

## **IL RITORNO DEL GIUDICE SULLA SCENA DEL CONCORDATO E IL TRAMONTO DI UNA STELLA POLARE; OVVERO UNA INDAGINE SULLA ATTUALITÀ DELL'INSEGNAMENTO DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE N. 1521 DEL 2013**

di GIUSEPPE BOZZA

**Sommario:** 1-La decisione delle Sezioni Unite n. 1521 del 2013; 2-La riforma del 2015; 2.1-Il ruolo del giudice nelle proposte concorrenti; 2.2-Il ruolo del giudice nelle offerte concorrenti; 2.3- Il ruolo del giudice nello scioglimento e nella sospensione dei contratti pendenti; 2.4- Il ruolo del giudice nella fase della revoca; 2.5-Il ruolo del giudice nel concordato con riserva; 2.6- Il ruolo del giudice negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari; 3-Il ruolo del P.M. nel concordato; 4-Il secondo comma dell'art. 179; 5-L'ult. comma art. 160; 6-Conclusioni.

### **1-La decisione delle Sezioni Unite n. 1521 del 2013**

La pronuncia resa dalla Cassazione a Sezioni Unite del 23 gennaio 2013, n. 1521<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cass. sez. un. 23 gennaio 2013, n. 1521 in *Fallimento*, 2013, 149, con nota di M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni unite*; *ivi*, 2013, 286, con nota di I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013 n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*; *ivi*, 2013, 291, con nota di A. Di Majo, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*; in *Giur. comm.*, 2013, II, 343, con nota di P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*; *ivi*, 2013, II, 621, con nota di G. Ciervo, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. secondo le Sezioni Unite*; in *Dir. fall.*, 2013, II, 1, con nota di A. Didone, *Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato*; *ivi*, 2013, II, 185, con nota di G.B. Nardecchia, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni unite*; in *Foro it.*, 2013, I, 1534, con note di M. Fabiani, *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sezioni unite un po' oltre la metà del guado*, 1573; di E. Scoditti, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*, 1576; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 228, con nota di A. Villa, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*; in *Corr. giur.*, 2013, 383, con nota di L. Balestra, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*; *ivi*, 2013, 428, con nota di V. Carbone, *Controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo*; in *Giur. it.*, 2013, 2542, con nota di G. Fauceglia, *La Cassazione e il concordato preventivo*; in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 189, con nota di G. Terranova, *La fattibilità del concordato*; in *Società*, 2013, 435, con nota di F.

è stata definita<sup>2</sup>, a giusta ragione, la “stella polare” che sta orientando le scelte dell’intera giurisprudenza, in quanto sulle linee direttive segnate da questa decisione per individuare il perimetro del controllo di fattibilità della piano concordatario demandato al giudice si è acriticamente adagiata la uniforme successiva giurisprudenza<sup>3</sup>, con qualche timido tentativo di dissenso da parte dei giudici di merito<sup>4</sup>. E, benchè quattro anni non siano molti per una prova di tenuta, i tanti interventi legislativi che si sono nel frattempo succeduti, tra i quali principalmente quello del 2015, giustificano una verifica della attualità delle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite.

Come è noto, nel contrasto, per la verità più dottrinario che giurisprudenziale<sup>5</sup>, creatosi sulla questione del limite del sindacato del giudice in punto di fattibilità del piano concordatario, le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, stabilito che una verifica sulla fattibilità, a differenza di quella sulla convenienza, compete al giudice posto che la fattibilità del piano è un presupposto di ammissibilità della proposta sul quale, pertanto, il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che consiste

---

De Santis, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*.

<sup>2</sup> S. Ambrosini, *Concordato preventivo e autonomia privata: i cc.dd. patti paraconcordatari*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) 2016

<sup>3</sup> Tra le tante, Cass. 20 dicembre 2016, n. 26332, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); Cass. 12 agosto 2016, n. 17079 in [Ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it) 2016; Cass. 9 agosto 2016, n. 16830 in *Giust. civ. mass.* 2016; Cass. 4 maggio 2016, n. 8804, in *Diritto & Giustizia* 2016, 5; Cass. 4 maggio 2016, n. 8799 e Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320, in *Guida al diritto* 2016, 38, 69; Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Cass. 23 maggio 2014, n. 11497 in *Foro it.* 2014, 11, I, 3170, con nota di M. Fabiani; Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in *GiustiziaCivile.com* 2015, con nota di A. Di Iulio; Cass. 30 aprile 2014, n. 9541, in *D&G*, 2014; Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, rv 629779; Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.* 2015, I, 53; Cass. 25 settembre 2013, n. 21901, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 627746; Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 626689; Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 626421.

<sup>4</sup> Si tralascia la diffusa giurisprudenza di merito adesiva, che si limita a riportare e adattare opportunamente il *dictum* dei giudici di legittimità alle peculiarità dei casi concreti. In senso contrario si è di recente attestata App. Firenze 6 dicembre 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) 2017, che è molto critica sull’indirizzo seguito dalla Cassazione, anche se in passato, cfr. App. Firenze, 27 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), aveva qualificato come “illegittimo” il giudizio del tribunale che aveva dichiarato l’inammissibilità del concordato sulla base della non fattibilità economica del piano. Nello stesso senso critico, Trib. Ravenna 27 novembre 2015, in [Ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it) 2016.

<sup>5</sup> In realtà l’unica pronuncia che, nel generale, seppur non uniforme, panorama delle sentenze della Corte che dal 2010 avevano, in vario modo, valorizzato l’autonomia del rapporto debitore creditori, aveva ammesso un controllo di merito del tribunale sulla fattibilità era Cass. 15 settembre 2011 n. 18864, in *Fallimento*, 2012, 39, con nota di A. Patti; *Giur. it.*, 2012, 82, con nota di Tedoldi; *Giust. civ.*, 2012, II, 718. Questa, invero, si discosta in modo significativo dal prevalente orientamento laddove afferma che non vi è “ragione di derogare ai principi generali in tema di rilevabilità d’ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.)”, per illiceità dell’oggetto (“ad esempio, in presenza, nel piano, di offerte di cessione di *res extra commercium*, quali immobili insanabilmente abusivi o soggetti a confisca penale”); o per violazione di norme imperative (come nel caso di alterazione delle cause legittime di prelazione nelle ipotesi di cui al secondo comma dell’art. 160 l.f.); o per impossibilità dell’oggetto, “riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempita”.

nella verifica diretta del presupposto stesso, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, sicchè il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica della relazione dell'attestatore. Passate poi alla definizione dei limiti di tale controllo, le Sezioni Unite affermano che il sindacato del giudice sulla fattibilità di un piano di concordato- che ha eguale contenuto in tutte le fasi della procedura- si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili, e anche alla fattibilità economica, al limitato scopo di verificare la sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole

La Corte, come si vede, distingue tra fattibilità giuridica- il cui sindacato appartiene senza limiti al tribunale, che deve assicurare il rispetto non solo del regolare svolgimento della procedura, che presuppone la corretta applicazione della disciplina concorsuale specifica, ma di tutta la normativa vigente cui il debitore concordatario deve necessariamente attenersi nel confezionare la proposta e il piano- e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti dello scopo concretamente perseguito, il cui sindacato può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole.

Questo, a mio avviso, è il punto più carente della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite e, pur essendo convinto che questa distinzione tra fattibilità giuridica ed economica non trovi alcuna fonte normativa che la giustifichi a causa della delimitazione unitaria di tale requisito fatta dall'art. 161, vorrei, data la finalità di questo scritto, verificare i presupposti su cui essa poggia per capire, non tanto se era all'epoca fondata, ma se tuttora possa essere utilizzabile per individuare i confini dell'intervento del giudice sulla fattibilità.

Orbene le Sezioni Unite danno per ovvio che l'accertamento della fattibilità economica sia appannaggio esclusivo dei creditori, tanto che in proposito si limitano ad affermare che, poiché la fattibilità economica è "legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore rischio per gli interessati", è "ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto". Come si vede la Corte dà per scontato proprio quello che avrebbe dovuto essere oggetto di dimostrazione, visto il contrasto di opinioni sulla estensione dei poteri del giudice

nella valutazione della fattibilità economica del piano, che aveva condotto all'intervento delle Sezioni Unite<sup>6</sup>; sarebbe stato necessario, pertanto, un maggiore approfondimento sui motivi per cui il rischio legato ad un giudizio prognostico debba ritenersi estraneo ai compiti del giudice, posto che l'art. 162 impone al tribunale di dichiarare l'inammissibilità della proposta di concordato ove accerti l'assenza dei "presupposti di cui all'art. 160, commi 1 e 2, e art. 161" e quest'ultima norma parla della relazione di un professionista "che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo" (senza alcuna distinzione tra fattibilità giuridica ed economica), sicché tra i requisiti da accertare da parte del giudice in via diretta ("non di secondo grado") sono compresi anche quelli concernenti la veridicità dei dati indicati e la fattibilità del piano.

E' chiaro che una spinta verso l'adottata soluzione è venuta alla Corte dall'inevitabile processo di "privatizzazione" del concordato preventivo, iniziato con la riforma del 2005, per il quale l'assetto di interessi funzionale al superamento della crisi d'impresa si realizza nell'articolazione del rapporto tra debitore e ceto creditorio, sicché il tribunale assume un ruolo solo di garanzia della corretta formazione dell'accordo. Erano i tempi in cui la Cassazione<sup>7</sup> redarguiva la Corte- che, nella sentenza impugnata aveva osato affermare che all'autorità giudiziaria era demandato un generale potere di controllo, non solo formale, ma anche sostanziale, sulla fattibilità del concordato- osservando che un tale assunto equivale ad una "dichiarazione di principio che non trova riscontro nella nuova legge fallimentare, che ha ridisegnato i ruoli degli organi preposti alle procedure concorsuali attribuendo al giudice il controllo della regolarità formale e sostanziale del procedimento finalizzato, per quanto qui interessa, a consentire ai creditori di prendere le loro decisioni con la responsabilità che deriva dall'essere i primi interessati al buon esito della procedura".

Questa tendenza, seppur non sempre esposta con scorrevole linearità, ha trovato la sua più ampia espressione nel d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134- nella cui vigenza la sentenza delle Sezioni Unite è stata emessa- che, al dichiarato scopo di "facilitare la gestione delle crisi aziendali", ha introdotto il silenzio assenso nel meccanismo di voto e due nuovi istituti intorno ai quali poi ruotano tutte le altre disposizioni che hanno inciso a fondo sulla disciplina del concordato preventivo: quello del concordato con riserva e quello del concordato con continuità aziendale, che sono una ulteriore espressione dell'intento del legislatore di venire incontro all'esigenza del debitore di risolvere la crisi della sua impresa in via concordata, valorizzando l'assetto privatistico del rapporto debitore creditori. Insomma, se fino a quel momento si poteva ancora nutrire qualche dubbio se il nostro

---

<sup>6</sup> A differenza della valutazione sulla convenienza, che emerge chiaramente essere di esclusiva competenza dei creditori e su cui, infatti, non si è mai discusso.

<sup>7</sup> Cass. 13 giugno 2011 n. 13818 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ed ivi commento adesivo di S. Ambrosini, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutiva" degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*.

sistema rispondesse al criterio del *debtor oriented* o del *creditor oriented* per la difficoltà ad individuare una linea direttrice uniforme per la mancanza di una presa di posizione decisa, con la riforma del 2012 viene chiaramente privilegiato l'interesse del debitore, con marginalizzazione del ruolo del giudice.

Per la verità, nonostante la tendenza della riforma del 2012 a favorire l'accesso al concordato e il risanamento dell'impresa attraverso la continuità, l'interesse dei creditori è rimasto sempre presente, tant'è che la lett. c) del secondo comma dell'art. 186-*bis* richiede che la domanda di continuità sia accompagnata da una relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, attestante "che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" e l'ult. comma della stessa norma impone al tribunale di revocare l'ammissione quando, nel corso della procedura "l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannosa per i creditori"<sup>8</sup>. Da queste disposizioni si deduce chiaramente che la continuità aziendale è un bene da tutelare non quale valore in sé - anche eventualmente contro l'interesse dei creditori, come nell'amministrazione straordinaria- ma solo se il complessivo valore del patrimonio del debitore possa ridursi qualora l'attività d'impresa venisse interrotta<sup>9</sup>; il che vuol dire che il risanamento dell'impresa in crisi è sempre condizionato, nel concordato con continuità, dall'interesse dei creditori che dalla prosecuzione dell'attività devono trarre un vantaggio in termini di realizzazione dei loro crediti superiore a quella che loro deriverebbe da una soluzione liquidatoria.

La norma richiamata demanda, ovviamente, al giudice il giudizio finale di idoneità della procedura di concordato con continuità a realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori, sia nella fase iniziale che nel corso della stessa, e la medesima indagine gli è demandata per il rilascio delle autorizzazioni in tema di scioglimento e sospensione dei contratti pendenti ex art. 169-*bis*, o in tema di pagamenti dei crediti anteriori strategici e di contrazione di finanziamenti destinati al riconoscimento della predeuzione contemplate dall'art. 182-*quinques* o per il compimento di atti di amministrazione straordinaria di cui a settimo comma dell'art. 161, per non parlare della valutazione di convenienza del concordato rispetto all'alternativa fallimentare, in caso di opposizioni dei creditori ex art. 180, co. 4.

Tuttavia, tutti questi segnali di un pur significativo recupero di poteri da parte del giudice, sono stati dalle Sezioni Unite sviliti nella loro portata ermeneutica. Invero le stesse, muovendo dalla premessa che si trattava di poche norme riguardanti specifici interventi funzionali allo svolgimento del concordato, hanno, seppur con qualche

---

<sup>8</sup> E tutto ciò è abbastanza ovvio giacchè, nella continuità diretta, l'evento economico del recupero della redditività dell'impresa costituisce il mezzo per permettere il pagamento dei creditori e, in quella indiretta, la prosecuzione dell'attività ha la funzione di garantire il mantenimento dell'unità operativa dei complessi aziendali in attesa e in vista della loro cessione, da cui ricavare le liquidità necessarie per la soddisfazione dei creditori.

