medesimo regolamento risulta bensì menzionato il concordato preventivo ma non anche l’amministrazione controllata.

#### **4. Il trattamento dei creditori privilegiati**

Il dubbio circa la possibilità che la proposta di concordato preventivo contempli il pagamento parziale dei creditori privilegiati rappresenta – come noto – un “portato” della miniriforma del 2005, soprattutto in virtù della previsione di cui all’art. 160, che da un lato ha eliminato la percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, dall’altro ha introdotto, con riguardo all’ipotesi in cui la proposta concordataria preveda la suddivisione dei creditori in classi, la configurabilità di “trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse”.

La dottrina prevalente non ha tuttavia ritenuto che gli elementi di novità contenuti nella legge n. 80 del 2005 fossero sufficienti a suffragare una soluzione del problema in senso positivo. Si è infatti attribuita valenza ostativa al disposto dell’art. 177, terzo comma (lasciato inalterato dalla riforma), in base al quale i creditori privilegiati non hanno diritto al voto salvo che rinuncino al privilegio, e si è posto l’accento sulla circostanza che

---

<sup>23</sup> DEMARCHI, *sub art. 163*, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 86.

<sup>24</sup> DEMARCHI, *ibidem*.

la legge continua ad essere imperniata sull'indifferenza dei creditori privilegiati rispetto all'esito del concordato, giacché costoro, dovendo appunto essere soddisfatti integralmente, non sono interessati ad esprimere il loro assenso (o dissenso) rispetto alla proposta<sup>25</sup>

L'impostazione in base alla quale i titolari di crediti muniti di prelazione, in quanto privi del diritto di voto (e come tali *indifferenti* all'esito del concordato), andrebbero soddisfatti per intero è stata tuttavia messa in discussione dalla riforma organica del 2006<sup>26</sup>. Ed all'indomani della novella chi scrive ha osservato che la predetta conclusione "è oggi resa meno sicura per effetto dell'introduzione, ad opera del d. lgs. n. 5 del 2006, dell'art. 182-ter, rubricato "Transazione fiscale", il cui primo comma, nel consentire al debitore di proporre, con la domanda di concordato, il pagamento parziale o differito dei debiti tributari, stabilisce che, se il credito è assistito da privilegio, *la percentuale*, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non

<sup>25</sup> Fra i primi ad impostare in questi termini il problema PANZANI, *Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare*, in [www.fallimentonline.it](http://www.fallimentonline.it); nello stesso senso GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 72; PACCHI, *L'adunanza dei creditori*, in PACCHI e altri, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 209-210; DE CRESCIENZO-PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 25-27; AMBROSINI, *Commento all'art. 160*, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 34 ss.; CANALE, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 897 ss.; FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 592; BOZZA, *Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato*, *ivi*, 952, nonché, pur con qualche apertura, GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 923 ss.; in termini possibilisti si sono fin dall'inizio espressi, seppur dubitativamente, GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, 132 e DEMARCHI, *Commento all'art. 177*, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, 123 ss.; decisamente nel senso dell'ammissibilità di pagamenti parziali a beneficio del ceto privilegiato, invece, CENSONI, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 736; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1162; L. MANDRIOLI, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Fallimento*, 2005, 1337 ss., e soprattutto C. FERRI, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 695 ss.; *ID.*, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 556 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 514, nonché in *Fallimento*, 2006, 691, con commento critico di C. FERRI, *cit.*; nel medesimo senso Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, *ivi*, 2005, 1402; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 559, con nota, favorevole sul punto, di CANALE, *Orientamenti e disorientamenti nelle prime interpretazioni giurisprudenziali sul nuovo concordato preventivo*; Trib. Messina, 29 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 678.

<sup>26</sup> (e v., tra i primi a porre in luce il problema, DEMARCHI, *Quella svolta nel concordato preventivo: creditori privilegiati verso la deminutio*, in *Dir. e Giust.*, 2006, 97 ss)

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. Il fatto che la legge preveda ora espressamente la sacrificabilità dei crediti privilegiati, seppur con specifico riferimento alle sole pretese del fisco, induce in effetti a dubitare della persistente intangibilità di questo genere di crediti e a domandarsi se, per tale via, non si sia invece inteso configurare la possibilità di proporre, con la domanda di concordato, il pagamento parziale di qualsiasi credito munito di privilegio”<sup>27</sup>.

La soluzione al problema basata sull’art. 182-ter, peraltro, è stata inizialmente prospettata dallo scrivente in termini dubitativi, anche in ragione del fatto che detta norma, ove ritenuta di portata generale, si sarebbe potuta ritenere incostituzionale sotto il profilo dell’eccesso di delega, dal momento che la legge delega non contempla la facoltà di intervenire sulla disciplina del concordato preventivo<sup>28</sup>.

Più ancora che l’art. 182-ter, si è sostenuto che sia la nuova disciplina del concordato fallimentare a mettere in discussione il principio dell’assoluta intangibilità dei privilegiati, sul presupposto che la regola introdotta dall’art. 124 a proposito dei privilegi speciali – di cui può ora prevedersi il pagamento parziale a condizione che il piano indichi una misura di soddisfacimento non inferiore a quella realizzabile sul ricavato della vendita del bene oggetto della garanzia – sia suscettibile di applicazione analogica al concordato, stanti la segnalata lacuna normativa e le maggiori affinità, alla luce della nuova disciplina, fra concordato preventivo e concordato fallimentare. E tale disposizione parrebbe estensibile al concordato preventivo anche sulla scorta dell’argomento *a fortiori*, atteso che, se detta falcidia è prevista in ambito fallimentare, a maggior ragione dovrebbe venire ammessa nel caso di una procedura concepita per risolvere situazioni di crisi. Con la precisazione,

---

<sup>27</sup> AMBROSINI, *La domanda di concordato preventivo, l’ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 323-324, nota 3.

