

**IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULL'AMMISSIBILITA'  
DELLA DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO  
E SULLA FORMAZIONE DELLE CLASSI \***

STEFANO AMBROSINI

1. Il controllo del tribunale sull'ammissibilità del ricorso. – 2. Il caso dell'offerta irrisoria ai creditori chirografari. – 3. La valutazione dei criteri utilizzati per la formazione delle classi. – 4. (*Segue*): la facoltatività della divisione in classi. – 5. L'indagine sulle garanzie eventualmente prestate da terzi e la questione del conflitto d'interessi. – 6. Considerazioni conclusive.

### **1. Il controllo del tribunale sull'ammissibilità del ricorso**

La questione dell'ampiezza dei poteri giudiziari nella fase di accesso alla procedura, controversa già all'indomani della "miniriforma" del 2005, presenta profili interpretativi oggettivamente delicati, anche per via di un quadro normativo non completamente perspicuo.

Il primo comma dell'art. 163 stabilisce che il tribunale, ove non abbia provveduto ai sensi dell'art. 162, commi primo e secondo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo con decreto non soggetto a reclamo. A sua volta il secondo comma dell'art. 162 prevede che il tribunale dichiari inammissibile la proposta di concordato (ma sarebbe stato più appropriato parlare di "domanda", anche per uniformità con il tenore della rubrica della norma) ove esso verifichi che non ricorrono i presupposti di cui agli artt. 160, commi primo e secondo, e 161.

Ne consegue che può addivenirsi *tout court* ad una declaratoria d'inammissibilità ogniqualvolta "dalle carte" (vale a dire dal contenuto del ricorso e dei documenti allegati, della relazione dell'esperto, delle perizie

---

\* Il presente contributo, che riproduce parzialmente il saggio *La domanda di concordato e i provvedimenti del tribunale*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 54 ss. (integrato con numerose aggiunte e variazioni nel testo e nelle note, nonché con l'inserimento *ex novo* dei paragrafi 4 e 6), è destinato al volume collettaneo *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di DI MARZIO e MACARIO, in corso di stampa.

valutative di regola commissionate dal debitore, ecc.) si evinca l'insussistenza di quei requisiti minimi prescritti dalla legge.

Una parte della giurisprudenza afferma che “il tribunale in sede di ammissione a concordato preventivo procede ad un controllo di merito sulla veridicità dei dati esposti e sulla fattibilità del piano”<sup>1</sup>.

Anche in dottrina la tesi del controllo di merito è autorevolmente rappresentata, sostenendosi che, “in considerazione del fatto che i presupposti di cui all'art. 161 sono costituiti non solo da una relazione, ma da una relazione che attesti la fattibilità del concordato, nella verifica del tribunale è più logico che rientri questo controllo di merito sulla fattibilità, perché solo all'esito positivo di tale verifica può dirsi che sussiste il requisito di cui all'art. 161”<sup>2</sup>.

Di contro, chi scrive nutre – non da oggi<sup>3</sup> – forti dubbi sul fatto che possa parlarsi di un controllo di merito in senso pieno. Ciò tuttavia non significa che l'attività del tribunale sia circoscritta ad un controllo puramente formale e procedurale; lo scrutinio in fase di ammissione deve piuttosto qualificarsi – attingendo ad un concetto che la giurisprudenza utilizza anche in tema di collegio sindacale (pur con espressione non immune, sul piano lessicale, da un certo sincretismo) – in termini di legittimità sostanziale<sup>4</sup>.

Se questo assunto è vero, come in effetti sembra, allora ne discendono alcuni corollari.

---

<sup>1</sup> Trib. Roma, 24 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 573, con nota critica di FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*.

<sup>2</sup> BOZZA, *Il concordato preventivo (Tavola rotonda)*, in JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, Milano, 2009, 23-24; v. altresì VITIELLO, *ivi*, 72, ove il rilievo per cui il tribunale può e deve “valutare la fattibilità del piano in tutte le tre fasi in cui si distingue il procedimento di concordato: la fase dell'apertura, la fase dell'approvazione e la fase dell'omologazione”. Nello stesso senso, già all'indomani dell'emanazione del d. lgs. n. 169/2007, PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali (Prima parte)*, in *Quotidiano giuridico*, Milano, 2007, 1, secondo cui le modifiche introdotte dal correttivo inducono a concludere che “il disegno del legislatore del 2006 di eliminare il controllo del giudice sul merito della proposta concordataria sia stato definitivamente accantonato”.

<sup>3</sup> AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Padova, 2008, 71 ss. In termini analoghi cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, PACCHI-D'ORAZIO-COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, 2, Torino, 2009, 1854-1855, ove, con riguardo all'art. 162, l'affermazione che la lettura di segno diverso può essere “contrastata inserendo la norma nel solco dei compiti assegnati dal nuovo sistema concorsuale al giudice: compiti di verificare la regolarità dell'atto processuale e del procedimento”.

<sup>4</sup> Nello stesso senso v. ARATO, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 54.

In primo luogo, sulla base del combinato disposto delle norme testé citate non spetta al tribunale 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 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 in senso stretto sulla proposta di concordato<sup>5</sup>.

Nondimeno, le prerogative giudiziali in questa fase restano penetranti tutte le volte in cui la proposta concordataria sia priva della necessaria chiarezza e completezza (ad esempio, perché lacunosa in uno o più dei suoi aspetti essenziali, a cominciare dalle modalità e dai tempi di pagamento dei creditori)<sup>6</sup>, ovvero risulti manifestamente inattendibile<sup>7</sup> o contraddittoria alla luce delle premesse da cui muove rispetto alle conclusioni cui perviene<sup>8</sup> (ad esempio, perché il piano si fonda sulla presenza, all'interno del patrimonio

---

<sup>5</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*, Torino, 2005, 88; PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 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*, 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; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, *ivi*, I, 1159 ss.; CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in PUNZI-RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, 207 ss.; JACHIA, *L'impatto del nuovo concordato preventivo nelle prassi dei Tribunali italiani*, in BONFATTI-FALCONE (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006, 441; PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fallimento*, 2006, 1019 ss.), quanto dalla prevalente – seppur non unanime – giurisprudenza formatasi all'indomani della riforma (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.

<sup>6</sup> JORIO, in JORIO – FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare – aggiornamento*, Bologna, 2008, 54.

<sup>7</sup> TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 547.