<sup>9</sup> L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento* 2013, 1223.

imbarazzo, affermato che queste misure, se per un verso approfondiscono il margine di intervento del tribunale, per altro verso lo circoscrivono ad atti e finalità molto specifiche, per poi concludere che “non pare che detto potenziamento possa in alcun modo incidere sul fisiologico ruolo del giudice, quale allo stato designato nell'ambito della procedura di concordato”.

In sostanza, in questa costruzione, il fisiologico ruolo del giudice è quello di risolvere controversie di diritto e non quello di dare giudizi che implicino valutazioni di carattere economico, per cui il giudice può svolgere un controllo diretto (“non di secondo grado”) ed anche indiretto di legittimità sostanziale<sup>10</sup> sulla relazione attestativa; può accertare “l'impossibilità giuridica di dare esecuzione (sia pure parziale) alla proposta di concordato<sup>11</sup> e, infine, può rilevare il “dato, se emergente *prima facie*, da cui poter desumere l'inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati, nel rispetto dei termini di adempimento previsti”.

## 2-La riforma del 2015

La riforma del 2012 aveva destato più di qualche preoccupazione per il suo eccessivo sbilanciamento, tanto che all'indomani della stessa, un attento studioso<sup>12</sup> scriveva che questa, benchè sotto vari aspetti pregevole, faceva sorgere il timore “che i costi dell'avventura possano risultare proibitivi per la nostra economia: sia sotto il profilo della complessità e delle lungaggini procedurali; sia per quanto attiene alla tutela del credito e degli affidamenti riposti nella piena efficacia degli impegni contrattuali; sia, infine, per quanto concerne gli assetti concorrenziali del mercato”. Timori che negli anni seguenti si sono effettivamente concretizzati nei livelli sconfortanti di soddisfazione del ceto creditorio all'esito delle procedure di concordato omologate<sup>13</sup>, che, se da un lato hanno evidenziato la scarsa qualità dei piani e delle garanzie di adempimento, dall'altro hanno anche mostrato l'inefficacia dei meccanismi

---

<sup>10</sup> Ossia “una delibazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni adottate dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano, così come analogamente deve dirsi per quanto concerne la coerenza complessiva delle conclusioni finali prospettate...”, in modo da verificare “l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori”.

<sup>11</sup> La Corte fa l'esempio della programmata cessione di beni di proprietà altrui.

<sup>12</sup> G. Terranova, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.* 2013, I, 2.

<sup>13</sup> Sebbene non esistano dati statistici certificati, dai rilievi effettuati, ad esempio, presso il tribunale di Milano, è emerso che quasi nel 40% dei casi non è stato pagato alcunché ai creditori chirografari e che questi hanno ricevuto dall'1 al 10% nel 21,5% dei concordati, dall'11 al 20% nel 12,3% dei concordati, dal 21 al 30% nel 15,3% dei concordati, dal 31 al 40% nel 9,2% dei concordati, dal 41 al 50% nel 3,3% dei concordati, senza che di converso si sia riscontrata la ripresa di attività produttive consistenti.

di controllo di accesso alla procedura di concordato così come delineati dalle precedenti riforme e dall'interpretazione della Corte.

Proprio questa situazione ha impresso una nuova svolta legislativa nella direzione di un ripensamento della tutela del ceto creditorio; ed, infatti, il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito nella legge 6 agosto 2015 n. 132, ha aggiunto nell'art. 160 un ultimo comma per il quale la proposta di concordato con cessione dei beni deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari; ha introdotto nuovi istituti tesi a favorire la competitività, quali le proposte e le offerte concorrenti di cui agli artt. 163 e 163-*bis*, per massimizzare la *recovery* dei creditori concordatari; ha favorito gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria di cui all'art. 182 *septies* ed ha abrogato quel meccanismo cardine ed emblematico del *favor* per la libertà del debitore a trovare la soluzione concordata della crisi di impresa, costituito dal c.d. silenzio assenso introdotto appena tre anni prima.

Senza arrivare a parlare di controriforma, è indubbio che le novità introdotte nel 2015 si pongono in netta controtendenza rispetto al passato, ed esse non potevano non incidere sulla distribuzione delle funzioni e dei poteri degli organi preposti alla procedura concordataria, nonché del P.M.. Se, infatti, negli ordinamenti c.d. *debtor oriented* si lascia massimo spazio alle iniziative del debitore relegando gli organi procedurali ad una funzione di solo controllo della regolarità dello svolgimento della procedura, di converso nei sistemi *creditor oriented* le scelte del debitore concordatario richiedono un più rigoroso controllo a tutela dei creditori e si innalza anche la soglia della tutela penale per evitare pregiudizi e frodi in danno dei creditori, con un indispensabile maggior coinvolgimento degli organi preposti alla procedura.

Per valutare, quindi, l'attualità dell'indirizzo della Corte che, come accennato, esclude che il giudice possa svolgere indagini di merito, tra cui quella sulla realizzabilità economica del piano, limitando a casi specifici gli interventi più espansivi che la legge già attribuiva al giudice, bisogna passare in rassegna le novità introdotte dalla riforma del 2015 per verificare se questo ruolo del giudice è mutato.

## **2.1-Il ruolo del giudice nelle proposte concorrenti**

### **a)-La fase dell'ammissione**

La ricerca della competitività ha inevitabilmente determinato una più pervasiva partecipazione alla procedura di concordato anche dell'organo giudiziario preposto, chiaramente ravvisabile nel rafforzato ruolo di controllo demandato al tribunale o al giudice delegato dalle norme istitutive dei nuovi istituti delle proposte e delle offerte concorrenti.

Invero, quando la concorrenza si attua dando ai creditori chiamati al voto la possibilità di scelta tra la proposta e il piano presentati dal debitore e quelli introdotti da

altri creditori che abbiano appunto presentato una proposta e un piano alternativi, l'art. 163 introduce nuovi elementi di indagine ai fini dell'ammissibilità; alcuni finalizzati a controlli di legalità in quanto le proposte concorrenti possono essere presentate da uno o più creditori che rappresentino "almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata" e tali proposte con i relativi piani devono essere presentate "non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori" (comma quarto art. 163), altri invece che incidono sul merito ed hanno a che fare proprio con la fattibilità.

Mi riferisco, in particolare al quarto comma dell'art. 163, per il quale "le proposte di concordato concorrente non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari".

Prima ancora, quindi, di appurare se una proposta concorrente sia ammissibile per il rispetto dei requisiti legali e contenutistici richiesti per qualsiasi proposta<sup>14</sup>, il tribunale può trovarsi a risolvere il diverso problema se i livelli di soddisfazione attestati dal professionista incaricato dell'originario debitore siano tali da ammettere o escludere la presentazione di proposte alternative; ossia può sorgere una controversia sul giudizio dell'attestatore al fine di verificare la possibilità del raggiungimento dell'obiettivo che impedisce al terzo di competere sulla proposta concordataria.

Situazione questa che può verificarsi più frequentemente di quanto si creda; qualora, ad esempio, il debitore abbia presentato unitamente alla proposta di concordato liquidatorio una relazione che assicuri il pagamento dei chirografari nella misura del 45%, chi è interessato può egualmente proporre, nel termine fissato dal quarto comma dell'art. 163, una proposta alternativa, che abbia il contenuto richiesti dalla legge, sostenendo che il risultato indicato dal debitore non è fattibile. E questa contestazione- che va risolta preliminarmente (prima, cioè, di vagliare se la proposta concorrente abbia i requisiti propri per essere ammessa), dato che la soluzione della stessa condiziona la proponibilità della proposta concorrente- innesta, come è stato

---

<sup>14</sup> Il creditore che presenta una proposta concorrente, legittimato dal rappresentare almeno il dieci per cento dei crediti, è tenuto al rispetto delle medesime regole che gravano su chiunque presenti una domanda di concordato, tra cui, in caso di concordato con cessione, l'obbligo di assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella misura almeno del venti per cento; ovviamente operano gli aggiustamenti dettati dal fatto che le proposte alternative intervengono in una procedura già aperta e pendente, per cui il nuovo proponente non deve presentare la documentazione di cui alle lette. a), b), c), d) del secondo comma dell'art. 161, visto che già è stata prodotta dal debitore con la sua domanda e la relazione che accompagna la proposta concorrente "può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano"; ecc. .

E' evidente che all'accertamento della sussistenza di questi requisiti di ammissibilità della proposta concorrente si procede dopo che sia stato superato l'ostacolo costituito dalla soglia di soddisfazione indicata dal debitore originario come impeditiva della presentazione di altre proposte.

ben detto<sup>15</sup>, una controversia bilaterale tra due soggetti privati, il debitore appunto e l'aspirante *competitor* di quest'ultimo.

Si può discutere intorno a quale organo giudiziario debba risolvere questa controversia (se il giudice delegato o il tribunale) e in quale momento<sup>16</sup>, ma non credo che si possa mettere in dubbio che la nuova previsione favorisca lo svolgimento di una forma di controllo “nel merito” del giudizio dell'attestatore, posto che la valutazione della fattibilità del risultato attestato è finalizzata a stabilire non se i creditori potranno ricevere quanto indicato nella proposta che il debitore rivolge ai suoi creditori (su cui si è sviluppato il discorso sulla fattibilità e di cui si parlerà in seguito) o in quella concorrente, ma se è realizzabile il raggiungimento delle soglie indicate dal quinto comma dell'art. 163, che costituisce la condizione per escludere la proposizione di altre proposte concorrenti, e su cui è sorta una controversia.

Questo spiega la diversa formulazione dell'ult. comma dell'art. 160 e del quinto comma dell'art. 163. Invero, con la proposta di concordato il debitore disegna il contenuto delle proprie obbligazioni verso i creditori, il cui livello minimo di soddisfazione è ora imposto dal comma quarto dell'art. 160, sicchè l'impegno di assicurare il soddisfacimento dei creditori entro tale misura è assunto dal debitore e costituisce una condizione di ammissibilità della proposta stessa, in mancanza della quale il tribunale provvede a norma del secondo comma dell'art. 162. Nel quinto comma dell'art. 163, invece, è l'attestatore che deve assicurare il raggiungimento dei livelli di soddisfazione al di sotto dei quali sono ammissibili proposte concorrenti (o al di sopra dei quali queste non sono ammissibili) in quanto il raggiungimento di queste soglie costituisce la condizione per escludere l'ammissibilità di altre proposte concorrenti e non la condizione per ammettere il concordato del proponente.

Orbene, se- come dicono le Sezioni Unite- l'esperto attestatore altro non è che un tecnico che svolge funzioni di ausilio anche e in primo luogo per il tribunale, tanto che il “il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto nella completezza e congruità logica dell'attestato del professionista”, ma è un controllo “di primo grado”, che si svolge cioè direttamente sul requisito della fattibilità, bisogna necessariamente riconoscere il diritto del giudice- che deve risolvere la controversia sulla realizzabilità del risultato assicurato dall'attestatore- di andare anche oltre il sindacato sulla razionalità e sulla metodologia della attestazione, e, quindi di indagare nel merito la fattibilità del piano; in applicazione del principio

---

<sup>15</sup> D. Galletti, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015 - E' ancora attuale dopo la riforma “d'urgenza” il tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, in [ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it), settembre 2015.

<sup>16</sup> Presumibilmente il tribunale in via immediata, prima della votazione, dovendo la proposta concorrente, se le soglie indicate dal debitore lo consentono, essere sottoposta al giudizio dei creditori.

*judex peritus peritorum*.<sup>17</sup>. E' chiaro, quindi, che il giudice, nel risolvere la disputa sulla realizzabilità del risultato assicurato dall'attestatore, può, come in ogni controversia tra privati, servirsi di qualsiasi strumento di indagine processuale adeguato alla celerità e finalità della procedura, e non adeguarsi all'attestazione presentata, qualora da queste indagini, o dalla sola relazione del commissario, si formi una diversa opinione.

Escludere che il tribunale, qualora sorga una contestazione tra il debitore concordatario e il terzo proponente in ordine alla realizzabilità della percentuale di soddisfazione che non consentirebbe la presentazione di proposte concorrenti, possa discostarsi dal giudizio tecnico dell'esperto, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di ogni suo ausiliario, equivale a dire che la proponibilità delle proposte concorrenti in ordine al limite di soddisfazione posto dal debitore principale è demandata esclusivamente alla valutazione dell'attestatore. Il tribunale, infatti, a fronte di una relazione del commissario con la quale si sostenga che le soglie ritenute realizzabili dall'attestatore non potranno essere raggiunte, non solo non dovrebbe (giustamente) sposare fideisticamente la tesi del commissario, ma non potrebbe neanche effettuare una valutazione comparativa delle due opinioni (quella dell'attestatore e quella del commissario), né svolgere alcuna indagine peritale o di altro tipo per stabilire quale delle due sia la più fondata. In sostanza, se così fosse, il giudice verrebbe meno al suo ruolo di risolutore di conflitti, dato che dovrebbe dare comunque la prevalenza alla tesi dell'attestatore, salvo che non presenti errori di logica argomentativa, e negare l'introduzione di proposte concorrenti pur quando da una istruttoria appena più approfondita- giustificata dal contrasto di opinioni- sarebbe potuto emergere la non realizzabilità dei risultati esposti dall'attestatore.

#### b)-La fase dell'omologa

Pur non essendo stato toccato l'art. 180 dalla riforma del 2015, è inevitabile che l'omologa di una proposta concorrente che sia uscita vincente dalla votazione carichi il tribunale di una maggiore responsabilità, che impone una valutazione della fattibilità perché, in tal caso, l'omologa non produce soltanto l'effetto di vincolare i creditori dissenzienti (art. 184), ma assume una valenza costitutiva della produzione di effetti anche sui beni altrui in quanto ha lo scopo di vincolare anche il debitore all'adempimento della proposta presentata da altri<sup>18</sup>, con le sanzioni previste dall'art.

---

<sup>17</sup> In virtù del quale è "consentito al giudice di merito di disattendere le argomentazioni tecniche svolte nella propria relazione dal consulente tecnico d'ufficio, e ciò sia quando le motivazioni stesse siano intimamente contraddittorie, sia quando il giudice sostituisca ad esse altre argomentazioni tratte da proprie personali cognizioni tecniche". In termini, Cass. 7 agosto 2014, n. 17757, in *Giust. civ. Mass.* 2014.