<sup>28</sup> La tesi fondata sul disposto dell’art. 182-ter è stata propugnata più convintamente, oltre che da DEMARCHI, *op. ult. cit.*, da SCOVAZZO, *Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, cit., 330, il quale afferma che, in virtù del disposto dell’art. 182-ter, “la falcidia dei credito privilegiato non costituisce (più) una impresentabile fantasia dell’interprete, ma entra a pieno titolo tra le fattispecie costitutive di una proposta di concordato”; scettici su tale soluzione, invece, PATTI, *Il sindacato dell’autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fallimento*, 2006, 1024; VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo: disciplina e primi problemi applicativi*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, cit., 310, il quale ha tuttavia mutato avviso nel saggio *La riforma della legge fallimentare: il nuovo concordato e gli accordi stragiudiziali*, in [www.fallimentonline.it](http://www.fallimentonline.it).

però, che l'art. 124 non riguarda i privilegi generali e che comunque i trattamenti differenziati fra classi di creditori – come detta disposizione chiarisce espressamente – non possono avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione<sup>29</sup>.

In un successivo lavoro, ormai prossimo alla pubblicazione (*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, destinato al *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino), chi scrive ha ritenuto di valorizzare più intensamente gli elementi ricavabili dalla disposizione sulla transazione fiscale, pur segnalando il difetto di coordinamento con l'immutato art. 177 in punto assenza del diritto di voto, e pur non sottacendo le perplessità riguardo all'introduzione della regola del pagamento in percentuale dei crediti privilegiati attraverso una norma deputata a disciplinare un istituto ben delimitato qual è appunto la transazione fiscale.

Quanto ai profili di incostituzionalità dell'art. 182-ter per eccesso di delega, il rischio che la norma incorra presto o tardi in una tale censura appare concreto (a meno di voler ritenere, non senza forzature, che il carattere organico della riforma e le esigenze di coordinamento interno siano idonee a scongiurare questo pericolo); nondimeno, l'esegesi conservativa della previsione sotto il profilo della sua costituzionalità non sembra in grado di orientare l'interprete in senso contrario rispetto alla soluzione del soddisfacimento parziale del ceto privilegiato, dal momento che anche la lettura che vede la possibilità di pagamenti percentuali circoscritta all'ipotesi in cui venga proposta la transazione fiscale, darebbe luogo a non meno gravi sospetti di illegittimità costituzionale, comportando un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei creditori diversi dall'erario.

Orbene, in quella che, a quanto consta, è la prima pronuncia in materia resa dalla giurisprudenza dopo la novella del 2006 il percorso argomentativo appare in buona misura conforme all'ipotesi di soluzione fin qui prospettata.

---

<sup>29</sup> AMBROSINI, *op. loc. ult. cit.*; nel medesimo senso v. ora GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2006, 327, il quale, con riferimento alla relazione giurata dell'esperto ex art. 124, afferma che "l'esigenza di evitare ritardi nella presentazione della proposta di concordato preventivo (...) induce a ritenere che alla designazione dell'esperto possa provvedere il proponente del concordato e che alla correttezza della valutazione possa estendersi l'attestazione del professionista prescritta dall'art. 161, 3° comma"; favorevole al ricorso all'interpretazione analogica anche CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2006, 637-638; per una critica a tale impostazione v. invece FERRI, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, cit., 697, nota 12, il quale peraltro era giunto alla tesi della sacrificabilità del ceto privilegiato, in base ad altri – non condivisibili – argomenti, già prima della novella del 2006.

E' stato il Tribunale di Torino ad affrontare *funditus* la questione, offrendo soluzioni solidamente argomentate e – quanto meno ad avviso dello scrivente – largamente condivisibili.

Questi i passi salienti della motivazione:

“L’art. 182 ter rubricato “transazione fiscale”, nel suo primo comma, pur nella sua non felice formulazione, consente – se interpretato letteralmente – il pagamento parziale dei crediti tributari. Nella sua prima proposizione, il comma prende in considerazione il pagamento parziale di detti crediti “limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria”. La seconda proposizione tratta degli stessi crediti e si riferisce al pagamento dilazionato di essi. La terza proposizione prevede il caso in cui detti crediti siano muniti di privilegio e stabilisce che essi possano essere pagati in “percentuale” e che debbano essere soddisfatti in misura non inferiore a quella dei crediti che abbiano un grado di privilegio inferiore o a quelli che abbiano una posizione giuridica o interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali.

Quest'ultima previsione istituisce dunque una comparazione, il cui primo termine è costituito dai crediti tributari privilegiati ed il secondo è costituito (trascurando, per semplicità, i “crediti che hanno una posizione giuridica o interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali”) dai crediti che godono di un privilegio di grado inferiore a quello dei crediti tributari.

Ne consegue che viene inserito nel sistema il principio per cui devono esistere una o più categorie di creditori privilegiati, diversi dal fisco, per cui è ammissibile la proposta di soddisfacimento in misura non integrale.

Ciò basta per far venire meno, come si diceva, l'assunto, pur in precedenza (prima della entrata in vigore della novellazione organica) fondatamente accolto, secondo cui il soddisfacimento integrale di tutti i privilegiati sarebbe una condizione di ammissibilità della proposta concordataria.

Occorre tuttavia chiedersi quale sia la disciplina del diritto di voto nella adunanza dei creditori dei privilegiati << falciati >>.

L’art. 182 *ter*, dopo aver previsto la possibilità di un pagamento “*in percentuale*” dei crediti privilegiati tributari e dei crediti di grado successivo, dispone (al terzo e quarto comma) espressamente che l’adesione o il diniego alla proposta di concordato da parte delle agenzie fiscali avvenga con il voto in sede di adunanza dei creditori. Nulla è detto per gli altri creditori privilegiati falciabili (il secondo termine del paragone di cui si diceva innanzi).

Appare allora chiaro che esiste un'aporia tra l'art. 177/3 co. 1.f., laddove si prevede che i creditori privilegiati "...non hanno diritto al voto" (se non rinunciano al diritto di prelazione), e l'art. 182 *ter* che, al contrario, prevede espressamente il diritto di voto solo per alcuni creditori privilegiati falcidiabili e cioè per il Fisco.

Su queste premesse, risulta evidente che l'art. 177 co. 3 l.f., nella parte in cui esclude senza eccezione alcuna dal diritto di voto i creditori privilegiati non rinuncianti al privilegio, non può più trovare integrale applicazione.