<sup>8</sup> PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 576. E in giurisprudenza cfr., da ultimo, Trib. Aosta, 31 marzo 2010, ET Holding s.n.c., *inedita*, che ha osservato come “le carenze, incongruenze e perplessità che emergono dal percorso motivazionale della relazione del professionista (...) sia tali da ritenere (...) che detta relazione sia inidonea ad assolvere la funzione certificativa che le è propria, diretta ad orientare consapevolmente la scelta del ceto creditorio”.

del debitore, di beni che *per tabulas* risultano di terzi, o di beni descritti come liberi da vincoli che in realtà non lo sono). E ciò vale, *a fortiori*, quando il tribunale si trovi di fronte ad una proposta del tutto aleatoria, come nel caso di piani il cui successo dipenda inscindibilmente dall'esito vittorioso di giudizi pendenti, o addirittura non ancora promossi, e non già dall'esistenza di crediti certi, liquidi ed esigibili.

In secondo luogo, deve ravvisarsi in capo al tribunale il potere-dovere di respingere *in limine* il ricorso, giudicandolo inammissibile, ove la relazione del professionista appaia *ictu oculi* inidonea ad assolvere alla funzione "certificativa" cui è diretta, tenuto conto dell'estrema rilevanza di detto documento ai fini della verifica della fattibilità del piano. Il sindacato giudiziale non ha quindi ad oggetto direttamente la fattibilità del piano (tanto più che il tribunale, prima dell'insediamento del commissario, è privo di adeguati strumenti d'indagine<sup>9</sup>), bensì la coerenza e l'eshaustività della relazione, che deve fornire ai creditori tutte le informazioni necessarie all'espressione di un consenso realmente consapevole e informato<sup>10</sup>.

"Si comprende allora – è stato giustamente osservato in giurisprudenza – come al giudice, indubbiamente con un compito significativamente ridimensionato (per la perdita di ogni controllo nel *merito*), spetti tuttavia un ruolo, non meramente formale, di *legalità*: da intendere come la tutela della corretta informazione dei creditori, a garanzia della genuina e consapevole possibilità di formazione dell'accordo tra il debitore ed i suoi creditori, non più sindacato nella sua effettiva realizzabilità, ma salvaguardato, per così dire *esternamente*, attraverso l'assicurazione delle condizioni perché possa concludersi"<sup>11</sup>.

D'altronde, diversamente opinando – predicando cioè una funzione meramente "notarile" del tribunale – si finirebbe per dare una lettura inaccettabilmente restrittiva del dettato normativo (tale da suscitare interrogativi sul significato stesso di controllo giudiziale e sulla sua concreta utilità), oltre a lasciare spazi eccessivi ad un ricorso abusivo allo strumento

---

<sup>9</sup> E tenuto altresì conto che l'astratta possibilità di disporre una consulenza tecnica non sembra compatibile con la celerità che deve caratterizzare il procedimento concordatario.

<sup>10</sup> Cfr., tra le altre, App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fallimento*, 2007, 1315, ove il rilievo che "la finalità di questa informazione garantita nella chiarezza (perché comprensibile nelle sue fonti e nella sua rappresentazione), nella genuinità e nell'eshaustività dell'attento e critico sindacato del tribunale, risiede nella formazione di un reale "consenso informato" dei creditori, posti così in condizione di esprimere il loro libero convincimento, con una volontà non viziata, sulla fattibilità del piano proposto, la cui valutazione ad essi soli spetta". V. altresì, più di recente, Trib. Torino, 26 marzo 2009, Ed.Ar.T. s.p.a. in liquidazione, inedita.

<sup>11</sup> App. Torino, 19 giugno 2007, cit.

concordatario<sup>12</sup>; rischio, questo, che – tenuto anche conto delle situazioni “patologiche” quali emergono dalla giurisprudenza di merito formatasi in materia – va fermamente contrastato.

In dottrina si è inoltre sostenuto che, ogniqualvolta sia già stata presentata un’istanza di fallimento, la valutazione della successiva domanda di concordato dovrebbe avere ad oggetto la maggior convenienza – che sarebbe onere del ricorrente dimostrare – della soluzione concordataria rispetto all’alternativa fallimentare<sup>13</sup>.

La tesi è lodevolmente improntata all’esigenza di tutela dei creditori, specie nei casi di iniziative dilatorie e strumentali da parte del debitore; ciò malgrado, può a mio avviso dubitarsi che il contenuto del controllo giudiziale dipenda da una circostanza contingente ed eventuale come il previo deposito di un’istanza di fallimento, sembrando preferibile ritenere che detta istanza divenga improcedibile sin visto l’esito del ricorso *ex art.* 161 e che il tribunale sia tenuto ad esaminare quest’ultimo sulla scorta dei normali criteri che caratterizzano il controllo di legittimità sostanziale nell’accezione chiarita in precedenza.

Riguardo ai poteri del tribunale in fase di ammissione, deve ancora aggiungersi, che, ai sensi del primo comma dell’art. 162, il tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti.

Attraverso questa disposizione la legge sembra consentire, in una certa misura (e quindi senza violazione delle prerogative del debitore), l’instaurarsi di un “dialogo” virtuoso col tribunale, diretto ad individuare un confacente “punto di caduta” che scongiuri un’immediata pronuncia d’inammissibilità della domanda<sup>14</sup>.

Quello in parola è dunque un potere di cui il tribunale può fare un uso discrezionale, nel senso che, ove non ritenga emendabili gli errori o le lacune della domanda e dell’allegata documentazione, può procedere *omisso medio* alla declaratoria d’inammissibilità (senza che l’espressione “all’esito del procedimento”, contenuta nel comma successivo, appaia idonea a far premio sulla dichiarata facoltatività della concessione di detto termine).

---

<sup>12</sup> Questo assunto, contenuto nel mio saggio *La domanda di concordato e i provvedimenti del tribunale*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, cit., 59, è ripreso pressoché *verbatim* dalla pregevole sentenza emessa dal Tribunale di Aosta il 31 marzo 2010, cit.

<sup>13</sup> ARATO, *La domanda di concordato preventivo dopo il d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 57.

<sup>14</sup> CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI-CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008, 78.; F. DIMUNDO, *sub art.* 162, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 1457-1458.

Analogamente, nel caso in cui, in costanza di procedimento *ex art.* 173, il debitore rinunci alla domanda e depositi un nuovo ricorso per concordato, il tribunale, pur non potendo prescindere dall'esame della nuova proposta, può nondimeno pronunciare *tout court* il fallimento ove ravvisi in quest'ultima profili di inammissibilità<sup>15</sup>.

Rimane da chiarire se si tratti di potere discrezionalmente esercitabile dal tribunale, come induce a ritenere la circostanza che la legge non stabilisce espressamente che la concessione di tale termine è dovuta.

Pertanto, com'è stato osservato, “il debitore ha diritto di veder esaminata la sua unica proposta ancorché essa sia stata cambiata dopo l'iniziale deposito, mentre il trib[unale] pur a fronte di ogni richiesta di termine da parte dell'istante – a seguito di contestazioni di insufficienza o di richieste di chiarimenti, formulate per iscritto e/o trasfuse in una verbalizzazione d'udienza – non è *stricto sensu* tenuto ad una correlativa concessione di tale opportunità organizzativa dilatoria. Né pare che il diniego del termine implichi un qualche difetto procedurale”<sup>16</sup>.