<sup>18</sup> Vincolo che sorge solo con l'omologa perché prima non si saprebbe come spiegare che un accordo tra un terzo (creditore che rappresenti almeno il 10% dell'ammontare dei crediti) e la massa dei creditori possa avere e produrre effetti sui beni del debitore, il quale, infatti, fino a quel momento conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, come letteralmente dispone il primo comma dell'art. 167.

185 in caso di inadempimento.

Invero, nel caso di omologa di una proposta concorrente, si sancisce definitivamente “l’esproprio” del debitore della sua libertà di trovare un accordo con i creditori alle condizioni da lui esposte ed è difficile ammettere che il tribunale possa omologare una proposta alternativa che preveda, ad esempio, di procedere ad un aumento di capitale della società in concordato, con esclusione o limitazione del diritto d’opzione dei soci (che vengono, in tal modo, privati non solo del patrimonio della società cui partecipano, ma anche delle partecipazioni sociali nella società debitrice e del potere di disporne); ovvero che possa omologare una proposta che si innesti in un concordato con continuità diretta, con il quale il debitore aveva chiesto la collaborazione dei creditori al fine di ristrutturare l’impresa e mantenere la proprietà del complesso aziendale utilizzato per la continuazione dell’attività<sup>19</sup>, che, cioè, il tribunale possa con l’omologa avallare tali effetti dirompenti senza poter effettuare un vaglio sulla effettiva realizzabilità della proposta.

In questo caso, infatti, è presente non solo l’interesse dei creditori, la cui tutela può ritenersi affidata agli stessi che si esprimono con il voto, ma anche l’interesse del debitore (che potrebbe non coincidere con quello dei votanti), il quale, dopo aver dovuto accettare la soluzione offerta da altri (con la possibilità di essere privato dei beni che avrebbe mantenuto in base alla proposta da lui fatta ai creditori), risentirà le conseguenze della non realizzabilità di una proposta concorrente omologata, non certo sanabili con la risoluzione, in quanto il debitore rimarrebbe nuovamente esposto al rischio di fallimento in conseguenza di inadempimenti degli obblighi concordatari imputabili non a sé stesso, ma al creditore-proponente<sup>20</sup>.

#### c)-La fase dell’esecuzione

A parte queste ultime considerazioni che, come detto, non trovano un esplicito riscontro normativo seppur deducibili dal sistema, è nella fase della esecuzione, che l’organo giudiziario, normalmente privo di poteri effettivi, viene dalla riforma del 2015 altamente valorizzato nei concordati ove sia stata omologata la proposta di un terzo creditore per far fronte alla verosimile preoccupazione che il debitore, il più delle volte, non ha interesse a realizzare la soluzione prospettata da altri in alternativa alla sua o comunque non è animato dallo stesso spirito collaborativo che avrebbe

---

<sup>19</sup> Non sto dando un giudizio sulla ragionevolezza di tali soluzioni in presenza dell’insolvenza; sto semplicemente prendendo atto dell’attuale normativa che consente, in un primo momento, al debitore di gestire la crisi continuando la sua attività nell’intento di risanare l’impresa e soddisfare i creditori con i flussi ricavabili dalla stessa sulla base di una proposta e un piano da sottoporre ai creditori, e poi, una volta imboccata questa strada, giudicata già dal tribunale, sulla base delle attestazioni richieste dall’art. 186-*bis*, essere funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, permette ai creditori, peraltro anche ad un minoranza (basta il 10% del monte crediti per legittimare la presentazione di una proposta concorrente) di impedirgli di raggiungere quel risultato che il debitore si era proposto di conservare la sua impresa.

<sup>20</sup> E’ dubbio se, nel silenzio della legge, possa in tal caso applicarsi il quarto comma dell’art. 186, come proposto da G. D’Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fallimento 2015*, 1179..

avuto nel dare esecuzione al piano da lui presentato per risolvere la crisi.

Per sopperire all'inerzia o addirittura alla ostilità del debitore, il legislatore ha aggiunto quattro nuovi commi all'art. 185, dando al tribunale la facoltà, per il caso che il debitore non compia gli atti necessari a dare esecuzione ai termini della proposta alternativa approvata e omologata, di attribuire, su istanza del commissario oppure del creditore che abbia presentato la proposta approvata e omologata, al commissario i poteri necessari per porre in essere gli atti richiesti ai fini dell'esecuzione della proposta in luogo del debitore inadempiente.

In tal modo vengono enormemente ampliati i poteri del commissario nella fase di esecuzione perché questi, sia che prenda lui l'iniziativa per far fronte all'inerzia o al ritardo del debitore o che la prenda il terzo proponente, da organo di sorveglianza sull'adempimento del concordato (art. 185, primo comma), può assumere ora la gestione attiva della procedura per adempiere a quelle incombenze cui avrebbe dovuto provvedere il debitore affinché il piano concordatario venga portato ad esecuzione regolare, anche senza la collaborazione del debitore. Di conseguenza si amplia anche il potere del tribunale, sia perché è tale organo che provvede alla nomina di questo commissario *ad acta*, per cui deve valutare anche l'opportunità della nomina, sia perché diventa il punto di riferimento del commissario nello svolgimento della sua attività.

Inoltre, il sesto comma dell'art. 185, stabilisce che: "Fermo restando il disposto dell'articolo 173, il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa. Quando è stato nominato il liquidatore a norma dell'articolo 182, i compiti di amministratore giudiziario possono essere a lui attribuiti".

Questa disposizione crea non pochi problemi interpretativi, sia per l'infelice *incipit* sia per quanto attiene al campo di applicazione e al rapporto con i commi precedenti, ma quello che qui interessa sottolineare è che, quando gli amministratori in carica non siano in grado, per scelta volontaria o non, di dare esecuzione alla proposta del terzo, né siano sufficienti i poteri di gestione e liquidazione del patrimonio sociale che possono essere assegnati ad un commissario *ad acta*, il tribunale ha il potere di revocare gli amministratori della società concordataria, nominare un amministratore giudiziario, con la massima libertà nella scelta potendo far assurgere a questa funzione il liquidatore o altro soggetto estraneo alla procedura come alla società, di stabilire la durata del suo incarico, di indicargli gli atti da compiere per dare esecuzione alla proposta omologata, di convocare l'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale, qualora la proposta omologata preveda

questa modalità, ecc.

E così il tribunale, che con la riforma del 205/2006 aveva perso nella fase dell'esecuzione anche la possibilità di avviare di ufficio il procedimento per la risoluzione, quale logica conseguenza dell'introduzione del divieto di dichiarare il fallimento d'ufficio, si trova attualmente, da organo evanescente quale era diventato, ad esercitare un potere così incisivo che gli consente, alla stregua e in sostituzione della compagine sociale, di nominare un organo che si sostituisca ai legali rappresentanti sociali non per il compimento di atti specifici, ma per far funzionare la società in ottica strumentale alla realizzazione del piano approvato e da portare ad esecuzione; il tribunale può cioè, intervenire sulla vita e sulla struttura della società in concordato.

## 2.2-Il ruolo del giudice nelle offerte concorrenti

### a)-La fase dell'apertura della competitività

Ancor più invasivo e determinante è il potere dato al tribunale qualora vi siano le condizioni per la presentazione di offerte concorrenti con le quali, come è noto, si consente ai terzi di inserirsi nel procedimento di liquidazione dei beni, lì dove il piano concordatario comprenda una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni.

Quando il piano concordatario presenta queste caratteristiche l'art. 163-*bis* permette a terzi di porsi in competizione, non con il debitore (come nelle proposte concorrenti), ma con il soggetto già individuato dal debitore concordatario come cessionario dell'azienda, di uno o più rami d'azienda oppure di singoli beni, presentando una offerta migliorativa e di questa competizione il tribunale è diventato non solo l'arbitro imparziale, ma il protagonista che la dirige, la organizza e la indirizza.

E' tale organo, invero, che provvede, in primo luogo, a stabilire quando scatta l'obbligo di aprire a possibili offerte concorrente con quella già recepita nella proposta concordataria<sup>21</sup>, dopo di che, accertata la ricorrenza delle condizioni di legge, procede all'apertura di un procedimento competitivo con decreto che, a norma del secondo comma dell'art. 163-*bis* stabilisce: (i)-le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, (ii)-i requisiti dell'offerta che ne assicurino la comparabilità, (iii)-i re-

---

<sup>21</sup> Gli interrogativi in proposito non sono pochi: la procedura competitiva va aperta anche per gli atti di trasferimento di beni di modesto valore ed anche per la vendita dei beni oggetto della ordinaria produzione oppure la vendita di questi può essere autorizzata dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167, sulla base di una valutazione circa la convenienza per i creditori? Il ricorso alla procedura competitiva è obbligatorio anche quando l'offerta non è contenuta nella proposta e nel piano originario ma pervenga in pendenza di concordato? Rientrano nell'ambito applicativo delle offerte concorrenti ex articolo 163-*bis* i contratti preliminari o di affitto di azienda stipulati prima del concordato di cessione dei beni? e così via. Si tratta di scelte lasciate, in mancanza di una normativa chiara, alla discrezionalità interpretativa del giudice.

quisiti soggettivi degli offerenti, (iv)-la disciplina per l'accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, (v)- le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti, (vi)-la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, e le forme di pubblicità del decreto.

Il tribunale, come si vede, non deve limitarsi a fissare le condizioni di tempo e di luogo per l'espletamento della gara allo scopo di consentire la presentazione delle offerte, ma ha la completa gestione della gara in quanto è lui che con il decreto di apertura della procedura competitiva fissa le condizioni, anche di carattere sostanziale, che costituiscono il paradigma cui non solo i nuovi, ma anche l'originario offerente, devono adeguarsi per poter partecipare alla competizione, proprio perché non è l'originaria offerta che costituisce la base di gara, bensì il decreto che da essa può discostarsi, come lascia chiaramente intendere l'ult. parte del secondo comma dell'art. 163-*bis*.

Questa norma, infatti, dispone che "l'offerta di cui al primo comma (quella allegata alla proposta del debitore) diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto", da cui è agevole dedurre che, se il primo offerente è tenuto ad adeguarsi alle condizioni poste dal tribunale per rimanere in competizione con gli altri futuri offerenti ed è tenuto, allo stesso fine, a rilasciare le garanzie imposte dal tribunale non contemplate nella sua offerta, vuol dire che nel decreto del tribunale possono essere disposte condizioni diverse da quelle originarie, e che le nuove come la vecchia offerta devono adeguarsi a questo modello per essere tra loro comparabili.

Ovviamente è discutibile quale sia il limite di esercizio da parte del tribunale dello *jus modificandi*, ma il solo fatto di aver lasciato a questo organo una tale libertà, senza la predeterminazione di regole e confini, dà la possibilità a ciascun ufficio di prendersi gli spazi di intervento che ritiene più idonei. A mio avviso, il tribunale, nel disporre lo schema che devono assumere le offerte ulteriori, può apportare all'originaria offerta solo quelle modifiche compatibili con il piano presentato dal debitore, nel senso che esse non debbono essere tali da stravolgere la proposta e costringere il debitore ad una modifica radicale del piano, ma, pur fissato questo limite, è innegabile che gli spazi di autonomia concessi all'organo giudiziario sono enormi.

Si pensi, ad esempio alla proposta che contenga l'offerta di affitto di azienda, che nel concordato non è regolamentato non essendo richiamato l'art. 104-*bis*. Qui, a mio avviso, si può dire con sufficiente certezza che il tribunale non può imporre, di sua iniziativa, che l'affitto sia propedeutico alla vendita, per cui non può richiedere che l'offerta debba essere necessariamente accompagnata da una proposta di acquisto irrevocabile, dato che l'obbligo di acquisto stravolgerebbe il contenuto dell'originaria offerta che non lo prevede; tuttavia, seguendo lo stesso criterio interpretativo, si può invece sostenere che il giudice possa eliminare un diritto di prelazione previsto

nella offerta iniziale o imporlo ove manchi, perché la prelazione non incide sulla struttura del rapporto in quanto attiene alle modalità di esercizio dell'affitto e della sua cessazione. Eppure l'introduzione o l'abolizione del diritto di prelazione diventa un elemento di rilevante spessore nella valutazione della convenienza a presentare o non offerte in concorrenza o a modificare l'offerta iniziale<sup>22</sup>.

Determinante, sia per la presentazione delle proposte che delle offerte concorrenti, è l'accesso alle informazioni da parte dei terzi e il legislatore, per eliminare quella asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra chi ha la disponibilità dell'azienda- ed ha potuto presentare la proposta concordataria con piena cognizione di causa o ha fornito al suo interlocutore interessato all'acquisto dell'azienda, di un ramo della stessa o di singoli beni i dati utili-, e chi è estraneo a questa area e deve costruire una sua proposta o una sua offerta, ha attribuito al giudice anche questo potere di regolamentare le modalità per i terzi per acquisire le necessarie informazioni. Invero, il secondo comma dell'art. 163-*bis*, stabilisce che il decreto del tribunale che dispone l'apertura della procedura competitiva debba, tra l'altro, indicare "le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta", sovrapponendo questo potere a quello in linea più generale attribuito dal nuovo terzo comma dell'art. 165 al commissario che, appunto, in forza di tale norma, ha il compito di fornire "ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso" (con la precisazione nel quarto comma che questa disciplina "si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163-*bis*"). Ossia il legislatore ha scientemente voluto, nella fattispecie delle offerte concorrenti, attribuire al tribunale il potere pienamente discrezionale di regolamentare l'accesso alle informazioni e i limiti del loro utilizzo, cui evidentemente anche il commissario deve adeguarsi, qualora avesse optato per altre modalità operative.