In prima approssimazione, e rimanendo ad un livello di esegesi meramente letterale, si potrebbe ritenere che il principio permanga come regola generale ("nessun privilegiato vota mai"), cui venga apportata la sola eccezione ora prevista per l'ipotesi della formazione di una classe relativa ai crediti privilegiati del Fisco, per cui è previsto il voto adesivo nella adunanza dei creditori ai sensi dell'art. 182 *ter* commi 3 e 4 l.f. ("salvo il caso del concordato fiscale in cui le Agenzie delle Entrate possono aderire esprimendo il loro voto"). Ma è evidente che questa interpretazione, se può apparire corretta in termini lessicali, non è in realtà accettabile, in quanto introduce una disparità di trattamento, quanto al diritto di voto, inammissibile tra diverse categorie di creditori privilegiati. In altre parole, se si ammette, come per le innanzi esposte ragioni si ammette, che l'introduzione dell'art. 182 *ter* l.f. imponga di includere, nel novero delle classi a cui il debitore può proporre un soddisfacimento non integrale (in breve: classi falcidiabili), anche classi di creditori privilegiati non tributari, ancorché solo, in ipotesi, con un grado di privilegio inferiore a quello (o quelli) del fisco, allora diviene giuridicamente contraddittorio ed inaccettabile pervenire ad una lettura che attribuisca il diritto di voto nel concordato preventivo, nell'ambito dei privilegiati soggetti a falcidia, solo al fisco e non anche alle altre eventuali classi di privilegiati a cui si propone un analogo sacrificio.

Ma allora, se l'interpretazione meramente letterale del combinato disposto degli artt. 177 co. 3 e 182 *ter* co 3 e co 4 non è sostenibile, si deve prendere atto che esiste nel sistema una contraddizione, - quella aporia di cui già si è detto, - che impone di disapplicare una delle due disposizioni. Considerata la successione nel tempo degli interventi riformatori, non può che prevalere l'art. 182 *ter*. Onde diviene giocoforza ricercare al di fuori della previsione dell'art. 177 co. 3 la disciplina del voto, per le classi di privilegiati diversi dal fisco cui si proponga il soddisfacimento parziale.

Il rinvio, analogico, non può che essere alle norme sul concordato fallimentare, quale istituto affine.

Viene in particolare in rilievo l'art. 127 co. 2 l.f., il quale appare quasi identico all'art. 177 co. 3, salvo precisare che sono in assoluto esclusi dal diritto di voto non già tutti i privilegiati, ma i privilegiati “dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento”. Donde il principio, che esaudisce l'istanza di integrazione normativa da cui si sono prese le mosse, secondo cui le classi di creditori a cui, pur trattandosi di privilegiati, sia prospettato un parziale sacrificio delle loro ragioni, debbono partecipare al voto.

Il 4° comma dell'art. 127 disciplina ulteriormente detto diritto di voto, precisando che i privilegiati << falcidiabili >>, ossia dei quali è proposto il pagamento parziale, sono “considerati chirografi per la parte residua del credito”. Il che induce a ritenere che essi debbano esercitare il diritto di voto non per l'intero del loro credito, ma per la parte di cui non viene offerta la soddisfazione integrale.

Gli artt. 128 e 129 istituiscono, infine, le regole per la valutazione del voto, ai fini dell'approvazione del concordato, in maniera identica rispetto a quanto previsto dagli artt. 177 co. 1 e 2 e 180 c. 4 per il concordato preventivo, salvo aggiungere, all'art. 129 u. co., che le classi dei creditori privilegiati per i quali è previsto il pagamento integrale (quindi non ammessi al voto) “*sono considerate favorevoli ai soli fini del requisito della maggioranza delle classi*”.

Sembra dunque conseguire una razionale e completa disciplina secondo cui:

- . debbono ammettersi classi di privilegiati falcidiabili;
- . in tal caso, i relativi creditori hanno diritto di voto;
- . essi votano solo per la parte di credito di cui non è previsto il soddisfacimento integrale, e per la quale sono, appunto, assimilati ai chirografari;
- . i soli creditori privilegiati di cui è previsto il soddisfacimento integrale sono effettivamente esclusi dal voto; in tale classe sono inclusi i privilegiati falcidiabili per la parte di credito che viene soddisfatta integralmente;
- . ai fini del computo della maggioranza delle classi, rilevante in caso di dissenso di una o più classi votanti (art. 129 co. 7; art. 180 co. 4), la classe di cui al punto che precede, che non viene considerata al fine del computo della maggioranza dei crediti, è valutata come una classe consenziente.

Ci si deve a questo punto chiedere se il principio della falcidiabilità dei crediti privilegiati debba essere esteso alla totalità di essi o solo ad alcune categorie.

Le disposizioni di cui all'art. 182 *ter*, chiave di volta della nuova lettura complessiva dell'istituto del concordato preventivo, a rigore impongono la risposta affermativa solo per i privilegiati di grado inferiore ai privilegi accordati dall'ordinamento ai crediti tributari. O più precisamente, posto che i crediti del fisco sono caratterizzati da gradi diversi di privilegio, per i privilegiati (non tributari) di grado inferiore al privilegio di grado più elevato che la legge (codice civile, leggi speciali) riconosce al fisco.

Ma una retta considerazione delle norme sopra indicate, e soprattutto le ricordate novità introdotte con la riforma fallimentare, portano a ritenere che il legislatore abbia inteso consentire, oltre alla possibilità di pagamento parziale dei crediti privilegiati tributari e di grado inferiore, almeno anche la possibilità di proporre il pagamento parziale dei creditori privilegiati speciali.

Invero, appare certo, stante il tenore letterale delle norme (cfr. in particolare artt.124, 125, 127 *lf*), che in sede di concordato fallimentare sia possibile il pagamento parziale dei creditori privilegiati speciali nei limiti del valore del bene “vincolato”, cioè nei limiti del valore “realizzabile” del bene su cui insiste il privilegio. Lo specifico riferimento, di cui all'art. 124 co. 2 *l.f.*, alla “soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita (...)”, non sembra in proposito lasciare adito a dubbi.

Ed allora, nel momento in cui la sistematica ordinamentale autorizza, ed anzi impone, di andare ermeneuticamente alla ricerca della definizione della categoria dei privilegiati falcidiabili, la quale dimostratamente esiste, ma altrettanto chiaramente non viene definita in termini positivi dalle norme, sembra ragionevole e conforme a diritto utilizzare l'analogia *juris* con il concordato fallimentare anche per questa particolare ricerca, oltre che per la disciplina del voto”<sup>30</sup>.