Per quanto concerne gli aspetti procedurali, merita ricordare che la riforma del 2005 aveva lasciato invariato il secondo comma dell'art. 162, il quale prevedeva, per il caso di inammissibilità del ricorso, la dichiarazione di fallimento d'ufficio. Tale disposizione, tuttavia, andava coordinata con il successivo d. lgs. n. 5/2006, dovendosi interpretare nel senso che la sentenza di fallimento non poteva più intervenire *d'ufficio* ma, alla luce di quanto stabilito dai novellati artt. 6 e 7, andava necessariamente “stimolata” da uno dei soggetti cui compete la relativa iniziativa; lasciando presumere che, nella maggior parte dei casi, sarebbe stato il tribunale stesso a segnalare

---

<sup>15</sup> Da ultimo, Trib. Aosta, 31 marzo 2010, cit., ove il rilievo in base al quale la proposizione di una nuova domanda di concordato “non comporta la necessità di una nuova convocazione del debitore, dal momento che, trattandosi del medesimo imprenditore e della medesima insolvenza (oggi lo stato di crisi) la procedura concordataria deve ritenersi unica, dal che consegue che non è necessario che la stessa ricominci da capo con l'audizione del debitore”. In precedenza, nello stesso senso, Cass., 7 febbraio 2006, n. 2594, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 2, secondo cui “il tribunale che abbia già sentito il debitore, ai sensi dell'art. 162 l. fall., sulla sua proposta di concordato preventivo non è tenuto a sentirlo nuovamente su un'eventuale proposta modificativa di quella originaria (nei limiti in cui tali modifiche sono ammissibili); né allorché già penda una procedura di concordato preventivo, è configurabile una ulteriore domanda di concordato con carattere di autonomia rispetto a quella originaria – che dia, cioè, luogo a una nuova e separata procedura, che ricominci dal suo inizio con l'audizione del debitore – perché con riguardo al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza il concordato non può che essere unico, e dunque unica la relativa procedura ed il suo esito (omologazione o dichiarazione di fallimento, alternativamente)”.

<sup>16</sup> FERRO, *sub art.* 162, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2008, 307. *Contra*, pur senza motivare l'assunto, PATTI, *op. cit.*, 1022.

l'insolvenza (quale emersa nel giudizio preconcordatario) al pubblico ministero ai fini della presentazione dell'istanza di fallimento.

Tale ricostruzione ha trovato puntuale conferma nelle modifiche introdotte dal decreto "correttivo", posto che l'attuale art. 162, 2° co., dispone espressamente che, dichiarata l'inammissibilità della proposta, il tribunale procede alla dichiarazione di fallimento "su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero" e, naturalmente, solo nel caso in cui sussistano i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall.

Alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, tuttavia, una precisazione s'impone, giacché non sarebbe ammissibile, secondo la Cassazione, che la segnalazione dell'insolvenza al pubblico ministero (effettuata, nel caso di specie, nell'ambito di un'istruttoria prefallimentare conclusasi con la desistenza del creditoreistante) provenga dallo stesso tribunale fallimentare, risultando altrimenti aggirata la previsione abrogativa della dichiarazione di fallimento d'ufficio.

Tale decisione appare peraltro improntata ad un discutibile rigorismo, che circoscrive oltre misura lo spazio applicativo dell'art. 7, n. 2), dando dell'espressione "procedimento civile" in esso contenuta una lettura eccessivamente restrittiva, con evidenti ricadute negative sotto l'aspetto del tempestivo assoggettamento delle imprese decotte a fallimento (esigenza, questa, meritevole di non minor tutela rispetto al principio di terzietà del giudice quale viene fatto derivare da una nozione "esasperata" di giusto processo).

Per ciò che riguarda la partecipazione del pubblico ministero all'udienza, mentre l'ultimo comma dell'art. 161 si limita a stabilire che la domanda di concordato dev'essergli trasmessa, dal secondo comma dell'art. 162 il decreto "correttivo" ha espunto l'inciso "sentito il pubblico ministero". Ne consegue, secondo l'opinione prevalente, la facoltatività del parere del pubblico ministero<sup>17</sup>, sebbene il punto, in dottrina, non sia pacifico<sup>18</sup>. Non è invece in alcun modo sostenibile l'impossibilità di un suo intervento, stante il disposto della norma generale dell'art. 70, u.c., c.p.c.

---

<sup>17</sup> FERRO, *sub* artt. 160, 161, 162 e 163 l. fall., in AA.VV., *La legge fallimentare. D.lgs. 12.9.2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive, Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2008, 310; BONFATTI-CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008, 81.

<sup>18</sup> In senso contrario v. infatti RAGO, *I poteri del Tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fallimento*, 2008, 268.

## 2. Il caso dell'offerta irrisoria ai creditori chirografari

Una situazione controvertibile sotto il profilo dei poteri del tribunale è quella di una domanda concordataria nella quale venga prospettato il pagamento dei creditori chirografari in misura irrisoria.

Di primo acchito, si potrebbe essere tentati di sostenere che la questione attenga solamente alla convenienza della proposta e, come tale, debba essere demandata in via esclusiva al giudizio dei creditori in sede di manifestazione di voto.

Un assunto del genere, tuttavia, può oggettivamente risultare semplicistico, dal momento che trascura la possibilità che il giudice ha (non solo in materia concordataria, beninteso) di vagliare, preliminarmente, la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie di cui di volta in volta si tratta, prima di dar corso ad un procedimento (non di rado lungo e costoso) che in tanto ha senso innescare in quanto ci si trovi effettivamente al cospetto dei requisiti minimi richiesti dalla legge.

Ed invero, se si reputa che una percentuale meramente simbolica non integri gli estremi indefettibili del piano di concordato (vale a dire non consenta alcuna “ristrutturazione dei debiti”, né “soddisfazione dei crediti” quali inderogabilmente prescritti dalla lettera a) del primo comma dell’art. 160), allora la reiezione *in limine* di una domanda siffatta deve considerarsi giustificata.

È appunto questa la strada imboccata da un giudice di merito all’indomani dell’entrata in vigore del decreto “correttivo”, con un interessante e approfondito provvedimento che ha dichiarato inammissibile per mancanza di causa del contratto una proposta che prevedeva il riconoscimento ai creditori chirografari di una percentuale dello 0,03<sup>19</sup>.