#### b)-La fase della selezione dell'offerta

Eppure, più ancora del decreto che dispone la procedura competitiva, è l'iter predisposto dall'art. 163-*bis* per la selezione dell'offerta da sottoporre ai creditori che evidenzia, ancor più, quanto sia mutato il ruolo del tribunale. Come è noto, a differenza delle proposte concorrenti, ove la concorrenza si attua dando ai creditori chiamati al voto la possibilità di scelta tra la proposta e il piano presentati dal debitore e quelli introdotti da altri creditori, nel caso delle offerte concorrenti viene sottoposta

---

<sup>22</sup> Per non parlare della regolamentazione della retrocessione dell'azienda su cui i margini di operatività del giudice sono ampi, o della stessa vendita di azienda che, seppur disciplinata dall'art. 105 richiamato dall'art.182, consente al tribunale di regolamentare una serie di comportamenti delle parti interessate che le disposizioni normative fanno salve.

al voto una sola proposta, che è quella che recepisce l'offerta risultante migliore, secondo una selezione tra le varie offerte pervenute, cui il piano originario deve conformarsi.

Questa selezione è stata attribuita al tribunale, che deve effettuarla prima dell'adunanza dei creditori, secondo un percorso che non ha precedenti. Si è già detto che nel proprio decreto il tribunale fissa "la data dell'udienza per l'esame delle offerte" e, a questa udienza, le offerte, presentate in forma segreta, "sono rese pubbliche .... alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato" (inizio terzo comma). A questo punto, lo sviluppo logico dell'iter concorsuale sarebbe stato quello di aprire una gara tra i vari offerenti, quello iniziale e tutti gli altri successivi, attraverso la quale individuare l'offerta vincente da porre a base del piano da sottoporre all'assemblea dei creditori. Invece, il terzo comma dell'art. 163-*bis*, dopo la previsione dell'apertura delle buste contenenti le offerte all'udienza fissata per l'esame delle stesse, così continua: "Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti".

Da questa espressione, che esaurisce la disciplina sulla selezione dell'offerta da porre a base della proposta e del piano da sottoporre al voto dei creditori, si deduce che è il tribunale che valuta se le offerte pervenute siano o non migliorative rispetto (ovviamente) a quella originaria, e che solo ove pervengano più offerte ritenute migliorative si apre una gara tra i proponenti di queste; ossia, atteso che secondo la norma è il tribunale che dispone la gara tra gli offerenti, quando appunto abbia appurato che sono pervenute più offerte, e non una sola, migliorative rispetto a quella originaria, è stato attribuito al giudice il compito, molto impegnativo e che sfiora il sindacato di convenienza, di effettuare un raffronto comparativo tra le offerte che pervengono e quella iniziale; e, poiché le offerte, per quanto comparabili, non sono selezionabili soltanto sulla base di un dato numerico facilmente identificabile, deve ritenersi che il giudizio comparativo vada svolto in una valutazione complessiva delle condizioni di ciascuna offerta allo scopo di stabilire quale corrisponda al miglior interesse dei creditori, che è il criterio utilizzato dal legislatore in altre occasioni.

E' un compito anomalo e in contrasto col ruolo dell'organo giudiziario nel concordato, ma il fatto che debba essere il tribunale a valutare se sono state presentate più offerte migliorative costituisce, al di là delle conseguenze che se ne vogliano far discendere sui partecipanti alla gara, un dato inoppugnabile nel quale è insita una valutazione di merito che prescinde completamente dalla partecipazione dei creditori, che intervengono solo ove il tribunale ritenga di dover aprire la gara perchè ha giudicato che sono pervenute più proposte migliorative. E tutto ciò in uno snodo strategico dei nuovi concordati, che riguarda non ipotesi di scuola o comunque rare a verificarsi, ma tra le più diffuse.

### 2.3- Il ruolo del giudice nello scioglimento e nella sospensione dei contratti pendenti

Non manca un ampliamento dei poteri del giudice anche fuori della concorrenza.

Basti pensare alla originaria formulazione dell'art.169-*bis*, che si limitava a dire che il giudice “autorizza” lo scioglimento o la sospensione dei contratti, quasi che l'autorizzazione fosse una mera ratifica dovuta, al punto che il tribunale di Salerno<sup>23</sup> aveva affermato che l'autorizzazione era “una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore, il quale sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale che, nel caso di concordato con riserva, non è obbligatorio comunicare al tribunale, chiamato, quest'ultimo, ad attendere il deposito del piano”.

Questa conclusione, per la verità era poco condivisibile, ma rimaneva, nella laconicità dell'art. 169-*bis*- che non richiedeva alcuna attestazione sulla utilità dello scioglimento e la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, come nel caso dei finanziamenti e dei pagamenti dei crediti anteriori- non poco imbarazzo nella individuazione dei criteri cui doveva ispirarsi il giudice nel decidere e, di conseguenza, molta incertezza sui limiti dei suoi poteri.

Nella attuale formulazione dell'art. 169-*bis*, dovuta alla riforma del 2015, è previsto che il giudice “con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni” autorizza... “. Questa nuova versione elimina i dubbi accennati in quanto da questa è agevole dedurre che il giudice- sia esso il tribunale che il giudice delegato, a seconda del momento- se, prima di decidere, deve instaurare il contraddittorio e può assumere informazione e, principalmente, deve provvedere con decreto motivato, deve necessariamente svolgere una indagine di merito, altrimenti le garanzie del contraddittorio e della motivazione sarebbero prive di significato.

Invero, benchè nulla dica neanche la nuova norma sulle finalità che l'organo giudiziario deve perseguire, non è illogico sostenere che, poiché la realizzazione del miglior interesse dei creditori rimane la finalità ultima della procedura, al momento dell'autorizzazione il giudice, per un verso, debba necessariamente ispirarsi al criterio della utilità e funzionalità dello scioglimento alla migliore riuscita del concordato nell'interesse della massa dei creditori, e, per altro verso, non essendo prevista l'attestazione di un professionista che accerti che l'atto da autorizzare va a soddisfare il miglior interesse dei creditori, debba avere la possibilità di indagare nel merito se questo fine ricorra.

Peraltro lo scioglimento e la sospensione dei contratti, benchè richiedibili in ogni tipo di concordato, trovano la loro sede naturale di estrinsecazione nei concordati con

---

<sup>23</sup> Trib. Salerno 25 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 75.

continuità, ove diventa visibile l'intreccio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale, visto che "la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" (art. 186-*bis*, co. 2 lett. b), che costituisce il criterio direttivo di fondo per ogni intervento del giudice, compreso quello autorizzativo sulla sorte dei contratti pendenti, che si innesta nel quadro generale nel quale deve trovare attuazione il piano di risanamento finalizzato alla continuità aziendale.

Non interessa tanto, in questo momento, sostenere che sia necessariamente questo l'interesse che il tribunale deve perseguire nel concedere o non l'autorizzazione, quanto dire che qualunque sia l'interesse tutelabile- quello del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione del contratto o quello dei creditori concorsuali a non subire i costi di prosecuzione del contratto o quello dell'impresa concordataria a realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti<sup>24</sup>- sta di fatto che la nuova norma dell'art. 169-*bis* segna una netta inversione di rotta proprio con riferimento alla rilevanza della valutazione giudiziale; qualunque soluzione si scelga, infatti, essa coinvolge una valutazione di merito della sussistenza della finalità che si ritiene debba essere perseguita, posto che il giudice si trova a dover comunque valutare comparativamente l'impatto dello scioglimento del contratto sul miglior soddisfacimento dei creditori o su altro fine che si preferisca, in relazione al perseguimento del piano concordatario<sup>25</sup>.

#### 2.4- Il ruolo del giudice nella fase della revoca

L'art. 173 non è stato toccato dalla riforma del 2015, ma è stata la giurisprudenza a delineare nuovi assetti, con particolare riferimento al ruolo del commissario nella scoperta della frode, che refluiscono anche sui compiti del giudice. Anzi questo della revoca per atti di frode è uno dei campi in cui maggiormente si vede come l'evoluzione del dibattito sul concetto di "atti di frode" e sui poteri degli organi concorsuali a rilevarla e a trarne le conseguenze sia intimamente connessa, proprio quanto ad efficacia, alla definizione della stessa natura giuridica del concordato preventivo.

La S. Corte, fin dal primo intervento in materia nel 2011, aveva affermato che in tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo la nozione di atto in frode esige che "la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute, avrebbero pre-

---

<sup>24</sup> Tripartizione sottolineata da M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel*

*concordato preventivo* in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), marzo 2013

<sup>25</sup> Come già proposto da M. Fabiani, *op.e loc. ult. cit.*, nel 2013.

sumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, che esse siano state accertate dal commissario giudiziale, cioè da lui scoperte, essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori; pertanto, nel concetto di frode non rientra qualunque comportamento volontario idoneo a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio e, quindi, risulta estraneo a tale qualificazione il comportamento del debitore che, già nel ricorso, abbia indicato gli atti di disposizione del patrimonio, stipulati anteriormente, implicanti la concessione di diritti di godimento a terzi e che, successivamente esaminati dal commissario giudiziale, siano ritenuti suscettibili di depauperare il detto patrimonio, così da scoraggiare l'acquisto degli immobili oggetto della cessione ai creditori, pregiudicando la fattibilità della proposta concordataria<sup>26</sup>.

Concetto ripreso e ulteriormente chiarito dalla successiva giurisprudenza, secondo cui “è estraneo alla qualificazione di atto di frode il comportamento del debitore che, già nel ricorso, aveva indicato gli atti di disposizione del patrimonio, stipulati anteriormente, implicanti la concessione di diritti di godimento a terzi e che, successivamente esaminati dal commissario giudiziale, erano stati suscettibili di depauperare il detto patrimonio”<sup>27</sup> e “la nozione di atto di frode commesso anteriormente alla procedura di concordato preventivo esige che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, tali cioè che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, situazioni che siano state accertate dal commissario giudiziale, cioè da lui scoperte, essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori”<sup>28</sup>.

La Corte aveva anche precisato che “la divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale non può essere inquadrata in alcuna delle ipotesi specificatamente tipizzate nella prima parte del comma 1 dell'art. 173 l. fall. (accertamento o dissimulazione di parte dell'attivo, omessa dolosa denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività inesistenti), bensì esclusivamente nell'ipotesi residuale e generica degli "altri atti di frode", con la conseguenza che occorre accertare il carattere doloso di detta divergenza, non essendo concepibile un atto fraudolento, che non sia sorretto da una precisa intenzione di compierlo<sup>29</sup>; dolo che può consistere anche nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Cass. 23 giugno 2011 n. 13817 in *Foro it.* 2011, 9, I, 2308.

<sup>27</sup> Cass. 14 febbraio 2014, n. 3543, in *D&G* febbraio 2014; Cass. 15 ottobre 2013, n. 23387, in *D&G* ottobre 2013.

<sup>28</sup> Cass. 4 giugno 2014, n. 12533 in *Foro it.* 2014, 11, I, 3170, con nota di M. Fabiani.

<sup>29</sup> Cass. 5 agosto 2011 n. 17038, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 9, 1235.

<sup>30</sup> Cass. 16 maggio 2014, n. 10778 in *Giust. civ. Mass.* 2014.

Infine, la Corte<sup>31</sup>, dopo aver ribadito che per la revoca dell'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 173, primo comma, “è necessario che gli atti di frode siano accertati dal commissario giudiziale ed abbiano una valenza potenzialmente decettiva, per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato dei creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione ...”, aggiunge, quale elemento di novità, che “nell'ambito dei fatti accertati dal commissario giudiziale rientrano, oltre ai fatti "scoperti" perché del tutto ignoti nella loro materialità, anche i fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta di concordato e nei suoi allegati, i quali, pertanto, possono dirsi "accertati" in quanto individuati nella loro completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori solo successivamente”.

Come si vede, l'elemento comune a tutte le citate decisioni è che gli atti di frode che possono determinare la revoca del concordato devono essere “scoperti” dal commissario, giusta la letterale dizione dell'art. 173, e come, del resto, precisato anche nella relazione al decreto correttivo del 2007<sup>32</sup>. Di conseguenza, rilevanza revocatoria possono avere soltanto i fatti rilevanti sottaciuti o non adeguatamente esposti nella loro gravità nella proposta, proprio perché, in tanto i comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato possono essere valutati ai fini della revoca dell'ammissione al concordato, in quanto abbiano una valenza decettiva e siano, quindi, tali da pregiudicare un consenso informato dei creditori; ciò perché non ogni atto in frode è idoneo ad interrompere la procedura *ex art. 173 l. fall.*, ma solo quelli che abbiano un nesso strumentale con la procedura concordataria e che siano quindi suscettibili di viziare il consenso dei creditori.

E' chiara l'incidenza su tale costruzione della visione “contrattualistica” del concordato preventivo, che esalta a tal punto l'autonomia privata delle parti, da rendere l'accordo raggiunto tra l'imprenditore in crisi e i suoi creditori esente da ogni controllo del giudice, una volta verificato che i creditori siano stati pienamente informati della situazione patrimoniale del debitore, di modo che, poiché la “confessione” di questi nel ricorso di aver commesso atti di frode consente ai creditori di esprimere il loro consenso alla proposta in modo consapevole, il tribunale non può andare contro la volontà espressa dagli interessati disponendo la revoca del concordato.

Nel giugno del 2014, però, la Cassazione, pur affermando di condividere l'orientamento precedentemente riassunto, corregge il tiro precisando che "l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del

---

<sup>31</sup> Cass. 18 aprile 2014, n. 9050 in *Foro it.* 2014, 11, I, 3171, con nota di M. Fabiani.

<sup>32</sup> Ove all'art. 14 si legge “...Il comma primo sostituisce l'art. 173 del r.d., onde evitare che la dichiarazione di fallimento, nei casi ivi contemplati, possa atteggiarsi come mera sanzione rispetto a comportamenti scorretti del debitore. Si prevede, pertanto, la revoca dell'ammissione al concordato preventivo, ove si accertino i gravi fatti indicati dalla norma o la mancanza delle condizioni di ammissibilità”.

debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma della L. Fall., art. 173, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento"<sup>33</sup>; ossia, ora la Corte, in netta discontinuità con quanto fino a quel momento affermato, statuisce che gli atti previsti dal primo comma dell'art. 173 possono essere sindacati dal tribunale che, di conseguenza può dichiarare la revoca della procedura, anche qualora il debitore abbia fatto una piena *disclosure* dei suoi comportamenti fraudolenti nella domanda di concordato, posto che la procedura di concordato preventivo "non si risolve in un mero atto di autonomia negoziale delle parti, ma si realizza in un contesto proceduralizzato ed in un ambito di controlli pubblici affidati al giudice per garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore".