In conclusione, se mal non si interpreta il pensiero dei giudici torinesi, il solo dubbio che residua attiene alla falcidiabilità dei privilegi generali di rango superiore a quello del fisco (ad esempio, i crediti per contributi dovuti ad istituti previdenziali ed assistenziali rispetto ai crediti per tributi diretti dello Stato: art. 2778, nn. 8) e 18), c.c.; per non dire, ovviamente, dei crediti di cui all'art. 2751-*bis*, che come noto sono collocati immediatamente dopo le spese di giustizia), essendo invece acclarata, nella suddetta prospettiva,

<sup>30</sup> Così Trib. Torino, 19 dicembre 2006, ric. Cartiera di Germagnano, inedito.

tanto la soddisfattibilità parziale dei privilegi generali di grado inferiore quanto quella dei privilegi speciali.

Ed al riguardo delle due l'una: se si considerano gli artt. 182-ter e 124 come espressione di un principio di carattere generale – e gli spazi in tal senso non mancano –, non parrebbero esservi limiti alla sacrificabilità dei crediti privilegiati (né sembra possibile introdurre un'eccezione riguardo ai crediti da lavoro subordinato invocando la tutela costituzionale dei diritti dei lavoratori, da cui appare francamente arduo far discendere l'intangibilità di siffatti crediti<sup>31</sup>); se invece in tali disposizioni si ravvisano i *confini* della categoria dei creditori privilegiati falciabili, non dovrebbero ritenersi decurtabili, anche alla luce della “fissità” del restante quadro normativo, le pretese creditorie assistite da cause di prelazione generale di grado superiore rispetto ai crediti erariali.

Il problema – manco a dirlo – è aperto.

## 5. Il controllo del tribunale nella fase di ammissione al concordato

Per quanto attiene all'oggetto del controllo in sede di ammissione alla procedura, il primo comma dell'art. 163 stabilisce che il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo dichiara aperta la procedura di concordato preventivo.

Il tenore della norma depone chiaramente nel senso che non spetta al tribunale verificare la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore, giacché tale compito – come già osservato – 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. Ed è appunto sulla sussistenza di questi elementi che il tribunale è chiamato ad effettuare il proprio controllo, senza poter svolgere alcun sindacato di merito sulla proposta di concordato<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Senza dire che, diversamente opinando, analoga “copertura costituzionale” dovrebbe valere, ad esempio, per i crediti delle imprese cooperative e di quelle artigiane (art. 45, commi 1° e 2°, Cost.).

<sup>32</sup> Il principio in base al quale non spetta al tribunale, nella fase di ammissione, verificare la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore, giacché tale compito è affidato dal nuovo art. 161 legge fall. al professionista incaricato di predisporre l'apposita relazione, risulta condiviso tanto dai primi commentatori della novella (GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, cit., 88; PACCHI, *L'ammissione al concordato preventivo*, in PACCHI e altri, *Il*

Ciò non toglie che, qualora il tribunale consideri priva 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, debba essere dichiarata l’inammissibilità della domanda (sempre che il debitore non provveda in tempo utile ad emendare tali vizi con le opportune integrazioni). In quest’ottica va oggi letto l’art. 162, che non sembra, pertanto, implicitamente abrogato, se non nella parte in cui fa riferimento alle condizioni di cui al secondo comma dell’art. 160, eliminate – come si è visto in precedenza – a seguito della riformulazione della norma.

Il secondo comma dell’art. 162, in base al quale, nel caso di inammissibilità del ricorso, “il tribunale dichiara d’ufficio il fallimento del debitore”, deve a sua volta interpretarsi nel senso che la sentenza di fallimento non può più intervenire d’ufficio ma, alla luce di quanto stabilito dall’art. 6, va necessariamente “stimolata” da uno dei soggetti cui compete la relativa iniziativa; ed è lecito prevedere che sarà il tribunale stesso a segnalare l’insolvenza (quale emersa nel giudizio preconcordatario) al pubblico ministero affinché questi presenti istanza di fallimento. In ogni caso, non potrà farsi luogo a fallimento se non previa audizione del debitore, a meno che questi non sia già stato in precedenza ascoltato dal tribunale anche ai fini di un’ipotetica dichiarazione di fallimento.

Va ancora segnalato come l’art. 162 continui a richiedere che venga sentito il pubblico ministero, anche se, ad avviso di alcuni, il fatto che la legge demandi in via esclusiva ai creditori ogni valutazione sul merito della proposta priverebbe tale presenza di giustificazione, mentre secondo altri, più persuasivamente, si deve giungere alla conclusione opposta, tenendo conto sia del menzionato dato letterale che del tenore dell’art. 173 relativamente

---

*nuovo concordato preventivo*, cit., 129-130; DE CRESCIENZO-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*, cit., 69; CENSONI, *Il “nuovo” concordato preventivo*, cit., 723 ss.; ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1147; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell’impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, cit., 1159 ss.; CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e Ricci, Padova, 2005, 207 ss.), quanto dalla prevalente – seppur non unanime – giurisprudenza (Trib. Torino, 16 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 559; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56; Trib. Treviso, 15 luglio 2005, *ivi*, 63; Trib. Alessandria, decr., 18 gennaio 2006, inedito; *contra* Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 793).

agli atti di frode, il cui compimento da parte del debitore, che integra una causa di arresto della procedura (e quindi, a monte, di inammissibilità della domanda), il pubblico ministero può contribuire ad individuare.

In ogni caso, il dubbio circa la necessità o meno di ascoltare il pubblico ministero, alimentato dalla complessiva ambiguità del dettato normativo, rende agevole pronosticare il formarsi di prassi contrastanti presso i vari tribunali.

Tornando al controllo da parte del tribunale, occorre rilevare come esso divenga più penetrante nell'ipotesi in cui la proposta di concordato preveda la suddivisione del ceto creditorio in classi, giacché si richiede che il provvedimento di ammissione sia preceduto dalla valutazione circa la correttezza dei criteri adottati nella formazione delle diverse classi. La persistente attenzione del legislatore per il (pur ridimensionato) principio della *par condicio creditorum* si manifesta qui con l'attribuzione al tribunale di un controllo che non è di mera legittimità, essendo l'autorità giudiziaria chiamata a verificare che l'imprenditore abbia effettuato la divisione in classi seguendo canoni di *ragionevolezza*.