Muovendo da quell’elaborazione giurisprudenziale in tema di vendita secondo la quale una somma puramente simbolica non può mai considerarsi alle stregua di un prezzo<sup>20</sup>, il Tribunale di Roma, valutando la fattispecie

---

<sup>19</sup> Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 550, nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 732, con ampio commento adesivo di MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa*.

<sup>20</sup> TORRENTE, *La donazione*, in CICU-MISSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXII, Milano, 1956, 43 ss.; ALLARA, *La vendita*, Torino, 1958, 56 ss.; BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum cum donatione e alla donazione indiretta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, 180 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in SCIALOJA-BRANCA (diretto da) *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1981, 102, nonché, più di recente, SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, cui sia consentito aggiungere, con specifico riferimento al requisito

secondo il criterio funzionale della verifica sulla consistenza causale dei negozi giuridici ed affermando che anche la proposta di concordato, come atto di autonomia a contenuto patrimoniale disciplinato, deve assolvere ad una funzione oggettivamente apprezzabile sotto il profilo della ragionevolezza economica, ha coerentemente concluso che “offrire una percentuale di pagamento irrisoria e sostanzialmente simbolica ai propri creditori avvalendosi (se non approfittando) della procedura di concordato preventivo non soddisfa i requisiti minimi di ragionevolezza”.

In quest’ordine di idee – prosegue il decreto in commento – “il carattere di relatività del pagamento [...] 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)”.

In ultima analisi, secondo il provvedimento in parola, “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 della ragionevolezza, rilevante nelle operazioni di mercato in generale e nelle operazioni condotte nell’ambito di procedure concorsuali in special modo”<sup>21</sup>.

La soluzione adottata, che qui si ritiene di condividere, non è a sua volta del tutto immune da inconvenienti, dal momento che per tale via vengono ad introdursi elementi di discrezionalità, e quindi di incertezza, nello scrutinio dei requisiti minimi della fattispecie “proposta (e piano) di concordato”, potendosi fornire risposte differenti all’interrogativo “al di sotto di quale soglia va definita irrisoria la percentuale di soddisfacimento prospettata?”.

Nondimeno, l’inconveniente che scaturisce dall’adesione alla tesi opposta appare, a ben vedere, assai più pernicioso. Ed infatti, come osserva

---

della gratuità di cui all’art. 64 l. fall., AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, 23 ss.

<sup>21</sup> E sul punto v. MACARIO, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, cit., 739, il quale afferma che il controllo di ragionevolezza, a differenza di quello di congruità, risulta “non soltanto ammissibile, ma inevitabile per il giudice”.

lo stesso Tribunale di Roma, “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”.

In dottrina, peraltro, si è posto in evidenza “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”<sup>22</sup>.

Il parallelo con la categoria dell’inesistenza delle delibere assembleari, tuttavia, non appare decisivo. Deve infatti considerarsi che (i) nel diritto societario esiste una norma sulla nullità delle delibere assembleari, l’art. 2379, che manca invece nella disciplina del concordato preventivo; (ii) la tesi che qui si condivide non attinge al concetto di inesistenza, bensì a quello di nullità per mancanza di causa; (iii) a livello di teoria generale del diritto, non sembra affatto peregrino sostenere la possibilità di ravvisare, in ogni fattispecie, un nucleo, ancorché implicito, di requisiti minimi<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’Autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 31.

<sup>23</sup> La possibilità di individuare, per ogni istituto giuridico, una serie di requisiti minimi, d’altronde, non è circoscrivibile all’ambito dell’invalidità delle delibere assembleari, trovando altresì applicazione sul terreno dei contratti. Basti pensare al noto istituto, di matrice giurisprudenziale, dell’*aliud pro alio*, volto ad escludere l’applicabilità dei severi termini decadenziali e prescrizione previsti in materia di compravendita ogniqualvolta “il bene consegnato sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* promessa e, quindi, a fornire l’utilità richiesta” (così, da ultimo, Cass., 9 luglio 2008, n. 18859, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 7-8, 1120). In tale ipotesi, il sindacato del giudice si estende sino a valutare le caratteristiche del bene compravenduto, di tal che, qualora esso risulti del tutto “eccentrico” rispetto al regolamento di interessi voluto dalle parti, la regola dettata con riguardo alla compravendita viene disapplicata, attesa – per l’appunto – l’insussistenza dei presupposti che caratterizzano la fattispecie di riferimento.

Neppure le obiezioni sopra riportate, dunque, consentono di ritenere ammissibile una proposta che preveda il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura irrisoria, stanti gli enucleati profili di contrasto non solo con la disciplina concorsuale, ma anche con i principi generali dell'ordinamento civilistico.

### 3. La valutazione dei criteri utilizzati per la formazione delle classi

In base a quanto disposto dalla seconda parte del primo comma dell'art. 163, il tribunale, allorquando la proposta di concordato preveda la suddivisione del ceto creditorio in classi, prima di ammettere l'imprenditore alla procedura, deve provvedere a valutare la "correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi".

Il tenore di questa disposizione ha dato luogo ad interpretazioni fra loro divergenti.

Secondo un primo orientamento, lo scrutinio giudiziale dovrebbe limitarsi alla legittimità delle "tecniche di costruzione" delle classi, senza entrare nel merito delle stesse<sup>24</sup>.

Secondo altra opinione, invece, l'indagine del tribunale si appunta sul merito della proposta, traducendosi in un vaglio dei criteri adottati nel configurare i trattamenti differenziati fra creditori<sup>25</sup>, nonché, a detta di alcuni, dell'inserimento di un creditore in una determinata classe piuttosto che in un'altra<sup>26</sup>.

Al riguardo, la giurisprudenza sembra essere pervenuta a conclusioni equilibrate là dove ha affermato che il controllo del tribunale, pur senza arrestarsi a verifiche inerenti alla mera legittimità formale, "deve rimanere sul piano della verifica della 'correttezza' dei criteri di formazione delle classi (...)", sicché "il giudice deve poi verificare che la suddivisione dei creditori in classi appaia coerente con l'impostazione del piano e funzionale

---

<sup>24</sup> BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, 1214; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in BERTACCHINI-GUALANDI-S.PACCHI-G.PACCHI-SCARSELLA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 96; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 413.

<sup>25</sup> GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, 329-330; PALUKOWSKI, *I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, I 591; FERRO, *sub art. 163*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 1228.

<sup>26</sup> PATTI, *op. cit.*, 1023-1024.

alla sua realizzazione, alla luce del principio di ragionevolezza e con giudizio *ex ante*, non di merito, ma di legittimità, fondato soprattutto sulle motivazioni addotte dall'imprenditore in ordine alle ragioni economico-giuridiche di tale suddivisione"<sup>27</sup>.

E personalmente ritengo che in questi non lievi poteri del tribunale stia, per così dire, il contrappasso della scelta della divisione in classi, oggettivamente foriera di notevoli vantaggi per il debitore: donde, al postutto, un apprezzabile tasso di coerenza interna del sistema.