Su questa linea si è attestata la giurisprudenza successiva che ha ulteriormente puntualizzato che "se l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perchè il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere - dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito, come, sul piano sistematico, risulta oggi confermato anche dall'applicabilità dell'istituto della revoca per atti fraudolenti sin dalla fase ancora embrionale della procedura, in caso di domanda di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano"<sup>34</sup>. Ed invero, il bisogno di un controllo anticipato al periodo antecedente alla stessa presentazione della proposta e del piano per colpire gli atti di frode anche in questa fase, in cui manca una votazione, denota l'intento del legislatore di voler ritornare sui propri passi per mettere riparo al depotenziamento del ruolo del tribunale e agli ampi spazi lasciati alla autonomia privata.

Ossia la Corte ha superato la tesi secondo cui le condotte censurate dall'art. 173 sono soltanto quelle che hanno una valenza decettiva nei confronti dei creditori, tali da pregiudicarne il consenso informato alla proposta di concordato preventivo; ha superato la tesi- abbastanza asfittica- che l'apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale "non è destinato al giudice ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazione dell'esperto attestatore con la relazione redatta da un organo, investito di una pubblica funzione"<sup>35</sup>; e tutto ciò

---

<sup>33</sup> Cass. 26 giugno 2014, n. 14552 in *Foro it.* 2014, 11, I, 3170, con nota di M. Fabiani.

<sup>34</sup> Cass. 5 maggio 2016, n. 9027 in *Diritto & Giustizia* maggio 2016; *Ilfallimentarista.it* giugno 2016; Conf. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25165, (in motivazione) in *www.ilcaso.it*; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324, in *www.ilcaso.it*; App. Bari, 12 maggio 2016, in *Ilfallimentarista.it*, ottobre 2016.

<sup>35</sup> Così, Cass. 15 giugno 2011, n. 13818, *cit.*

scardina l'idea del concordato preventivo quale espressione di un accordo riconducibile esclusivamente all'autonomia negoziale e, come tale, insindacabile dal giudice, una volta accertato che i creditori siano stati informati della situazione patrimoniale attuale del loro debitore e dal commissario e denota come la revoca, a cominciare dal carattere officioso da cui è connotata, “non appare riducibile ad una dialettica di tipo meramente negoziale, ma pienamente invece s'iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia”<sup>36</sup>, per il raggiungimento il raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore.

Sviluppo importante, perché, per quanto qui interessa, svincolata la frode dalla decettività per i creditori, si attribuisce al tribunale il compito pieno di appurare l'esistenza dell'atto fraudolento e la sua idoneità a giustificare la revoca, indipendentemente dalla posizione dei creditori, per cui questa può intervenire sia prima dell'adunanza o anche dopo l'espressione del voto. Ed, infatti, la Corte<sup>37</sup> ha, anche di recente, ribadito che “i pagamenti eseguiti dall'imprenditore ammesso al concordato preventivo in difetto di autorizzazione del giudice delegato, non comportano, ai sensi dell'art. 173, comma 3, l.fall., l'automatica revoca della suddetta ammissione, la quale consegue solo all'accertamento, da compiersi ad opera del giudice di merito, che tali pagamenti, non essendo ispirati al criterio della migliore soddisfazione dei creditori, siano diretti a frodare le ragioni di questi ultimi, così pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato”.

Incompatibile con tale visione- che assegna al tribunale il compito di verificare se il debitore ha commesso atti non ispirati al criterio della migliore soddisfazione dei creditori-diventa l'affermazione che “il controllo di legittimità” spettante al giudice, nella fase della revoca, “comporta necessariamente la verifica della persistenza sino a quel momento, delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppure già scrutinate nella fase iniziale, dell'assenza di atti o fatti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art. 173 L. Fall. ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, del rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più

---

<sup>36</sup> Cass. 26 giugno 2014, n. 14552, *cit.* Concetto che viene ripreso da Cass. 5 maggio 2016, n. 9027, *cit.*, che sul punto aggiunge che bisogna “affermare che dalla premessa sistematica che vorrebbe assegnare natura contrattuale al concordato preventivo riformato....., non è dato ricavare la conclusione dell'irrelevanza della verifica officiosa di eventuali atti fraudolenti, se commessi anteriormente all'ammissione alla procedura, volta che i creditori ne siano stati comunque informati. La disputa sulla natura dell'istituto del concordato preventivo è antica, ma, già prima della recente riforma cui sopra s'è fatto cenno, questa corte aveva avuto modo di puntualizzare che, ove pure si fosse voluto convenire sul fondamento eminentemente negoziale dell'istituto, accostando la *cessio bonorum* concordataria alla figura contrattuale disegnata dall'art. 1977 c.c., si sarebbe nondimeno dovuto tenere conto che esso non si risolve in un mero atto di autonomia negoziale delle parti, ma si realizza in un contesto proceduralizzato ed in un ambito di controlli pubblici affidati al giudice per garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore”.

<sup>37</sup> Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324, *cit.*.

consapevole ed adeguata informazione”<sup>38</sup>; ove è evidente la difficoltà a conciliare la verifica dell’assenza di atti o fatti di frode che potrebbero dare impulso alla revoca con un controllo di legittimità.

In conclusione, seguendo le tracce del nuovo indirizzo giurisprudenziale, può dirsi che il procedimento di revoca va distinto in una fase necessaria, nel corso della quale il tribunale è tenuto unicamente a verificare d’ufficio se ricorrano i presupposti previsti dalla norma per la revoca dell’ammissione al concordato, ed una seconda, eventuale e successiva, che si instaura solo su impulso del creditore o del P.M. e che conduce alla dichiarazione di fallimento ove ne ricorrano le condizioni, e che il provvedimento che dispone la revoca, che giunge all’esito della prima fase, non richiede la proposizione di un’apposita domanda né l’instaurazione di un giudizio contenzioso che si svolge fra parti contrapposte, in quanto

costituisce espressione di un potere-dovere del giudice ricollegato in via esclusiva alla scoperta degli atti di frode, il cui esercizio non è subordinato all’acquisizione della posizione assunta sul punto dai creditori concordatari e il cui accertamento è lasciato al tribunale, che deve, appunto, appurare, con una indagine nel merito, se il debitore, prima o dopo la presentazione della domanda di concordato, abbia commesso atti di frode o abbia tenuto altri comportamenti rilevanti ai sensi dell’art. 173, idonei a pregiudicare le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato.

## **2.5-II ruolo del giudice nel concordato con riserva**

Un sensibile ampliamento dei poteri del giudice la riforma del 2015 lo ha apportato anche nel concordato con riserva.

Per la verità questo istituto era stato già revisionato con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito dalla legge 9 agosto 2013 n. 98, che aveva rafforzato il ruolo del tribunale prevedendo l’ampliamento del patrimonio informativo che l’imprenditore deve offrire al medesimo tribunale ed ai creditori, con differenziazione appunto di ciò che va indirizzato all’organo giudiziario e ciò che va pubblicato nel registro delle imprese a disposizione di tutti i creditori; contemplando maggiori poteri di intervento tesi a garantire, attraverso anche la possibilità della nomina di un commissario, il controllo che il termine concesso sia proficuamente utilizzato per l’elaborazione del piano e della proposta, prevedendo la sanzione della riduzione del termine precedentemente concesso; estendendo a questa fase la possibilità della revoca ex art. 173, ecc.

In questo modo il legislatore ha cercato di mettere un freno all’utilizzo, spesso a scopo dilatorio se non proprio abusivo, dello strumento del concordato con riserva, documentato dall’incremento dei ricorsi di questo tipo in tutte le sedi giudiziarie nella

---

<sup>38</sup> Cass 16 maggio 2014, n. 10778, *cit.*

seconda metà del 2012, e queste nuove norme, al di là di ogni giudizio sulla loro efficacia, hanno fatto capire come l'aspetto del comportamento del debitore in pendenza del termine, in precedenza quasi irrilevante, debba essere tenuto sotto controllo ed essere oggetto di valutazione anche da parte del tribunale. A questo scopo sono indirizzati non solo gli obblighi informativi, ma gli altri strumenti di controllo dati ora al tribunale, quale quello della messa a disposizione del commissario e del giudice delle scritture contabili, attuato con il richiamo e l'estensione anche alla fase del pre concordato del secondo comma dell'art. 170, nonché quello che consente al tribunale di sentire in ogni momento i creditori<sup>39</sup>.

Il tribunale, quindi, nella pendenza del termine, non si limita più soltanto ad autorizzare gli atti straordinari o altre operazioni- il che aveva permesso alle Sezioni Unite del gennaio 2013 (antecedente alla riforma del 2013 di cui si sta parlando) di relegare questi compiti a misure caratterizzate dalla necessità di un intervento urgente, riconducibili alla disposta anticipazione degli effetti del concordato alla data del deposito del ricorso- ma svolge, con l'ausilio del commissario, attività di vigilanza sul comportamento del debitore, al punto da poter revocare la procedura ex art. 173 dichiarando improcedibile la domanda, da poter dichiararla inammissibile in caso di violazione degli obblighi informativi, o da poter ridurre il termine concesso se il debitore non si adopera per la redazione della proposta e del piano.

In sostanza, da un lato il debitore ha perso gran parte della propria libertà nella gestione, che viene circoscritta a quella ordinaria e si attua comunque con l'incombente presenza del commissario, e, dall'altra, il tribunale ha recuperato un potere di vigilanza e interdittivo che richiede necessarie valutazioni di merito. Si pensi, per restare nel campo delle misure tipiche del concordato con riserva, al momento in cui il tribunale deve stabilire se il debitore ha violato gli obblighi informativi o l'impegno di predisporre la proposta e il piano e decidere se dichiarare la inammissibilità in un caso o ridurre il termine e di che entità, nell'altro; il più delle volte il giudice si affiderà alle relazioni del commissario, ma questa è solo una delle fonti da cui può attingere il suo convincimento, nulla escludendo che possa dissociarsi e decidere diversamente da quanto suggerito da questi.

Questa maggiore libertà decisionale del giudice ha raggiunto la massima espansione nel settore dei finanziamenti.

Come è noto, già il legislatore del 2012, oltre a ridisegnare i finanziamenti ponte, anche se fatti da soci, e quelli per l'esecuzione del concordato di cui all'art. 182-*quater*, aveva introdotto la possibilità per l'imprenditore che presentava domanda di concordato, anche ai sensi del sesto comma dell'art. 161, di chiedere al tribunale "di

---

<sup>39</sup> Ove l'inciso "in ogni momento" fa capire che tale facoltà non è limitata a sanzionare soltanto l'ipotesi di manifesta inidoneità dell'attività svolta dal debitore nella predisposizione del piano e della proposta, ma ha una portata generale di fonte di ulteriore conoscenza e informazione. F. D'Angelo, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giur. comm.* 2014, 494

essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111" (comma primo art. 182-*quinquies*) ed a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi (comma terzo stesso articolo) a condizione che un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori".

Come si vede, si tratta di disposizione riferibile a qualsiasi tipo di concordato, sia esso liquidatorio che in continuità- che ne costituisce il campo elettivo di applicazione- e, per espressa previsione legislativa, applicabile al concordato con riserva, anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3 (aggiunta effettuata con il d.l. n. 83 del 2015, convertito dalla legge n. 132 del 2015), ed anche l'intervento del tribunale in questo campo era stato liquidato dalle Sezioni Unite con "l'intento di favorire quanto più possibile la soluzione concordatizia rispetto a quella liquidatoria", come se tale constatazione modificasse il tipo di indagine che il tribunale doveva svolgere nel valutare se il finanziamento era funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori.

Con la riforma del 2015 è stato aggiunto all'art. 182-*quinquies* un nuovo terzo comma, in forza del quale, il tribunale, su richiesta del debitore che abbia presentato una domanda di concordato con riserva, può autorizzarlo "in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111 l.fall., funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale per la durata limitata alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma".

Secondo tale norma, il ricorrente deve specificare: a) la destinazione dei finanziamenti, b) che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e c) che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda; a sua volta il tribunale, "assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione".

Come si vede, nel caso non è richiesta neanche una relazione del solito professionista attestatore, per cui il tribunale, che deve decidere con decreto motivato, deve necessariamente controllare, oltre all'urgenza, la fondatezza di tutte le indicazioni fornite dal richiedente, e cioè che il finanziamento richiesto sia destinato effettivamente allo scopo indicato e l'esistenza di un pregiudizio imminente e irreparabile che potrebbe essere evitato con la concessione del finanziamento richiesto, che il debitore non è in grado di procurarsi in altro modo. Una decisione del genere richiede necessariamente un controllo di merito, sicuramente più libero di quello previsto dal primo comma e prettamente discrezionale in quanto completamente sganciato dalla

valutazione del migliore interesse dei creditori ed ancorato invece alle esigenze economico-finanziarie dell'impresa debitrice.

## **2.6- Il ruolo del giudice negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari**

La disposizione di cui al sopra richiamato nuovo terzo comma dell'art. 182- *quinquies* trova applicazione anche negli accordi di ristrutturazione, sia che venga presentata domanda di omologazione ai sensi del primo comma dell'articolo 182-*bis*, che una proposta di accordo ai sensi del sesto comma dell'articolo 182-*bis*.

In questa “procedura”, sebbene l'assetto dei rapporti tra debitore e ceto creditorio sia basato sulla divisione tra creditori consenzienti con gli accordi proposti dal debitore e creditori estranei, da soddisfare interamente, si sono riproposti gli stessi dubbi, che si agitano nel concordato, circa il ruolo e i poteri del giudice, nel momento in cui è chiamato a stabilire la idoneità dell'accordo, così come attestato dal professionista, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nei rispetto dei termini esposti dall'art. 182-*bis*, dubbi accentuati dalla laconicità del testo legislativo, che chiama in causa il tribunale per “l'omologazione”, senza altra spiegazione.