## **6. Il controllo del tribunale nel corso della procedura: gli atti di frode**

I poteri più rilevanti che il tribunale può esercitare successivamente all'ammissione dell'impresa al concordato sono quelli di cui all'art. 173; norma, questa, che – come molti osservano – non può considerarsi implicitamente abrogata (neppure limitatamente al secondo comma), non essendo dato scorgere una chiara *intentio legis* in tal senso.

Ai sensi del primo comma dell'art. 173, infatti, se su segnalazione del commissario giudiziale si accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente o messo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri *atti di frode*, il giudice delegato ne informa il tribunale, il quale emetterà una declaratoria di improseguibilità del concordato (senza più, in linea di principio, pronunciare il fallimento in via automatica, a dispetto della persistente formulazione della norma, frutto di un palese difetto di coordinamento). Analogo provvedimento verrà adottato dal tribunale, *ex art. 173, c. 2°*, ove emerga che, durante la procedura di concordato, il debitore ha compiuto atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se – recita sempre

la previsione in esame – “in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”.

Il dubbio più consistente si pone, in proposito, relativamente alla portata della locuzione “atti di frode”, giacché non è del tutto certo, da un lato, che vi rientrino comportamenti pur obiettivamente censurabili quali, ad esempio, il falso in bilancio, dall'altro (e più in generale), che ai fini dell'applicazione della norma rilevino anche le condotte poste in essere *anteriamente* alla domanda di concordato, atteso che non è più richiesto il requisito della meritevolezza del debitore.

Anche alla luce del rilievo che la disposizione in parola non è stata in alcun modo toccata dalla riforma, la risposta pare dover essere positiva per entrambi i suddetti interrogativi<sup>33</sup>.

Sul primo punto, invero, deve ritenersi che eventuali sottrazioni di denaro piuttosto che occultamenti o distruzioni di beni aziendali da parte del debitore, ancorché avvenute prima della presentazione del ricorso, al pari di ogni altro atto consapevolmente dannoso per i creditori siano da considerare come altrettante cause di arresto della procedura. L'*argumentum ab inconvenienti*, d'altronde, riveste notevole pregnanza, se è vero che, diversamente opinando (e quindi attribuendo rilievo ai soli atti successivi alla domanda), basterebbe sottrarre la cassa il giorno prima del deposito del ricorso per sfuggire all'applicazione della norma.

Per quanto concerne la rilevanza di eventuali false comunicazioni sociali, parrebbe opportuno operare una distinzione tra le condotte di fraudolenta esposizione del passivo o di fraudolenta sottrazione dell'attivo e le condotte di natura meramente valutativa, quali la sopravvalutazione dell'attivo o la sottovalutazione del passivo, annettendo solo alle prime la conseguenza dell'improcedibilità del concordato, anche alla luce di quanto disposto in tema di annullamento dal combinato disposto degli artt. 186 e 138<sup>34</sup>.

A ciò si aggiunga che relativamente alle falsità di carattere valutativo si pone un problema di prova dell'elemento soggettivo, nel senso che, pur in presenza di atti astrattamente riconducibili alle false comunicazioni sociali (quale non pare essere, peraltro, la semplice divergenza fra i dati contabili dell'impresa ed i valori indicati nelle perizie allegate dallo stesso debitore al ricorso, stante l'ottica liquidatoria cui queste ultime sono improntate), non vi

---

<sup>33</sup> Conforme Trib. Torino, decr., 6 marzo 2006, inedito.

<sup>34</sup> E v. il saggio di ABBATE, *Relazione dell'esperto e adempimenti del Commissario Giudiziale*, pubblicato nel presente volume.

è di regola la dimostrazione che tali condotte siano state, in allora, accompagnate dall'elemento del dolo<sup>35</sup>.

## 7. Il controllo del tribunale in sede di giudizio di omologazione

La nuova disciplina dell'omologazione, come noto, ha eliminato il compito del tribunale di verificare, in tale sede, sia la meritevolezza del debitore che la convenienza della soluzione concordataria.

L'art. 180 stabilisce oggi che il tribunale, una volta constatata l'approvazione del concordato, deve fissare un'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga affisso all'albo del tribunale e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti, nonché qualsiasi altro interessato, devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando una memoria difensiva contenente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, oltre all'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti. Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere.

Il tribunale quindi assume, anche d'ufficio ma comunque nel contraddittorio delle parti, tutte le informazioni e le prove necessarie, eventualmente delegando uno dei componenti del collegio per l'espletamento dell'istruttoria. Se la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 177 risulta raggiunta, il tribunale "approva" (*recte* omologa) il concordato con decreto motivato; tale provvedimento è comunicato al debitore, nonché al commissario giudiziale, il quale provvede a darne notizia ai creditori, ed è pubblicato e affisso a norma dell'art. 17.

Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal tribunale, che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo.

Per il caso in cui siano previste diverse classi di creditori, la norma stabilisce infine che il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 177, possa "approvare" (*recte*, anche qui, omologare) il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di

---

<sup>35</sup> E v., in questi esatti termini, Trib. Torino, decr., 6 marzo 2006, cit.

creditori, a condizione che la maggioranza delle classi abbia approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alla classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Di là dalle specifiche questioni esegetiche, che non si intende peraltro trascurare, l'aspetto cruciale dell'istituto in esame è costituito dalla delimitazione dei poteri del tribunale in questa fase. Ed in proposito il testo dell'art. 180 impone all'interprete di affrontare e risolvere, anzitutto, un problema di metodo; problema la cui soluzione deve muovere dal rifiuto di letture aprioristiche come quelle basate sull'assunto che il nuovo concordato rappresenterebbe nulla di diverso da un contratto che si perfeziona col voto favorevole della maggioranza dei creditori e che, come tale, non è più in alcun modo sindacabile dall'autorità giudiziaria (se non nell'ipotesi di divisione dei creditori in classi).

E' invero notoriamente scorretto, sotto il profilo appunto metodologico, dare per presupposto ciò che deve invece costituire oggetto di dimostrazione, giacché altrimenti ogni questione dubbia potrebbe risolversi puramente e semplicemente sulla scorta del *favor* del legislatore per la soluzione concordataria.

Anche la risposta all'interrogativo circa la natura ed i limiti del sindacato del tribunale in sede di omologazione, dunque, va ricercata sul piano dell'esegesi, la quale dev'essere condotta – come ha più volte ribadito la Cassazione – all'insegna della tendenziale prevalenza dell'interpretazione logico-letterale su quella c.d. teleologica.