Più in particolare, deve ritenersi che il tribunale non possa mai intervenire nella formazione delle classi così come proposta dal debitore per quanto attiene alle modalità di trattamento dei creditori (*id est*, la percentuale di soddisfacimento garantita o "preventivata" dal debitore a favore delle diverse classi), ma solo dichiarare inammissibile la proposta *tout court*, se non giudica corrette tali modalità.

Non altrettanto è a dirsi con riguardo al procedimento di votazione, che è soggetto a regole imperative e, come tali, inderogabili, sulle quali il tribunale sembra poter esercitare anche un potere officioso di correzione/integrazione relativamente alla formazione delle classi, avvalendosi, per così dire in via estensiva, della facoltà di ammissione di un determinato credito in un certo modo *ai soli fini del voto*.

Qualora, dunque, l'intervento "correttivo" del tribunale non vada a incidere sul trattamento economico riservato ai creditori, esso può tradursi finanche nell'imporre la formazione di ulteriori classi e nell'inserirvi i relativi creditori, sempre che, naturalmente, ciò sia imposto dalla natura omogenea dei loro interessi<sup>28</sup>. E non a caso la giurisprudenza, a cominciare da quella milanese, pare orientarsi progressivamente in tal senso.

Quanto poi all'interrogativo in ordine alla necessità o meno di motivare i criteri adottati, chi scrive aveva ritenuto, all'indomani del decreto "correttivo", di risolverlo in senso negativo<sup>29</sup>, anche sulla scorta del raffronto con la corrispondente disposizione in tema di concordato fallimentare, che prescrive espressamente l'indicazione delle "ragioni dei trattamenti differenziati" (art. 124, c. 2°, lett. b).

*Re melius perpensa*, sembra da condividere il rilievo secondo il quale, ancorché in certe situazioni la suddivisione dei creditori in classi "ben possa

<sup>27</sup> Trib. Milano, 17 dicembre 2007, I.E.S. s.p.a., inedito, cit. da F. DIMUNDO, *sub* art. 163, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 1480.

<sup>28</sup> Debbo le riflessioni testé esposte ad una conversazione privata che ho avuto il privilegio di avere con il Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano, Dott. Filippo Lamanna.

<sup>29</sup> AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 46.

informarsi a criteri forniti di obiettiva autoevidenza, così da non abbisognare – né potersi configurare l'onere – di un'apposita illustrazione giustificativa, in quanto sarebbe allora la suddivisione medesima a delucidare con immediatezza le ragioni ad essa inerenti, questa evidenza è in realtà esclusa [...] da una patente anomalia”, quale, ad esempio, una “ingiustificata proposta di trattamento deteriore riservata ai crediti tributari di natura privilegiata”<sup>30</sup>.

Senza dire che l'enucleazione dei motivi sottesi alla “costruzione” delle classi come concretamente operata risulta assai utile ai fini del corretto esercizio dei poteri di controllo da parte del tribunale. E non a caso l'opinione largamente prevalente è oggi orientata in tale direzione<sup>31</sup>.

#### 4. (Segue): la facoltatività della divisione in classi

Enucleato il contenuto del sindacato circa la correttezza dei criteri di formazione delle classi, merita chiarire se un giudizio siffatto vada esperito soltanto laddove il ceto creditorio sia stato effettivamente suddiviso dal debitore in sottoinsiemi o se, al contrario, il tribunale sia chiamato a valutare – sempre sotto il profilo del rispetto dei requisiti di cui all'art. 160 – la scelta stessa di procedere o meno a distinzioni tra i chirografari. In altre parole, si tratta di stabilire se, laddove emergano – come per lo più accade nella prassi – posizioni giuridiche o interessi economici non omogenei, l'imprenditore sia tenuto a formare due o più sottocategorie o se ci si trovi piuttosto al cospetto non già di un obbligo, bensì di una mera facoltà.

A sostegno di questa seconda opzione interpretativa possono utilmente invocarsi una serie di indici testuali, che, unitariamente considerati, non sembrano lasciare adito ad incertezze di sorta: l'art. 160, comma 1, stabilisce che l'imprenditore “può” – e non deve – “prevedere [...] la suddivisione dei creditori in classi”; l'art. 163, comma 1, con riferimento all'ammissione del concordato e, l'art. 177, comma 1, in materia di computo delle maggioranze, dettano regole specifiche “ove siano previste diverse classi”, sottintendendo che nulla osta alla loro assenza; l'art. 182-ter, comma 1, infine, fa riferimento

<sup>30</sup> App. Milano, 8 aprile 2008, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 250.

<sup>31</sup> ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1147; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 266 e 299; DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007, 101-102; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 617.

al “caso di suddivisione in classi”, presupponendo la fisiologica esistenza dell’ipotesi inversa<sup>32</sup>.

In questa prospettiva, l’assenza di differenziazioni nel trattamento dei chirografari non costituisce motivo idoneo a determinare la reiezione della richiesta di ammissione al concordato, né pare possibile – come si è avuto occasione di osservare in altra sede – “invitare il debitore a riformulare il piano introducendovi la divisione dei creditori in classi quando essa non sia in origine prevista, in quanto sia la lettera, sia la *ratio* dell’art. 160 depongono in modo abbastanza perspicuo nel senso della facoltatività, in ogni caso, della previsioni di classi di creditori”<sup>33</sup>.

Pur accedendo a questa stessa interpretazione (muovendo dal presupposto che essa la lettera della legge preclude, allo stato, letture alternative), una recente pronuncia di merito ha ritenuto “rilevante e non manifestamente infondata – per violazione dell’art. 3 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell’art. 163, primo comma, in relazione all’art. 162, secondo comma e dell’art. 160, primo comma, lett. c) [...] nella parte in cui non prevede che il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato previa valutazione anche della correttezza della mancata suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei”<sup>34</sup>.

Senza voler negare la controvertibilità della questione, vari argomenti sembrano tuttavia deporre nel senso della costituzionalità della disciplina che

---

<sup>32</sup> La dottrina maggioritaria ha messo correttamente in luce “l’insostenibilità di un obbligo di suddivisione in classi nel concordato”, in quanto “l’affermazione è smentita sul piano letterale del sistema normativo dettato per il concordato preventivo, richiamando il contenuto delle disposizioni di cui agli artt. 160, 177 e 182 *ter* l. fall. e, per il concordato fallimentare, operando un riferimento a quelle sancite dagli artt. 124, 128 e 129 l. fall. Se fosse vero che i creditori debbano essere suddivisi necessariamente in classi, non si spiegherebbe perché il legislatore abbia previsto due diverse ipotesi di approvazione ed omologazione del concordato preventivo e fallimentare a seconda che siano state previste o meno classi ed un giudizio di convenienza del tribunale nell’ipotesi in cui i creditori siano stati suddivisi in classi” (così LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Fallimento*, 2009, 1132). Negli stessi termini, fra gli altri, BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, *ivi*, 2009, 424; NARDECCHIA, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 175. *Contra* FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 437 ss.; CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, *ivi*, 581 ss.