Nel perdurare di queste incertezze sul tipo di controllo del giudice (di mera legalità, di legalità sostanziale dell'attestazione, di merito, anche in mancanza di opposizioni o solo in presenza di queste, ecc.), il legislatore del 2015 ha introdotto la nuova figura degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari di cui all'art. 182-*septies*, che consente all'imprenditore che ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo di percorrere la strada dell'accordo di ristrutturazione, rendendo obbligatorio l'accordo raggiunto con una maggioranza qualificata dei creditori bancari (75%) anche per i dissenzienti; in tal modo la figura degli accordi di ristrutturazione viene ulteriormente avvicinata alla procedura di concordato in quanto si estende alla prima- in cui manca una votazione formativa di una maggioranza- il principio posto dall'art. 184 che rende obbligatorio il concordato anche per i dissenzienti.

Le problematiche sollevate da questa nuova figura di sub ristrutturazione sono non poche e di non poco conto, ma ciò che interessa rilevare ai fini del discorso che si sta svolgendo è che, in forza del quarto comma dell'art. 182-*septies*, il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, ove occorra avvalendosi di un ausiliario (probabilmente un consulente tecnico, ma la cui figura è tutta da definire), che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo “possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili “ (lett. c), sebbene questa specifica valutazione non sia oggetto di attestazione.

Invero, nel silenzio della nuova norma in materia, deve ritenersi che il professionista incaricato deve limitarsi al compito demandatogli dall'art. 182-*bis* di attestare l'idoneità degli accordi di ristrutturazione al soddisfacimento dei creditori non bancari non aderenti e, comunque, quand'anche tra i creditori non aderenti si volessero comprendere anche quelli bancari, non è previsto che i creditori bancari estranei all'accordo e dissidenti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili; anche perché, diversamente, non si spiegherebbe l'inciso, introdotto con la legge di conversione del decreto n. 83 del 2015, secondo cui il tribunale può avvalersi, ove occorra, di un ausiliario, che costituisce il sintomo più evidente di un'autonoma forma di controllo da parte dell'organo giudiziario.

Al di là, quindi, di quali siano i rapporti tra questo tipo di ristrutturazione bancaria con la figura ordinaria e pur nella difficoltà di capire quali potrebbero essere le alternative concretamente praticabili, rimane il fatto che questa parte della norma sull'omologa è completamente diversa da quella di cui all'art. 182-*bis*, in quanto il tribunale può svolgere un controllo di merito penetrante e d'ufficio - che passa attraverso la valutazione delle prove che il debitore deve fornire e verificabili anche con la collaborazione di un ausiliario- finalizzato ad una verifica addirittura della convenienza per i creditori bancari non aderenti tra quanto viene loro offerto con l'accordo di ristrutturazione e altre alternative non meglio specificate; un controllo che, come si vede, assomiglia a quel *cram down* che il tribunale può effettuare in caso di opposizioni nell'omologa del concordato, ove però sia richiesto da un creditore appartenente ad una classe dissidente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, da dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto (comma quarto art. 180), e non certo d'ufficio, visto che la valutazione della convenienza è di esclusiva competenza dei creditori su cui l'organo giudiziario può intervenire solo se da questi sollecitato.

Ho accennato a questo aspetto, elencato nella lett. c) del quarto comma dell'art. 182-*septies* perché è il più sintomatico dell'espansione dei poteri del giudice ai quali viene consentito addirittura un giudizio di convenienza, ma anche gli altri accertamenti richiesti presuppongono valutazioni di merito. Il tribunale deve, infatti, appurare che alle banche e agli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo "abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti" (lett. a), il che comporta che l'organo giudiziario non deve limitarsi a valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi, come richiesto dall'art. 163, ma è tenuto a svolgere una indagine in concreto sulla omogeneità della posizione dei creditori appartenenti alla medesima categoria dei creditori bancari, non potendosi estendere l'obbligatorietà ai dissenzienti ove nell'unica categoria si trovino creditori diversificati per

posizione giuridica e interessi economici<sup>40</sup>.

E non potrebbe essere diversamente perché l'effetto di vincolare i dissenzienti alla volontà della maggioranza, sebbene sia mancata una votazione, diventa giustificabile sotto il profilo costituzionale solo ove ciascun creditore sia chiamato ad esprimere la sua volontà in un contesto di omogeneità, ove vi sia, cioè, una comunanza di interessi che, da un lato, spinge i creditori ad esprimere una adesione all'accordo non influenzato decisamente da fattori particolari, (non inquinata cioè da vicende singolari) e, dall'altro, consenta alla volontà dei più di trasformarsi fisiologicamente in una decisione adottata nell'interesse dell'intero gruppo di creditori che si trovano nella medesima situazione, sicché l'accertamento della ricorrenza di tale condizione diventa essenziale per la temuta stessa dell'istituto.

Ed egualmente l'art. 182-*septies*, quando demanda al tribunale di verificare se le banche e gli intermediari finanziari non aderenti all'accordo "abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative (lett. b), attribuisce all'organo giudiziario il compito di svolgere, non una verifica di legalità, ma un controllo di fatto diretto a stabilire se ciascuno dei soggetti interessati abbia ricevuto ciò che la legge richiede e abbiano potuto partecipare alle trattative. Disposizione che, peraltro, si salda con quella di cui al secondo comma, nella parte in cui richiede che "tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede", ove è del tutto evidente che la buona fede va riferita al debitore, piuttosto che ai creditori, nonostante la lettera della norma.

Tutto ciò sta a significare che, a fini dell'omologa, il tribunale deve accertare, non solo che il debitore abbia informato tutti i creditori della categoria dell'avvio delle trattative e li abbia messi in condizione di parteciparvi, ma che abbia loro fornito informazioni complete ed aggiornate sulla sua situazione patrimoniale, economica e finanziaria, nonché sull'accordo e sui suoi effetti, sull'evolversi delle trattative, ecc., perché solo in tal caso può dirsi che il debitore abbia in buona fede consentito ai creditori interessati di partecipare fattivamente all'iter di formazione del consenso.

---

<sup>40</sup> Sebbene la formazione delle categorie/classi non sia imposta come obbligatoria, in realtà si tratta di un onere indispensabile ove il debitore voglia estendere l'effetto dell'accordo bancario alle banche non aderenti. Tanto comporta anche che il debitore può riunire in una unica categoria tutti i creditori banche e intermediari finanziari, perché se tutti gli istituti bancari si trovano nella medesima posizione, diventa superflua una ulteriore suddivisione, come può procedere ad ulteriore classazione, nell'ambito della categoria dei creditori bancari, quando vi siano banche con posizioni giuridica ed interessi disomogenei,

### 3- Il ruolo del P.M. nel concordato

Contestualmente ed inevitabilmente la riforma del 2015 ha portato ad un potenziamento del ruolo del P.M. nel concordato perché in un sistema orientato alla tutela dei creditori necessariamente deve essere incrementata la tutela penale e questo scopo è stato realizzato attraverso una rivisitazione della posizione del P.M. nel concordato; anzi, si può dire che il ruolo dell'organo inquirente è stato sostanzialmente ribaltato, non perché gli siano stati attribuiti nuovi poteri nella procedura di concordato, ma perché sono state eliminate quelle carenze informative e di collaborazione in precedenza esistenti.

Ciò ha fatto il legislatore del 2015 con l'introduzione di una serie di disposizioni concentriche.

In primo luogo è stato integrato il quinto comma dell'art. 161 che prevedeva fosse comunicata al P.M. soltanto la domanda di concordato; è stato ora aggiunto un secondo periodo allo stesso comma, che stabilisce che "Al pubblico ministero è trasmessa altresì copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma, nonché copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall'articolo 172".

Norma rilevante sotto due profili perché, per un verso, consente al P.M. di venire immediatamente a conoscenza dell'intera documentazione prodotta dal debitore e non della sola domanda di concordato, così da disporre del materiale indispensabile per poter indagare in modo mirato sulla eventuale sussistenza di reati (in particolare se si sia attribuito attività inesistenti o simulato crediti ex art. 236); per altro verso rafforza quel rapporto di necessaria collaborazione tra commissario e P.M. in precedenza molto labile.

Questo scopo è raggiunto disponendosi, nel quinto comma dell'art. 161, la trasmissione al P.M. anche della relazione che il commissario redige a norma dell'art. 172, che già comprendeva una descrizione particolareggiata del comportamento del debitore ed ora anche la illustrazione delle utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi. In tal modo le indagini svolte dall'organo indipendente costituiscono una fonte primaria di notizie sia ai fini dell'accertamento di eventuali reati sia al fine di indirizzare l'iniziativa del P.M. a chiedere il fallimento che risultasse più conveniente alla luce delle azioni esperibili, ma il legislatore del 2015 ha fatto molto di più, e cioè:

a-ha inserito nel secondo comma dell'art. 163 il num. 4-*bis*, per il quale il tribunale con il decreto che apre la procedura "ordina al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie". Questo significa che il lavoro del commissario viene agevolato per il fatto di poter disporre della copia informatica delle scritture contabili e fiscali, per cui il controllo sul comportamento del debitore come sulle

attestazioni svolte dai professionisti sarà sicuramente più approfondito ed efficace e di questo ne beneficerà anche il P.M.<sup>41</sup>.

b-ha previsto nel nuovo comma quinto dell'art. 165 che “il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni”. In tal modo viene esaltata al massimo la funzione di pubblico ufficiale del commissario, che diventa il primo presidio penalistico in quanto egli deve comunicare al P.M. anche i fatti che non integrino un reato, ma che possano configurare ipotesi di reato, per cui questi, per evitare di incorrere nel reato di cui all'art. 361 c.p., qualora venga a conoscenza, in concomitanza o in ragione delle funzioni espletate, di una situazione che presenti gli elementi anche ipotetici di un fatto costituente reato, deve darne comunicazione immediata al P.M., il quale, a sua volta può iniziare le sue indagini anche senza una vera e propria notizia di reato.

In tal modo, il ruolo dell'organo inquirente è stato sostanzialmente ribaltato, perché l'implementazione del bagaglio informativo di cui viene dotato in quanto destinatario dell'intera documentazione del debitore e delle relazioni del commissario, che ora potranno essere più approfondite, e delle segnalazioni immediate di ipotesi di reato, dimostra che a tale organo si è voluto attribuire una partecipazione più attiva alla procedura; dimostra che il P.M., da spettatore con il compito di chiedere la dichiarazione di fallimento qualora la procedura di concordato non potesse proseguire e di apportare elementi per la eventuale revoca, è diventato protagonista di un nuovo apparato di controllo che può valere e come deterrente e come sanzione per bloccare tentativi basati su situazioni contabili poco chiare; in netta controtendenza, bisogna dire, con lo spirito iniziale della riforma, che aveva abolito i requisiti soggettivi e di meritevolezza per accedere alla procedura, che ora stanno rientrando dalla finestra.

#### **4-II secondo comma dell'art. 179**

L'unica norma dissonante con l'ampliamento dei poteri del giudice potrebbe apparire quella dei cui al secondo comma dell'art. 179 (introdotto con la legge n. 134

---

<sup>41</sup> Sotto questo profilo, i poteri del commissario riceveranno una ulteriore spinta quando diventeranno pienamente operative le possibilità di ricerca telematica dei beni dei debitori da parte degli organi concorsuali, compreso il commissario, dato che l'art. 155-*sexies* delle disp. att. cod. proc. civ., introdotto con il d.l. n. 132 del 2014, convertito della legge n. 162 del 2014 e integrato dal d.l. n. 59 del 2016, convertito della legge n. 119 del 2016, ha esteso l'applicazione delle disposizioni in materia di ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare anche “per la ricostruzione dell'attivo e del passivo nell'ambito di procedure concorsuali”, con la sola autorizzazione del giudice del procedimento (giudice delegato?), precisando, con l'aggiunta del 2016, che “ai fini del recupero o della cessione dei crediti, il curatore, il commissario e il liquidatore giudiziale possono avvalersi delle medesime disposizioni anche per accedere ai dati relativi ai soggetti nei cui confronti la procedura ha ragioni di credito, anche in mancanza di titolo esecutivo nei loro confronti”.

del 2012), per il quale “quando il commissario giudiziario rileva, dopo l’approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all’udienza di cui all’art. 180 per modificare il voto”. Ed, infatti le Sezioni Unite danno di questa norma una lettura a sostegno alla propria tesi affermando che questo dettato normativo, rendendo i soli creditori destinatari dell’avviso del sopravvenuto mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, lascia “implicitamente intendere che l’organo giudiziario non dovesse essersene occupato prima, solo così potendosi giustificare la sua indifferenza, rispetto a mutamento di dati altrimenti potenzialmente rilevanti”; in altre parole lascia intendere che il legislatore abbia voluto attribuire esclusivamente ai creditori e non al giudice il giudizio sulla fattibilità.

Questa mi sembra una lettura molto partigiana della norma perché quest’ultima non esclude che il commissario, a fronte di un mutamento che faccia venir meno la fattibilità del piano, inficiando l’originaria valutazione del tribunale e l’attestazione sulla cui base era stata decretata l’ammissibilità della proposta, possa, anzi che debba segnalare la situazione al tribunale (anche se è in corso il giudizio di omologa) al fine di provocare una eventuale revoca del concordato ex art. 173, comma terzo.

Di conseguenza, come è stato più ampiamente detto da altri<sup>42</sup>, la funzione della norma in esame è quella di consentire ai creditori che già abbiano espresso il loro voto, di modificare lo stesso alla luce delle mutate condizioni, in meglio o in peggio, per adeguarsi alla realtà sopravvenuta o comunque prima non conosciuta, tanto più che la disposizione di cui al secondo comma dell’art. 179 è stata introdotta con la stessa legge di conversione del d.l. n. 83 del 2012, che aveva introdotto il principio del silenzio assenso che rendeva indispensabile la possibilità di una revoca di un assenso presunto.