Venendo allora alla previsione di cui trattasi, in base ad una prima lettura dell'art. 180, c. 5°, l. fall., il tribunale, in assenza di opposizioni da parte di uno o più creditori dissenzienti, parrebbe doversi limitare a verificare il raggiungimento della maggioranza richiesta dall'art. 177 e procedere *tout court* all'omologazione del concordato<sup>36</sup>.

Senonché – come ho già avuto modo di osservare<sup>37</sup> – questa lettura, schiettamente “riduzionistica”, non persuade appieno, tanto da essere stata disattesa da pressoché tutti i provvedimenti finora resi sull'argomento; il che è di regola dipeso, ad avviso di chi scrive, non già dall'intento dei giudici di conservare gelosamente le proprie tradizionali prerogative, ma – come si vedrà subito in appresso – da un'interpretazione del nuovo tessuto normativo

<sup>36</sup> In tal senso, fra i primi, GUGLIELMUCCI, cit., 107; DEMARCHI, *sub* art. 180, in AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 138 ss.

<sup>37</sup> AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, in *Fallimento*, 2006, 1037.

nel suo complesso e dalle ineludibili esigenze di coerenza sistematica ad esso sottese<sup>38</sup>.

Non sono tanto gli indici testuali ricavabili, secondo alcune pronunce<sup>39</sup>, dall'art. 180, che non paiono peraltro rivestire portata determinante, quanto piuttosto – come già altrove ho avuto modo di rilevare<sup>40</sup> – il disposto del secondo comma dell'art. 173 a deporre decisamente nel senso che il tribunale ha il potere-dovere di verificare la fattibilità del piano concordatario, dal momento che, in base a detta previsione, se *in qualunque momento* emerge la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, la procedura deve arrestarsi.

---

<sup>38</sup> Non a caso – com'è stato osservato – “gli unici profili problematici sui quali si registra una certa uniformità di opinioni nelle prime decisioni dei Tribunali fallimentari riguardano (...), soprattutto, l'esclusione che il ruolo del Tribunale fallimentare sia confinato, tanto in sede di ammissione al concordato preventivo, quanto - e particolarmente - in sede di omologazione della procedura, ad un controllo formale sulla completezza della documentazione prodotta e sulla regolarità del procedimento. Viene affermato con forza, al contrario, il dovere-potere del Tribunale fallimentare di verificare l'attendibilità e la fattibilità del "piano" sottoposto dall'imprenditore concordatario ai propri creditori, anche facendo ricorso - nella fase dell'omologazione - all'esercizio di poteri istruttori attivati d'ufficio” (così BONFATTI, *Osservazioni a Trib. Milano*, 7 novembre 2005, e ad altri provvedimenti, in *Fallimento*, 2006, 64).

<sup>39</sup> V. ad es. Trib. Bari, 7 novembre 2005, cit., ove si pone in evidenza, “anzitutto, la facoltà, prevista dall'art. 180 legge fallimentare, per "qualsiasi interessato" al giudizio di omologazione (e quindi anche per i creditori, il Commissario e altri, purchè muniti evidentemente di specifico interesse), di sollevare eccezioni processuali e di merito anche non rilevabili d'ufficio, di richiedere mezzi istruttori e di depositare documenti”; in secondo luogo, la “previsione di poteri istruttori del Tribunale, da esercitare anche in maniera officiosa, e quindi a prescindere dall'eventuale opposizione all'omologazione presentata da chicchessia, poteri istruttori che alcun senso e giustificazione avrebbero qualora si fosse inteso limitare il controllo del Tribunale ad una mera verifica del raggiungimento delle maggioranze o comunque ad un controllo di natura meramente formale. Ancora, la previsione di una specifica e concreta attività che il Commissario Giudiziale può e deve compiere, sia prima dell'adunanza dei creditori ex art. 172 legge fallimentare, sia soprattutto dopo l'adunanza stessa, allorchè gli si impone non solo di costituirsi nel giudizio di omologazione ma anche di depositare "il proprio parere motivato" ex art. 180 legge fallimentare. Invero, alcun dubbio può esservi, al contrario, sulla natura dell'attività richiesta al Commissario Giudiziale dopo la conclusione delle operazioni di voto e nel seno del giudizio di omologazione, allorchè il proprio parere di giustifica solo in quanto funzionale al giudizio di accertamento e valutativo che compete al Tribunale in sede di omologazione; né può sostenersi che tale attività sia rivolta invece agli interessati al giudizio de quo, in quanto il termine previsto per il deposito del parere coincide con quello stabilito per la costituzione degli altri soggetti”.

Nel senso opposto dell'irrelevanza di tali argomenti letterali v. invece Trib. Torino, decr., 29 maggio 2006, inedito.

<sup>40</sup> *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, cit., 323-325. In senso analogo VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo: disciplina e primi problemi applicativi*, ivi, 312; FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di “nuovo” concordato preventivo*, cit., 704-705; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: ambito del controllo giudiziario e requisiti di ammissibilità*, cit.

“Risulta allora evidente – come affermato in giurisprudenza – che una lettura complessiva, logica e sistematica dell'istituto in oggetto induce a sostenere che anche, e soprattutto, in sede di omologazione al tribunale sia demandato proprio il controllo della sussistenza e permanenza (e cioè sia *ab initio* che all'attualità, potendo la situazione *medio tempore* mutare) delle condizioni per l'ammissibilità al concordato evincibili dal combinato disposto di cui agli artt. 160 e 161 legge fallimentare”<sup>41</sup>.

Tale assunto appare corroborato dalle caratteristiche consustanziali all'istituto stesso dell'omologazione. Come si è giustamente osservato in altra pronuncia di merito, infatti, “l'omologazione giudiziaria altro non è che la verifica della conformità alla legge e dell'aderenza agli interessi pubblici di un'attività privata (nel caso in esame avente natura prettamente negoziale). Se così è, non pare possibile privare l'organo giurisprudenziale del potere - dovere di verificare, oltre alla regolarità formale della procedura, anche l'ulteriore profilo della rispondenza agli interessi generali dell'accordo concordatario; e tale rispondenza andrà riscontrata soltanto nel caso in cui, verificato il raggiungimento della maggioranza prescritta, si possa ritenere che la proposta di concordato sia effettivamente attuabile”<sup>42</sup>.