<sup>33</sup> AMBROSINI, *Il piano di concordato e l’eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *op. cit.*, Bologna, 2009, 37. *Contra* Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, 1895, secondo il quale “il tribunale, con un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 163 comma 1 l. fall., può invitare il debitore a formare classi omogenee di creditori”.

<sup>34</sup> Trib. Biella, 23 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, 1888.

subordina la formazione delle classi ad una libera scelta del debitore. Ed invero, la “stella polare” che deve guidare ogni determinazione in punto trattamento dei creditori non può che essere la *par condicio*, da declinarsi nel rispetto delle legittime cause di prelazione. Di conseguenza, la regola di *default* va giocoforza ravvisata nell’equiparazione di tutti i chirografari, suscettibile di essere superata solo nella misura in cui l’eventuale differenziazione sia attuata nel rispetto dei limiti di cui all’art. 160, comma 1, lett. c)<sup>35</sup>. Pertanto, al vaglio di ragionevolezza potrebbe semmai venire sottoposta la facoltà di prevedere la frammentazione del ceto creditorio (in quanto derogatoria della *par condicio*<sup>36</sup>), mentre nessun dubbio di legittimità costituzionale sembra potersi prospettare – sotto il profilo in esame – riguardo alla possibilità di presentare un piano concordatario senza classi.

A ciò si aggiunga che, come si è visto, la legge non stabilisce criteri fissi ed inderogabili in merito alla suddivisione dei chirografari, limitandosi a vietare distinzioni arbitrarie (queste sì potenzialmente foriere di violazione dell’art. 3 Cost.). Pertanto, se l’individuazione del parametro che presiede al frazionamento del ceto creditorio compete, in concreto, all’imprenditore, non pare esservi alcuno spazio per imporre allo stesso di avvalersi di uno strumento dal contenuto ampiamente discrezionale. E ciò senza dire che, in ogni caso, l’eventuale sindacato sull’omessa divisione in classi rischia di non potersi basare su alcun parametro normativo certo, posto che la legge non chiarisce – né potrebbe farlo, attesa la tendenziale disponibilità dei contenuti del piano concordatario – quale sia il grado di differenziazione (nella posizione giuridica o negli interessi economici) che dovrebbe imporre la creazione di uno specifico sottoinsieme (giacché è impensabile, ovviamente, che rilevi ogni più modesta differenza, pena l’assurda conseguenza di dover di prevedere tante classi quanti sono i creditori).

La tesi contraria ha peraltro trovato accoglimento in un secondo – ed ancor più recente – provvedimento della medesima corte di merito, ove si è affermato che sarebbe sempre necessario inserire in una classe separata i

---

<sup>35</sup> Cfr., benché in materia di concordato fallimentare, App. Napoli, 19 maggio 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009, secondo cui “la suddivisione in classi internamente omogenee dei creditori costituisce solo una facoltà, che l’art. 124, c. 2°, l.f. attribuisce al proponente, quando voglia proporre, motivatamente, trattamenti differenziati ai vari gruppi di creditori, con la conseguenza che essa può ritenersi obbligatoria (ed in difetto comportare il rigetto della proposta per violazione del principio della *par condicio*, al quale si può derogare solo attraverso la corretta suddivisione in classi, che deve essere verificata in via preliminare dal tribunale, ai sensi dell’art. 125, c. 2°, l.f.), solo quando la proposta preveda “trattamenti differenziati” per singoli gruppi di creditori”.

<sup>36</sup> Ciò sia detto in linea meramente teorica, dal momento che pare arduo riconoscere rango costituzionale, attraverso il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., alla regola del trattamento paritario dei creditori.

creditori postergati, dal momento che la “mancata differenziazione del ceto creditorio interessato al piano concordatario – secondo il criterio normativamente indicato nell’art. 160 lett. c) L.F. ed in termini fattuali che ten[gano] (quanto meno) distinta la posizione giuridica e gli interessi economici dei creditori [...] “postergati” ex art. 2467 c.c. rispetto a quella del restante ceto creditorio concorrente chirografario – vale di per sé ad integrare un insanabile (ed assorbente) motivo di invalidità (per conflitto di interessi e/o abuso del diritto) dell’esito del voto maggioritario espresso sulla proposta di concordato, con conseguente rilievo [...] del difetto delle condizioni per attribuire (a seguito dell’omologazione) efficacia vincolante all’accordo concordatario ex art. 184 L.F.”<sup>37</sup>.

Tale impostazione è stata tuttavia superata, in sede di reclamo, dal giudice di seconde cure<sup>38</sup>, che ha opportunamente osservato come la correttezza dei criteri di formazione delle classi rappresenti un profilo distinto dalla regolarità del voto, subordinata (oltre al rispetto delle norme procedurali) alla piena informazione dei creditori: “la genuinità del voto è garantita dalla completezza dell’informazione che deve certamente essere completa anche per ciò che riguarda le particolari vicende che possano caratterizzare la posizione di alcuni creditori; la collocazione di questi creditori in autonoma classe non è affatto necessaria ai fini dell’informazione e, anzi, su questo piano nulla aggiunge”<sup>39</sup>. In altri termini, laddove il debitore (o, comunque, il commissario attraverso la relazione ex art. 172 l. fall.) abbia esplicitato l’esistenza, tra i chirografari, di posizioni giuridiche o di interessi economici eterogenei, non può sussistere, al riguardo, alcuna violazione del principio del “consenso informato”, a prescindere dalla circostanza che sia stata prescelta o meno la via – per l’appunto meramente facoltativa – della suddivisione in classi.

L’obbligo di suddivisione in classi non sembrerebbe predicabile, a ben vedere, neppure con riferimento alle peculiari ipotesi di creditori privilegiati sottoposti a falcidia e di pretese tributarie assoggettate a transazione fiscale. Quanto al primo profilo, alcuni commentatori<sup>40</sup> – tra i quali anche chi scrive<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Trib. Biella, 5 novembre 2009, Pettinatura Italiana s.p.a., *inedito*.

<sup>38</sup> App. Torino, 27 gennaio 2010, Pettinatura Italiana s.p.a., *inedito*, ove il rilievo che “pare quindi da escludere che il tribunale, nel verificare la regolarità della procedura, possa affermare l’illegittimità di una proposta concordataria che non preveda la suddivisione in classi diverse: l’art. 160 L.F. attribuisce al debitore la facoltà e non l’obbligo di tale suddivisione e, comunque, si tratta di valutazione che attiene ai criteri la cui correttezza deve essere valutata in sede di ammissione alla procedura e che non pare possa essere rinnovata in sede di omologazione del concordato”

<sup>39</sup> App. Torino, 27 gennaio 2010, cit.