### **5-L’ult. comma art. 160**

Il nuovo tessuto normativo che si è cercato di delineare attraverso l’*excursus* lungo le novità introdotte dalla riforma del 2015 non può essere degradato ad un ulteriore arricchimento del repertorio dei controlli di merito già previsti in capo al tribunale dalla legge fallimentare, così come avevano sostanzialmente detto le Sezioni Unite con riferimento alle innovazioni che già nel 2012 avevano potenziato l’area di interferenza dell’organo giudiziario, in quanto l’ampiezza e la profondità dell’intervento normativo attuato più recentemente inducono a ritenere che il legislatore del 2015 abbia inteso dare una svolta decisa all’articolazione dei rapporti tra debitore, creditori e tribunale, passando da un sistema di autotutela endoconcorsuale dei diritti dei creditori ad una più diffusa eterotutela affidata all’autorità giurisdizionale, dato che a

---

<sup>42</sup> P. Vella, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ottobre 2012.

questa è stato attribuito ruolo di regolatore con pieni poteri delle vicende più rilevanti che si intersecano nella vita della procedura concordataria.

Già tanto sarebbe sufficiente per dire che l'affermazione della Corte- secondo cui sarebbe "ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto, che del rischio legato alla opinabilità di un giudizio prognostico sulla fattibilità si facciano esclusivo carico i creditori"- non è più attuale in quanto non più in sintonia con il mutato "impianto generale", frutto di un clima ideologico che ha portato, come visto, ad un ripensamento della tutela del ceto creditorio e, con esso, al potenziamento del ruolo del giudice. Se, come premettono le Sezioni Unite, la fattibilità del piano concordatario costituisce un requisito di ammissibilità del concordato, la cui sussistenza deve essere verificata dal giudice attraverso un giudizio autonomo e diretto, non vi è più ragione che la valutazione della fattibilità da parte dell'organo giudiziario sia solo quella giuridica e non anche quella economica, vista la generalizzata e diffusa estensione dei poteri di indagine e di verifiche di merito affidati al giudice, che vanno ben al di là della valutazione della fattibilità economica del piano.

Tuttavia, non è mutato soltanto lo sfondo di sistema, ma anche la normativa specifica, perché nel quadro descritto va inserita la disposizione dell'ult. comma dell'art. 160, secondo la quale "in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari", nei concordati con cessione dei beni<sup>43</sup>.

Questa è la disposizione che, più di altre, esprime quell'inversione di rotta verso una maggiore tutela del ceto creditorio rispetto al passato cui ho già accennato, in quanto nata proprio in reazione alla irrisorietà delle proposte, cui alcuni tribunali avevano cercato di porre rimedio fissando la soglia minima di soddisfazione dei creditori per accedere alla procedura concordataria in quell'ufficio<sup>44</sup>; e nello stesso senso va anche la circoscrizione della soglia minima ai soli concordati con cessione dei beni che favorisce l'interesse del debitore a promuovere un concordato in continuità che, se non vincola questi al rispetto della soglia del pagamento del 20% ai chirografari, lo impegna tuttavia al mantenimento del risultato promesso con eliminazione del rischio per i creditori dell'esito della liquidazione.

Che questa scelta sia idonea ad apportare ai creditori risultati più soddisfacenti è tutta da vedere, ma non è questo aspetto che al momento interessa; funzionale al

---

<sup>43</sup> Cui segue in consecuzione logica la disposizione dell'art. 161 che impone al debitore di indicare "in ogni caso", nella proposta "l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore".

<sup>44</sup> Il Trib. Modena 3 settembre 2014 (decr.), in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), afferma, ad esempio, che il riconoscimento a favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato, quale principio di diritto della pronuncia di Cass. sez. un. n. 1521 del 2013, non può essere inferiore a quella del 5%, quale "pagamento" (in senso lato) sia pur parziale del debito che deve essere individuata in misura costante, almeno nei casi in cui lo stesso avvenga in denaro (al pari di un concordato preventivo con garanzia), dichiarando inammissibile una proposta che prevedeva una percentuale di soddisfazione a favore dei chirografari del 3,1%.

discorso che si sta facendo è prendere atto dell'esistenza della nuova disposizione e cercare di capire se e come essa si inserisce nel panorama interpretativo esistente delineato dai giudici di legittimità.

Non vi è dubbio che questa novità possa essere letta alla luce delle statuizioni delle Sezioni Unite del 2013, senza travalicare i confini del giudizio del tribunale come in precedenza delineati dal massimo organo di legittimità. In questa ottica, si potrebbe, infatti, dire che l'indagine del tribunale non cambia, sotto il profilo metodologico, rispetto al passato in quanto, come il professionista incaricato deve attestare la fattibilità del piano anche sotto il profilo della idoneità dei beni ad assicurare il pagamento dei creditori nella misura minima di legge o di quella maggiore indicata nella proposta, così il giudice - che in precedenza poteva negare l'ammissione ove *prima facie* emergeva che i beni ceduti non erano idonei a soddisfare i creditori chirografari neanche in minima parte - deve ora verificare, negli stessi limiti di giudizio fissati dalla giurisprudenza, la fattibilità della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, che andrebbe individuata nella possibilità che ai creditori possa essere corrisposto almeno il 20% dell'ammontare del loro credito, negando, quindi, l'ammissione solo ove tale livello appaia immediatamente e manifestamente irraggiungibile.

Questa lettura, cui nell'immediatezza dell'entrata in vigore della normativa riformatrice del 2015 anch'io avevo aderito, seppur nel contesto di un più ampio discorso)<sup>45</sup>, non mi sembra, ad un più attento esame, oggi condivisibile.

Non è questa la sede per esplorare il significato dei lemmi "assicurare" e "pagamento", ma, ai fini che qui interessano, si può dire che proprio il fatto che, rispetto al recente passato, il legislatore richieda ora che il debitore debba dare ai creditori maggiori certezze sul risultato della liquidazione dei beni ceduti per la loro idoneità a realizzare la soddisfazione dei creditori nella misura di legge<sup>46</sup>, fa capire come la previsione dell'impegno ad assicurare la soglia minima del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari sia divenuta condizione di ammissibilità del concordato con cessione dei beni. La legge, infatti, non richiede più al debitore soltanto di mettere a disposizione dei creditori il proprio patrimonio perché lo liquidino e si dividano il ricavato, ma anche l'assunzione di un impegno, se non proprio all'ottenimento di un risultato, al raggiungimento di quel risultato minimo, in quanto egli deve assicurare

---

<sup>45</sup> Cfr. G. Bozza, *Proposte e offerte concorrenti* in [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it), in cui l'argomento ora in discussione veniva indirettamente toccato.

<sup>46</sup> V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?* in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); afferma che "assicurare" significa che la proposta ma più propriamente il piano devono dare al creditore chirografario la certezza che dalla liquidazione dei beni si otterrà almeno la richiamata percentuale e cioè devono essere portati elementi concreti che rendano certo, in difetto di eventi assolutamente imprevedibili, che il risultato sarà raggiunto, da cui discende che è diventato ancor più determinate e rigoroso il compito dell'attestatore la cui relazione non può essere fondata su valutazioni prognostiche che si identifichino con una mera previsione probabilistica di verosimiglianza, ma deve essere ancorata a dati che rendano sostanzialmente sicuro che il risultato voluto dalla legge potrà essere raggiunto,

i creditori che i beni messi a loro disposizione sono idonei, sulla base dei dati verificati anche dall'attestatore, e quindi sulla base di un giudizio prospettico estimativo, a soddisfarli nella misura promessa, che non può essere inferiore a quella indicata dalla legge; è questo l'odierno fine del concordato, nel quale la cessione di beni costituisce un mezzo per raggiungerlo<sup>47</sup>.

Questa nuova realtà porta al superamento della distinzione fatta dalle Sezioni Unite tra causa astratta e causa concreta del concordato.

La Corte, infatti, aveva distinto tra la causa astratta del "contratto" concordatario, identificabile nell'obiettivo di fondo, meritevole di tutela, perseguito dal legislatore di superare lo stato di crisi dell'imprenditore, e causa concreta, individuabile nelle modalità di soddisfacimento dei crediti con indicazione delle relative percentuali e dei tempi di adempimento attraverso cui l'imprenditore intende realizzare il superamento della situazione di crisi, da un lato, e assicurare un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro<sup>48</sup>.

Distinzione necessitata perché solo indirizzando la causa astratta del concordato alla regolazione della crisi, e non al soddisfacimento dei creditori, la Corte poteva poi affermare che la proposta che attribuiva ai creditori chirografari una percentuale minima, o addirittura irrisoria non essendo prevista una soglia minima di soddisfazione, non faceva venir meno la causa del contratto, in quanto comunque idonea a realizzare il fine ultimo di regolamentare la propria crisi, ma incideva solo sul rapporto concreto con i creditori, per cui ad essi competeva valutare sia se l'entità dell'offerta era per loro conveniente sia la realizzabilità della stessa.

Ora che il debitore "non avrà più agio di formulare una proposta al modo di un abito sartoriale"<sup>49</sup> in quanto deve predisporre una proposta che rispetti il vincolo legislativo della soglia minima posta dall'art. 160 per i concordati liquidatori, anche questo obbligo assurge a condizione legale per il superamento della crisi col mezzo

---

<sup>47</sup> Se poi si considera che tra i presupposti indicati dall'art. 161, la cui mancanza determina la declaratoria di inammissibilità, è ora prevista l'indicazione dell'utilità attribuita ai creditori, emerge ancor più chiaramente come anche la soglia minima di soddisfazione, costituendo l'utilità che deve per legge essere specificamente individuata e assicurata ai creditori, rappresenti essa stessa una condizione di ammissibilità.

<sup>48</sup> Queste sono le parole della Corte, su cui cfr. la critica di F. Di Marzio, *Il principio di diritto sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato stabilito dalla Cassazione a Sezione Unite*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), il quale rileva che se il piano deve contenere, come esige espressamente lo stesso art. 161, le modalità ed i tempi di adempimento della proposta, elementi che conformano dunque il contenuto del piano, assumere che la causa concreta del concordato sia poi a sua volta null'altro che le "modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi", equivale a dire - almeno così parrebbe - la stessa cosa, indebitamente sovrappoendo, però, causa e contenuto, causa e modalità adempitive.

<sup>49</sup> Espressione di M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fallimento* 2016, 574, in particolare 584, il quale giustamente sottolinea come, sebbene l'art. 162 non evochi la nuova previsione di cui all'art. 160, sarebbe "eccentrico da quello che appare all'evidenza un difetto di coordinamento, farne conseguire che il "minimo garantito" non sia un nuovo e ulteriore profilo di ammissibilità della proposta con piano liquidatorio.

concordatario, di modo che l'impegno del debitore di assicurare il pagamento del 20% dei creditori chirografari entra tra le finalità perseguite dal concordato individuandone la causa.

Ossia la causa *tout court* del concordato liquidatorio va identificata non più soltanto nell'obiettivo di fondo del superamento dello stato di crisi dell'imprenditore, ma del superamento della crisi alla condizione che sia assicurato ai creditori chirografari il pagamento della percentuale minima di legge in quanto il concordato, solo quando tende al superamento della crisi col rispetto della soglia minima di soddisfazione, è ritenuto meritevole di tutela dal legislatore; sicchè, se si vuole ancora parlare di causa concreta, questa può essere riferita soltanto alle specifiche e concrete modalità dell'adempimento che riguardano quella parte della proposta che ecceda il limite legale<sup>50</sup>. Il controllo della realizzabilità della causa legale non si traduce più, quindi, in una valutazione della fattibilità di un'iniziativa economica il cui apprezzamento, per l'alea inscindibilmente in essa connaturata, spetta esclusivamente ai creditori, ma in un controllo che la proposta e il piano siano immuni da un vizio genetico, in quanto la inadeguatezza del piano a realizzare la finalità voluta dal legislatore di pagare ai chirografari almeno il 20% si risolve nella inadeguatezza del contratto concordatario a realizzare la sua causa legale.

Ben diverse erano le premesse da cui muovevano le Sezioni Unite, per le quali il ricorso al concetto di causa concreta si basava sulla considerazione che il legislatore non aveva imposto aprioristiche predeterminazioni in ordine al contenuto della proposta, sicchè, “ non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria”; ora che il contenuto della proposta è stato delineato quanto a livello minimo di soddisfazione dei creditori, questa soglia costituisce quella “previsione generale ed astratta” che rende possibile “stabilire con una i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato” e, quindi, il ricorso alle specifiche e concrete modalità può riguardare solo quella parte della proposta che ecceda il limite legale.

In sostanza lo schema in cui si muovevano le Sezioni Unite era il seguente: la funzione economica-sociale (causa astratta) del concordato preventivo è regolare la crisi dell'imprenditore e l'accertamento della causa in astratto è questione che pertiene al giudice; la flessibilità della proposta consente di modulare la stessa e le modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi costituiscono la causa concreta; l'accertamento della causa concreta, sfociando in valutazione di

---

<sup>50</sup> M. Fabiani, *op. e loc. ult. cit.* conclude, invece, che “la causa concreta del concordato liquidatorio si realizza solo se la proposta prevede il pagamento nella soglia minima del 20%”.

convenienza, pertiene ai creditori. Quando in questo schema è stato introdotto l'obbligo per il debitore di assicurare ai creditori chirografari il pagamento di almeno il 20% dei loro crediti, questo limite è entrato nella finalità astrattamente perseguibile del concordato in quanto la regolamentazione della crisi dell'imprenditore non può prescindere dal proporre e dall'assicurare il raggiungimento di tale soglia; con la conseguenza che, poiché l'accertamento della causa in astratto è attribuito al giudice fin dal momento in cui decide sull'ammissibilità del concordato, questi deve poter valutare la ricorrenza della causa, il cui difetto determina la nullità.

Proprio, cioè, rimanendo nell'ambito della ricostruzione della Corte, che riconduce la regolamentazione della crisi nell'area della negozialità e della causa, al tribunale non può essere vietata una indagine di merito sulla raggiungibilità della soglia minima di legge, altrimenti questi, con l'ammissione prima e con la omologa dopo, avalla un "contratto" di cui si sa che è impossibile la realizzazione del fine astrattamente perseguito dal legislatore, e, quindi, un contratto nullo, in quanto il risultato della soluzione della crisi con salvaguardia dei molteplici interessi incisi non potrebbe essere realizzato; con l'aggravante, rispetto al contratto tra parti definite, che il consenso della maggioranza vincola anche chi aveva ben visto che la proposta non aveva possibilità di raggiungere il suo scopo<sup>51</sup>.