Dai rilievi che precedono discende che il tribunale, ogniqualvolta riscontri, sulla scorta della relazione e del parere del commissario<sup>43</sup> ed a prescindere da eventuali opposizioni, che il piano proposto dal debitore non è fattibile, non può procedere all'omologazione ancorché la maggioranza *ex art. 177* risulti raggiunta, ma deve, ove ritenga l'impresa insolvente, segnalare la circostanza al pubblico ministero affinché questi promuova la dichiarazione di fallimento.

Acclarato dunque il potere-dovere del tribunale, nell'ambito del giudizio di omologazione, di verificare la fattibilità del piano di concordato e poste in evidenza le conseguenze derivanti dall'esito negativo di tale verifica, occorre ancora chiarire come debba procedersi, in concreto, a questo controllo.

---

<sup>41</sup> Così Trib. Bari, 7 novembre 2005, cit.; conformi Trib. La Spezia, decr., 4 agosto 2005, inedito; Trib. Pescara, decr., 13 ottobre 2005, inedito; Trib. Padova, decr., 20 ottobre 2005, inedito; Trib. Prato, decr., 5 dicembre 2005, inedito; Trib. Torino, decr., 23 marzo 2006, inedito.

<sup>42</sup> Trib. Milano, decr., 1° dicembre 2005, inedito. L'estensore del provvedimento ha poi avuto modo di ribadire il proprio pensiero – che chi scrive condivide – anche in sede scientifica (VITIELLO, *op. loc. cit.*).

<sup>43</sup> Ove detto parere si esprima invece nel senso della fattibilità, sembra precluso ogni intervento officioso del tribunale, con l'unica eccezione, forse, del caso – che non esiterei a definire “di scuola” – in cui le conclusioni prognostiche favorevoli ivi contenute siano contraddittorie rispetto ai ricalcoli effettuati dallo stesso commissario.

Trattandosi di una valutazione tipicamente comparativa, vanno enucleate le due componenti da porre a raffronto. Ed in proposito è pacifico che il primo di questi elementi sia costituito dalla percentuale calcolata dal commissario e, di regola, indicata in via definitiva nel parere *ex art.* 180. Quanto al secondo termine del paragone, esso va probabilmente individuato nella proposta *ab origine* formulata dal debitore<sup>44</sup>, a meno che costui abbia provveduto a presentare un'offerta peggiorativa e questa abbia espressamente ottenuto il consenso dei creditori.

Detta conclusione sembrerebbe avvalorata dal fatto che, quando la legge parla di fattibilità del piano (art. 163, ult. cpv.), si riferisce alle condizioni prospettate dal debitore nella domanda di concordato, nonché dal rilievo che il piano originario è l'unico documento "certificato" dalla relazione del professionista *ex art.* 163, nella quale è contenuta l'attestazione da cui la legge fa in sostanza dipendere l'ammissione alla procedura.

Non priva di argomenti a sostegno, tuttavia, è anche la tesi secondo la quale i creditori prestano pur sempre il loro assenso alla proposta sulla scorta dei rilievi esposti dal commissario nella relazione *ex art.* 172, nel che andrebbe ravvisata l'espressione di un consenso informato da parte del ceto creditorio in ordine alle mutate prospettive di soddisfacimento<sup>45</sup>. E questa tesi potrebbe, a ben vedere, progressivamente affermarsi in giurisprudenza, anche alla luce della sua maggior sintonia con il *favor* per la soluzione

---

<sup>44</sup> Cfr. VITIELLO, *ibidem*, ove il rilievo che in tanto l'omologazione può aver luogo in quanto "la proposta di concordato sia effettivamente attuabile *nei termini in cui è stata formulata* (corsivo aggiunto); nel medesimo senso, parrebbe, FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di "nuovo" concordato preventivo*, cit., 704-705.

<sup>45</sup> MASCARELLO, *L'omologazione del concordato preventivo*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, cit., 344, la quale ritiene che, "se l'adunanza dei creditori, seppure la proposta sia attuabile in senso meno conveniente quanto alla percentuale offerta ai chirografi rispetto alla proposta iniziale, abbia comunque potuto esprimere un consenso adeguatamente informato e quindi abbia accettato in senso patrizio e rilevante *ex art.* 1372 c.c. la proposta definitiva, ogni rilievo d'ufficio del tribunale circa l'eventuale divergenza tra la proposta iniziale e quella concretamente fattibile sia precluso". In senso sostanzialmente analogo, in giurisprudenza, Trib. Torino, decr., 29 maggio 2006, cit., ove il rilievo che, nel caso in cui "il consenso si sia formato su una previsione inferiore a quella originaria, ma in linea con i valori desumibili dagli accertamenti del Commissario, debitamente comunicati prima del voto, (...) pare doversi concludere che la verifica del Tribunale in sede di omologazione non debba spingersi oltre". *Contra* FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di "nuovo" concordato preventivo*, cit., 704-705, secondo cui l'accentuazione dell'aspetto contrattuale significa, in realtà, che, quando il debitore preveda determinate percentuali e dettagli il piano, anche quanto ai tempi di pagamento, "tali circostanze, se non realizzabili, precludono l'omologa ovvero, se non realizzate, consentono la risoluzione. La circostanza per cui i creditori votano su uno specifico e dettagliato piano (l'impegno "negoziale" assunto dal debitore ed "aderito" dai creditori) dovrebbe allora, come sembra preferibile, essere inteso alla stregua di un vero vincolo, con contenuto fattibile e, nel prosieguo, attuato".

concordataria che indubbiamente traspare dalla riforma, sebbene essa risulti obiettivamente meno tutelante per i creditori, specie in considerazione del fatto che, di regola, una parte di costoro esprime il voto ancor prima del deposito (e comunque indipendentemente dal contenuto) della relazione commissariale.

## 8. L'eventuale risoluzione del concordato

Anche a seguito della riforma del 2006, l'art. 186 l. fall. continua a stabilire, al primo comma, che al concordato preventivo si applicano le disposizioni degli artt. 137 e 138, le quali regolano la risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare.

Per quanto attiene all'ipotesi di risoluzione, l'art. 137 prevede che il tribunale si attivi ai fini della risoluzione su segnalazione del curatore (vale a dire, nel caso di concordato preventivo, del commissario giudiziale) e del comitato dei creditori, ovvero "su ricorso di uno o più creditori o anche d'ufficio".