<sup>40</sup> FERRO, sub art. 160 - *Presupposti per l’ammissione alla procedura*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169. Disposizioni integrative e*

– avevano ritenuto sempre necessario l’inserimento in una specifica sottocategoria dei soggetti che, pur muniti di prelazione, non venissero soddisfatti per l’intero, sul presupposto che solo un’impostazione siffatta avrebbe garantito loro la possibilità di determinare, sperando opposizione in sede di omologazione, il sindacato di convenienza di cui all’art. 180, comma 4, 1. fall. *Re melius perpensa*, tuttavia, l’utilità di tale strumento sembra attenuarsi laddove si consideri che alla tutela dei privilegiati falcidiati è preposto l’art. 160, comma 2, 1. fall., in forza del quale la decurtazione di pretese provviste di prelazione è possibile – a pena di inammissibilità della proposta concordataria – esclusivamente laddove esse vengano soddisfatte 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 ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato da un professionista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, comma 3, lett. d), 1. fall. In altri termini, nelle ipotesi di falcidia del privilegio la valutazione della convenienza appare consustanziale alla stessa formulazione del piano di concordato, il quale deve necessariamente garantire ai privilegiati un trattamento non deteriore rispetto a quello cui andrebbero incontro nell’alternativa fallimentare, con il che viene meno la necessità di garantire loro l’accesso al rimedio di cui all’art. 180, comma 4, 1. fall. e, di conseguenza, la stessa ragione di prevedere un’obbligatoria divisione in classi<sup>42</sup>. Deve invero convenirsi con il rilievo secondo il quale “la formazione di tale classe è (...) facoltativa, potendosi semplicemente rappresentare lo stesso creditore tra i privilegiati, per la parte di credito garantita, e tra i chirografari per quella residua. L’obbligo di rispettare

---

*correttive. Manuale teorico-pratico*, 286; MANDRIOLI, sub art. 160 - *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo (la ricostruzione giuridico-aziendalistica)*, ivi, 298.

<sup>41</sup> AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, 2008, 117.

<sup>42</sup> In questa prospettiva, l’inserimento dei privilegiati falcidiati in una o più classi diviene necessario soltanto qualora il debitore (nell’esercizio dei suoi poteri discrezionali) si risolva ad accordare loro un trattamento diverso da quello riservato ai chirografari; trattamento, questo, di regola deteriore, atteso che i soggetti in parola sono già destinatari di soddisfacimento integrale per la porzione di credito contraddistinta da garanzia capiente. Ed anzi, non sembra potersi escludere che, al fine di far residuare risorse sufficienti per offrire ai chirografari una percentuale congrua, l’importo riservato ai privilegiati falcidiati sia minimo, senza che ciò – in linea tendenziale – possa implicare l’inammissibilità del concordato per mancanza di causa, atteso che la prestazione offerta a quanti detengono diritti di prelazione su beni parzialmente incapienti (consistente, come già detto, in un doppio pagamento: l’uno per la porzione di credito effettivamente garantita, l’altro per quella scaduta al chirografo) va valutata unitariamente, trattandosi di pluralità di atti solutori della medesima obbligazione.

l'ordine delle cause di prelazione varrà, dunque, indipendentemente dalla formazione della classe<sup>43</sup>.

Considerazioni in larga misura analoghe sembrano attagliarsi alla fattispecie dei crediti fiscali, la cui inclusione in un'apposita classe è stata propugnata in vista della concessione all'Erario della "possibilità di opporsi all'omologazione del concordato chiedendo il *cram down* e quindi la valutazione di convenienza della soluzione concordataria rispetto all'alternativa della liquidazione in sede fallimentare"<sup>44</sup>. Tuttavia, anche in questo caso un sindacato del genere rischia di tradursi nella mera duplicazione delle regole – particolarmente tutelanti per il Fisco – dettate dagli artt. 160, comma 2 e 182-*ter* l. fall., le quali rappresentano altrettante condizioni di ammissibilità della domanda concordataria. Pertanto, in presenza di una proposta che penalizzi l'Erario rispetto allo scenario fallimentare, non vi è necessità di ricorrere al rimedio di cui all'art. 180, comma 4, l. fall., dovendosi negare, a monte, l'accesso stesso alla procedura.

## **5. L'indagine sulle garanzie eventualmente prestate da terzi e la questione del conflitto d'interessi**

Una questione delicata attiene alla supposta necessità, predicata da un recente provvedimento del Tribunale di Milano, di valutare l'omogeneità degli interessi economici dei creditori chirografari alla luce di eventuali garanzie che alcuni di essi (tipicamente gli istituti bancari) abbiano in precedenza ottenuto da terzi. E ciò sul presupposto che "sul piano dell'interesse economico, che attiene alle concrete possibilità di soddisfacimento del creditore, rapporto principale e rapporto accessorio di garanzia rappresentino un *unicum*"; e 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 di 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,

---

<sup>43</sup> AUDINO, sub art. 160, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 933.

<sup>44</sup> VITIELLO, *L'istituto della transazione fiscale*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *op. cit.*, 279.

soprattutto laddove i creditori con garanzie esterne risultassero titolari dei crediti di più rilevante entità<sup>45</sup>.

La presa di posizione 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 riforma<sup>46</sup>, 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 forzata" 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

---

<sup>45</sup> Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 423.

<sup>46</sup> Ed infatti, com'è stato rilevato, "il legislatore si è mosso in una direzione completamente diversa, che è quella di lasciare la più ampia libertà al debitore proponente di formare o non le classi, che diventano obbligatorie in casi determinati, e di utilizzare per la suddivisione dei creditori i criteri più disparati, con un controllo non penetrante da parte del giudice, limitandosi ad offrire una tutela giurisdizionale al creditore dissenziente e salvezza della tenuta costituzionale del sistema" (così BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, cit., 424-425). In senso adesivo alla pronuncia milanese si è invece espresso FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, *ivi*, 437 ss.

svolgere alcuna ulteriore indagine rispetto a quella documentale e, tanto meno, possa, di sua iniziativa, modificare le classi predisposte dal debitore”<sup>47</sup>.

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’interessi<sup>48</sup>, 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.

## 6. Considerazioni conclusive

I rilievi che precedono confermano puntualmente – se mai ve ne fosse bisogno – che il tema delle classi di creditori è fittamente intrecciato a quello del grado di intensità del controllo giudiziale sulla struttura e sul contenuto della domanda di concordato.

Mi sembra, peraltro, che in gioco non sia tanto il supposto “interventismo” di una parte della giurisprudenza (secondo alcuni dettato da pulsioni più o meno consciamente nostalgiche, volte a una lettura

---

<sup>47</sup> BOZZA, *op. ult. cit.*, 427.

<sup>48</sup> SACCHI, *op. cit.*, 32-33, osserva invece come il legislatore che ha riformato il concordato non sembri aver avuto un sufficiente grado di consapevolezza della necessità di predisporre strumenti giuridici idonei a neutralizzare l’interferenza nella votazione dei conflitti d’interessi dei votanti, senza tuttavia che ciò impedisca di raggiungere in via interpretativa tale obiettivo, “dato che ormai la votazione dei creditori costituisce manifestazione della loro autonomia privata, essi sono tenuti a rispettare i principi di correttezza e buona fede che, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 (e 1337) c.c., disciplinano ogni esplicazione dell’autonomia dei privati e, conseguentemente, anche la votazione dei creditori sulla proposta di concordato. In questa prospettiva mi pare si possa legittimamente porre il quesito [...] se l’abuso del voto, oltre a provocare la responsabilità del votante, determini anche la neutralizzazione del suo voto”. Lo stesso autore soggiunge peraltro che, ove “non si ritenesse che i creditori in questione vadano esclusi dal voto, si dovrebbe almeno isolarli in una classe a se stante”.

“retroguardista” della disciplina), quanto piuttosto l’esigenza di garantire effettività alla tutela dei creditori<sup>49</sup>, da perseguire, tuttavia, in forme compatibili col nuovo assetto ordinamentale.

Di qui la necessità di prendere atto, come punto di partenza di ogni ragionamento in materia, dell’avvenuto spostamento del baricentro legislativo dall’eterotutela dei creditori in sede giudiziale alla loro autotutela attraverso la manifestazione di un consenso per quanto possibile informato. Orientato da questa bussola, l’interprete è chiamato a individuare i residui spazi – alquanto limitati, siccome iscritti nella cornice del novellato diritto positivo – di protezione di ciascun creditore dal rischio di abusi da parte degli altri, che le disposizioni di cui agli artt. 160 e ss. non paiono idonee, di per sé (cioè senza un qualche sforzo interpretativo), a scongiurare.

Proprio in tale prospettiva, però, i tribunali dovrebbero prudentemente rifuggire, a mio sommo avviso, dalla tentazione di “riscrivere” la domanda presentata dal debitore sovrapponendosi – come in certi casi pare essere accaduto<sup>50</sup> – a prerogative che la legge attribuisce in via esclusiva a quest’ultimo. Né la riconfigurazione del concordato senza classi come concordato con classe unica<sup>51</sup> (condizione per “invitare” il debitore a raggruppare i creditori in classi), né tanto meno la pretesa obbligatorietà della suddivisione in classi, dunque, appaiono fondatamente predicabili, a prescindere dalla concreta conformazione del ceto creditorio, deponendo in senso contrario – come si ritiene di aver dimostrato nei precedenti paragrafi – sia lo spirito che la lettera della legge; anche perché, a ben vedere, il perseguire “ad oltranza” l’obiettivo dell’omogeneità degli interessi finisce per tradursi nella pratica impossibilità di ipotizzare un concordato senza classi<sup>52</sup>: conseguenza, questa, che si pone in maniera flagrante *contra tenorem rationis*.

D’altronde, non può annettersi all’istituzione delle classi una valenza “taumaturgica” rispetto a condotte abusive di uno o più creditori, dovendo anzi riconoscersi che essa, lungi dal costituire *ex se* un mezzo di tutela dei creditori, realizza essenzialmente l’interesse del debitore a “costruire” il concordato in ragione della composizione del ceto creditorio, nel legittimo intento di acquisire il consenso della maggioranza delle classi.

---

<sup>49</sup> In argomento cfr., con toni non scevri da preoccupazione circa il *deficit* di tutela scaturente dalla nuova disciplina, FABIANI, *op. ult. cit.*, 444-445.

<sup>50</sup> Trib. Monza, 7 aprile 2009, cit.

<sup>51</sup> CATALLOZZI, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori “deboli”*, in *Fallimento*, 2007, 339.

<sup>52</sup> BOZZA, *op. ult. cit.*, 431.

Né pare sostenibile – come già in precedenza osservato – l’esistenza di un nesso di strumentalità necessaria fra consenso informato (anche in relazione alla sussistenza di potenziali conflitti d’interesse) e suddivisione in classi, sul presupposto che quest’ultima costituisca, in determinati casi (ad esempio quello in cui gli obbligazionisti siano ad un tempo soci<sup>53</sup>), l’unico mezzo per offrire ai creditori una rappresentazione chiara e veritiera della situazione. Com’è stato correttamente affermato in una recente decisione di merito, infatti, la genuinità del voto è garantita dalla completezza dell’informazione, anche con riferimento alla peculiare posizione dei singoli creditori, senza che essi debbano necessariamente venire inseriti in apposite classi<sup>54</sup>.

In altri termini, la presenza di situazioni connotate da potenziali conflitti d’interessi risulta inidonea a fondare obblighi di sorta quanto alla suddivisione dei creditori in classi.

Non sembra dunque agevole da parte del tribunale esercitare *in limine*, cioè sin dalla fase di ammissione, lo scrutinio di cui trattasi, essendo tale momento differito, per sua stessa natura, alla fase dell’omologazione, vale a dire *a valle* del voto espresso da ogni creditore. Il riferimento è, in particolare, alla possibilità spettante a ciascun creditore dissenziente (e per vero a ogni interessato), anche nel concordato senza classi, di costituirsi nel giudizio *ex art. 180* chiedendo il rigetto dell’istanza di omologazione. Orbene, se il “resistente” è in grado di dimostrare che uno o più creditori hanno effettivamente abusato del diritto di voto in danno degli altri creditori, anziché perseguire il loro legittimo interesse alla massimizzazione delle rispettive pretese creditorie (dimostrazione, questa, innegabilmente ardua), allora può verosimilmente sostenersi l’esistenza di un vizio del procedimento deliberativo tale da precludere l’omologazione; e ciò senza bisogno di trasporre alla materia concordataria la disciplina del conflitto d’interessi propria delle società di capitali, ma limitandosi a invocare la portata generale del divieto di abuso del diritto.

Oltre questo segno all’interprete non pare lecito spingersi.

<sup>53</sup> Trib. Biella, 5 novembre 2009, cit.

<sup>54</sup> App. Torino, 27 gennaio 2010, cit., la quale soggiunge che, nella specie, “la situazione di possibile conflitto di interessi tra creditori chirografari [...] risultava perfettamente conoscibile al momento della manifestazione del voto”.