La dottrina che ha affrontato *ex professo* il tema della risoluzione nel concordato preventivo appare unanimemente orientata nel senso di ritenere vincolante per l'interprete il rimando operato dall'art. 186 all'art. 137, sicché il tribunale può promuovere il giudizio di risoluzione, oltre che su istanza di uno o più creditori, su segnalazione del commissario ed anche d'ufficio<sup>46</sup>.

Per quanto concerne i profili sostanziali, la nuova normativa sul concordato preventivo, come noto, ha sensibilmente stemperato (fin quasi ad annullare) le differenze fra concordato con garanzia e concordato per cessione dei beni, nella misura in cui essi sono venuti a costituire altrettante possibili "fenomenologie" della proposta del debitore, la verifica della quale, vuoi da parte dell'esperto e del commissario, vuoi da parte del tribunale, ha oggi precipuamente ad oggetto la fattibilità del piano ivi contenuto e descritto.

Questo radicale capovolgimento di prospettiva ha condotto alcuni autori a trarne il consequenziale corollario anche in materia di risoluzione del concordato, attribuendo valenza decisiva alla conclamata non fattibilità del piano. Nel nuovo sistema concorsuale – si rileva giustamente – possono "presentarsi scenari anche diversi da quelli configurabili in precedenza"; in

---

<sup>46</sup> Cfr. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Torino, 2002, 714-715, e, con riferimento alla disciplina riformata, GUGLIELMUCCI, cit., 115.

particolare “può emergere, prima della scadenza del termine fissato per il soddisfacimento dei creditori, la non fattibilità di quel piano, la cui fattibilità era stata attestata al momento della presentazione della proposta di concordato”<sup>47</sup>.

*De jure condendo*, appare bensì condivisibile l’assunto secondo cui “la complessità che può assumere il piano concordatario, specie se diretto alla tutela dell’impresa e non alla sua liquidazione, avrebbe dovuto consigliare la previsione di un procedimento per le eventuali modifiche d’apportare al piano”; ma – come osserva lo stesso autore oggetto di citazione – “in assenza di ciò, ritenendo preminente il profilo del soddisfacimento dei creditori, ogni inadempimento che pregiudichi la fattibilità del piano è – in linea di principio – preclusivo alla continuazione della procedura legittimandone la risoluzione”<sup>48</sup>.

Le considerazioni fin qui riportate trovano puntuale conferma, ed anzi traggono nuova linfa, dal principio consensualistico così come valorizzato dalla novella, atteso che l’unico aspetto che rileva in base alla disciplina del contratto in generale è – come noto – quello dell’importanza dell’inadempimento (art. 1455 c.c.).

Alla stregua di quanto osservato, sembra dunque doversi concludere che la conclamata non fattibilità del piano – beninteso in termini quantitativamente apprezzabili – dia luogo alla risoluzione del concordato e che di tale stato di cose debba prendersi atto senza bisogno di attendere l’esito della liquidazione dei beni<sup>49</sup>. Questa conclusione passa probabilmente

---

<sup>47</sup> GUGLIELMUCCI, *op. loc. ult. cit.*; orientato in direzione analoga sembra anche COPPOLA, *La risoluzione e l’annullamento del concordato preventivo*, in PACCHI e altri, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 252.

<sup>48</sup> MARANO, *Commento all’art. 186*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO, II, Bologna, 2006, 1894-1895. E v. GUGLIELMUCCI, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale “con riguardo all’ipotesi dell’emersione della non fattibilità del piano sembra doversi ritenere la risolubilità del concordato anche quando dipende da fatti sopravvenuti non imputabili al debitore, dovendosi attribuire rilievo preminente al mancato superamento della crisi attraverso il soddisfacimento dei creditori e la conseguente esdebitazione”. *Contra*, invece, BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 462, i quali, “rispolverando” la tesi, in passato largamente minoritaria, dell’*emptio spei*, affermano che “il concordato può dirsi adempiuto da parte del debitore nel momento stesso in cui i beni ceduti sono messi a disposizione dei creditori”.

<sup>49</sup> La giurisprudenza formatasi prima della novella ha sempre ritenuto che l’impossibilità di onorare gli impegni concordatari andasse apprezzata anche in via meramente prognostica “qualora, ancorché prima della liquidazione dei beni, emerga, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, che il concordato medesimo sia venuto meno alla sua funzione, per essere ragionevolmente prevedibile che le somme ricavabili dalla vendita dei beni ceduti non possano essere sufficienti, per cause originarie o sopravvenute, a soddisfare, nemmeno in minima parte, i creditori chirografari o, a maggior ragione, a soddisfare integralmente i creditori privilegiati”

– va detto – per un’interpretazione abrogante del secondo comma dell’art. 186, ma essa appare invero fondatamente sostenibile<sup>50</sup>, trattandosi di disposizione basata su presupposti – l’autonomia tipologica del concordato per *cessio bonorum* e l’esistenza di soglie percentuali di soddisfacimento dei creditori chirografari – che sono entrambi venuti meno con la riforma.

---

(così, *ex aliis*, Cass., 21 gennaio 1993, n. 709, *Fallimento*, 1993, 807; nel medesimo senso già Cass., 13 dicembre 1969, n. 3936, in *Dir. fall.*, 1970, II, 393; Cass., 25 marzo 1976, n. 1073, in *Foro it.*, 1977, I, 2023; Cass., 3 novembre 1981, n. 5790, in *Foro it.*, 1983, I, 1092, cui *adde*, nella giurisprudenza di merito più recente, Trib. Sulmona, 3 giugno 1999, in *Fallimento*, 1999, 1153; Trib. S. Maria Capua Vetere, 23 luglio 2002, in *Fallimento*, 2003, 224). E la dottrina ha osservato che “il tribunale non è vincolato ad attendere l’ultimazione della realizzazione dell’attivo per procedere alla risoluzione del concordato, quando si possa logicamente supporre che la cessione del compendio concordatario non sia sufficiente a coprire almeno una parte del passivo” (così BONSIGNORI, *Le procedure concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da GALGANO, XXII, Padova, 1997, 363; cfr., nello stesso senso, RAGO, *L’esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1997, 206).

<sup>50</sup> E v. infatti TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2007, 572, ove il rilievo che “con la riforma la norma del 2° comma dell’art. 186 appare incompatibile”.