Già la Cassazione, in quell'unico precedente contrario alla tesi poi accolta dalle Sezioni Unite<sup>52</sup>, aveva giustamente sottolineato come l'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti, della proposta approvata a maggioranza assoluta, che discende dall'omologa, riveli l'essenzialità dell'intervento del giudice, "volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta"... e che "solo tale controllo positivo giustifica la preclusione di azioni esecutive individuali da parte dei creditori assenti e dissenzienti, secondo un modello legale non più volontaristico-negoziale, bensì autoritativo, che può essere contrastato solo con formale opposizione al giudizio di omologazione"<sup>53</sup>.

Vi è da aggiungere che un controllo della fattibilità del piano diretto a valutare la possibilità della realizzazione della soddisfazione dei creditori almeno nella misura

---

<sup>51</sup> La sostanziale eterogeneità, conflittuale *in re ipsa*, degli interessi della massa impedisce, infatti, di ricondurre l'approvazione della maggioranza ad una singola manifestazione di volontà, quale si riscontra negli organismi collettivi con comunione di scopo, e, cioè, in sostanza, ad una parte unitaria, pur se complessa al proprio interno.

<sup>52</sup> Cass. 15 settembre 2011 n. 18864, *cit.*

<sup>53</sup> E le stesse Sezioni Unite del 2013 avevano, a loro volta rimarcato che i connotati di natura negoziale riscontrabili nella disciplina dell'istituto concordatario non escludono "evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione", salvo poi affidare la tutela di questi alla fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, "finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia".

minima di legge non tutela soltanto i creditori di minoranza, ma proprio perché finalizzato ad appurare la possibilità, o meglio, la probabilità o meno di pervenire al risultato voluto dal legislatore, persegue quell'interesse più generale, meritevole di tutela, di impedire procedimenti inutili, consentendo all'istituto concordatario di svolgere una funzione di regolatore concordato della crisi e non già di strumento dilatorio del fallimento, di evitare che il concordato diventi un moltiplicatore degli effetti negativi dell'insolvenza.

Del resto, nella fase iniziale dell'ammissione, non viene instaurato un contraddittorio con i creditori, per cui, come di recente sottolineato dalle Sezioni Unite<sup>54</sup>, “il tribunale deve provvedere comunque, d'ufficio, a tutela di un interesse più generale, che prescinde dall'interesse individuale di ciascun creditore”. Questo interesse generale può essere tutelato soltanto attribuendo all'autorità giudiziaria un compito di vigilanza sulla trasparenza dell'operazione, che si sostanzia in una verifica della correttezza dei dati che diano garanzia di tenuta in ordine alla realizzazione e della fondatezza del giudizio di realizzabilità del piano, cioè soltanto consentendo al tribunale un controllo “forte” sulla fattibilità del piano, perché solo in questo modo si può evitare di iniziare, proseguire e omologare una procedura inutile<sup>55</sup>. Ed in questo senso va letto il rafforzamento del ruolo del P.M. (cui ho accennato in precedenza), l'incremento del bagaglio informativo del quale e la stretta collaborazione con il commissario consentono all'organo inquirente di incidere, con molta più determinazione, nell'accertamento del compimento di atti illegali a miglior tutela degli interessi generali sottesi al concordato come all'apertura di ogni concorso tra creditori.

A maggior ragione, quindi, che nella controversia tra il debitore concordatario e il creditore proponente in concorrenza, nel caso in cui è il debitore che, proponendo il concordato, si assume l'obbligo di assicurare la realizzazione di un certo risultato per i creditori, il tribunale deve poter valutare se questo risultato è raggiungibile in quanto il rispetto di tale limite costituisce un vincolo di legge, il cui adempimento il debitore deve “assicurare” nell'interesse dell'intero ceto creditorio e dell'interesse

---

<sup>54</sup> Cass. sez. un. 28 dicembre 2016, n. 27073 in [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it), che, nello statuire che il decreto con cui il tribunale dichiara l'inammissibilità del concordato ai sensi del secondo comma dell'art. 162 l., fall., non accompagnato dalla sentenza di fallimento, non è impugnabile con il ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. non avendo contenuto decisorio, spiegano che in questa fase la norma non prevede un contraddittorio bensì la sola audizione del debitore e aggiungono testualmente: “che i creditori siano o meno favorevoli alla proposta di concordato presentata dal debitore è del tutto irrilevante: il tribunale deve provvedere comunque, d'ufficio, a tutela di un interesse più generale, che prescinde dall'interesse individuale di ciascun creditore”

<sup>55</sup> App. Firenze 6 dicembre 2016, *cit.*, afferma in proposito che “Quando il requisito primario (della fattibilità) manca, diventa irrazionale avallare una sistemazione concordataria destinata a dissolversi in uno spreco di energie processuali. Conservare nella mani del Tribunale la valutazione della fattibilità economica non significa quindi introdurre una surrettizia valutazione di convenienza, di cui restano padroni i creditori, significa salvaguardare lo scopo essenziale della procedura concorsuale. Mancando una seria prospettiva di adempimento del concordato, la crisi d'impresa non viene definita, ma soltanto procrastinata e questo il sistema non può sopportarlo”.

ancor più generale di evitare procedimenti destinati a non realizzare la loro causa.

Si potrebbe sostenere che comunque il conseguimento degli obiettivi, benché “assicurati”, riguardi la sola fase esecutiva del concordato, senza ampliare i poteri del tribunale in fase di ammissione, ma proprio questo spostamento di prospettiva è divenuto insostenibile alla luce delle nuove disposizioni.

Per la verità, già prima della riforma del 2015, la ricostruzione fatta dalle Sezioni Unite presentava aspetti di criticità in quanto portava alla disapplicazione della disposizione dell'art. 186, nella parte in cui prevede che il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza, il che vuol dire che va risolto quando l'inadempimento è rilevante. Affermare, infatti, che i creditori che hanno approvato la proposta non possono chiedere la risoluzione nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla vendita dei beni si discosti, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, non potendosi configurare inadempimento rispetto ad un'obbligazione che il debitore non ha assunto<sup>56</sup>, equivale a far ricadere, nei concordati con cessione dei beni, il rischio della liquidazione totalmente e a tal punto sui creditori chirografari che questi non possono chiedere la risoluzione neanche quando l'inadempimento sia talmente rilevante che nulla viene loro corrisposto rispetto a quanto promesso; in sostanza assoluta aleatorietà della proposta del debitore a fronte dell'effetto esdebitativo certo della falcidia concordataria.

Un vero e proprio ritorno all'antico, quando vigevo la versione originaria dell'art. 186 (riscritta completamente dal D.lgs. n. 169 del 2007), il cui secondo comma prevedeva che il concordato con cessione dei beni non si risolveva anche se dalla liquidazione dei beni si ricavava una percentuale inferiore al 40% (che era la soglia minima di soddisfazione prevista dall'art. 160) e la giurisprudenza dell'epoca affermava costantemente che il concordato con cessione andava risolto “qualora, anche prima del compimento della liquidazione dei beni, emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavate dalla vendita dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati”<sup>57</sup>.

Tuttavia, se prima della riforma del 2015 questa tesi poteva essere riproposta in quanto, mancando un limite di soddisfazione minimo, l'indicazione da parte del debitore concordatario della percentuale di soddisfacimento dei crediti veniva considerata come necessaria al solo fine di consentire ai creditori di valutare la convenienza della proposta, ma non costituiva, salvo un'espressa previsione in tal senso, manifestazione di una volontà negoziale sulla quale si formasse il consenso o l'accettazione,

---

<sup>56</sup> Testualmente Cass. 14 marzo 2014, n. 6022 in *Foro it.* 2014, 11, I, 3171.

<sup>57</sup> Giur. pacifica. Cfr, da ultimo, Cass. 4 marzo 2015, n. 4398 in *Giust. Civ. Mass.* 2015; Cass. 20 giugno 2011, n. 13446, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 6, 924.

ora non si può più ignorare, da un lato, che l'art. 160 prevede che ai creditori chirografari il debitore concordatario debba assicurare il pagamento almeno del 20% - come nell'antico modello del concordato con cessione dei beni quando il secondo comma dell'art. 160, n. 2, richiedeva come condizione per l'ammissione, che la valutazione dei beni offerti "faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata" del 40% dell'ammontare dei crediti chirografari - e, dall'altro, che l'art. 186 - a differenza che nel periodo ante riforma - esclude la risoluzione solo quando l'inadempimento sia di scarsa entità.

In questo nuovo sistema, quindi, non si può più perdere di vista che la cessione di beni è, come già detto, un mezzo per raggiungere la soddisfazione dei creditori, che rappresenta il fine, sicché la promessa di un risultato, precisato in una percentuale di soddisfacimento stabilita dalla legge nel suo minimo, non può avere solo lo scopo di consentire una valutazione di convenienza per i creditori, ma deve costituire anche il risultato utile conseguibile cui ancorare l'inadempimento e la possibilità della risoluzione; pertanto esso rappresenta il parametro al quale rapportare l'inadempimento per stabilire se questo sia o non di rilevante entità. Questo parametro non era dato - secondo la previsione delle Sezioni Unite del 2013 e della uniforme e conforme giurisprudenza successiva - dalla percentuale promessa dal debitore, ma ora che è prevista una soglia legale minima di soddisfazione dei creditori chirografari, questa non può non costituire il metro di giudizio per la gravità dell'inadempimento, da cui la necessità che la realizzabilità di tale risultato sia valutato dal giudice ai fini dell'ammissibilità<sup>58</sup>.

Se così non fosse, si arriverebbe al paradosso, già sottolineato in dottrina<sup>59</sup>, secondo cui, nel mentre ciascun creditore, dopo l'omologa di un concordato con cessione dei beni, può rivolgersi al giudice per chiedere di accertare, non solo che il realizzato dalla liquidazione non consente il pagamento neanche approssimativa di quanto promesso, ma anche che, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare anche in minima parte i creditori chirografari, il tribunale, invece, non potrebbe dichiarare inammissibile, né revocare l'ammissione, né rigettare l'omologa di un concordato quando, attraverso anche una breve istruttoria, potrebbe avere la prova che quel parametro stabilito dalla legge non

---

<sup>58</sup> A parte le considerazioni sui limiti del controllo del giudice, questa nuova configurazione comporterà, a mio avviso, due rilevanti ulteriori conseguenze: a)-posto che, seppur assicurare il pagamento della quota minima non equivale a garantire il risultato come se si trattasse, appunto, di una obbligazione di risultato, è inevitabile un maggior rigore nella valutazione dello scostamento dell'esito rispetto alle previsioni; b)- la definitiva prevalenza della tesi secondo cui anche i creditori rispetto ai quali non si verifichi alcun inadempimento abbiano interesse a fare valere inadempimenti concernenti altri creditori qualora questo si concretizzi nel mancato raggiungimento della soglia minima, al fine di caducare gli effetti in senso lato esdebitatori del concordato e di riacquistare la pienezza del proprio diritto di credito modificato a seguito dell'omologazione.

<sup>59</sup> D. Galletti, *op. e loc. cit.*

potrà essere rispettato, e che, quindi, il concordato non può realizzare la sua funzione.

È vero che l'iniziativa per la risoluzione di un concordato rimasto inadempito spetta solo ai creditori, ma questo non ha nulla a che fare con il preventivo compito del giudice di valutare se ricorrono le condizioni legali per far arrivare all'esecuzione del concordato. La percentuale minima di legge, consentendo l'art. 186 la risoluzione del concordato soltanto quando l'inadempimento non ha scarsa importanza, costituisce (anche) il parametro prefissato dal legislatore cui rapportare la gravità dell'inadempimento che giustifica la risoluzione, da cui la necessità che, al momento, dell'ammissione, sia appurato che tale obiettivo sia realizzabile quale condizione di ammissibilità e che, nelle fasi successive, tale condizione permanga; con l'omologa il compito valutativo del giudice termina e inizia la fase esecutiva, nel corso della quale il mancato raggiungimento della percentuale prevista dalla legge costituisce quell'inadempimento che possono far valere solo i creditori ove, sulla base di una valutazione caso per caso, si accerti che l'entità dello scostamento rispetto a quanto promesso e fondato su un piano ritenuto realizzabile, sia di non scarsa entità, tale da giustificare la risoluzione.

Attribuire al tribunale la possibilità della valutazione della fattibilità economica del piano riesce, inoltre, a superare anche un'altra incongruenza cui le Sezioni Unite sono costrette a ricorrere e, cioè, che la non fattibilità economica del piano può essere dal giudice rilevata nelle varie fasi dell'ammissibilità, come della revoca e dell'omologa, solo ove emerga immediatamente e chiaramente. Una volta negato al giudice il giudizio sulla fattibilità economica, la Corte, per evitare che prosegua una procedura basata su un piano sicuramente irrealizzabile, deve far ricorso all'espedito di ammettere che la fattibilità economica, sebbene di competenza esclusiva dei creditori, possa essere rilevata anche dal tribunale ove ne emerga *prima facie* la irrealizzabilità.

Secondo la Corte, quindi, l'evidenza della non fattibilità economica ne consente il rilievo da parte del tribunale perché, in tal caso, l'indagine del giudice, non richiedendo un giudizio prognostico incerto, si risolverebbe in un accertamento della fattibilità giuridica, ma a me pare che, in tal modo, si faccia una indebita sovrapposizione tra i due concetti della fattibilità<sup>60</sup>. Se, invero, seguendo l'impostazione delle stesse Sezioni Unite, la fattibilità economica va intesa come realizzabilità nei fatti dello scopo concretamente perseguito, è chiaro che il tribunale per negare l'accesso alla procedura deve essere certo della non fattibilità del piano, ma che questa situazione emerga *prima facie* o che per raggiungere questa convinzione siano necessarie prove, nulla cambia, posto che il sindacato pieno sulla fattibilità ha proprio lo scopo di eliminare quell'incertezza sull'esito della prognosi che escluderebbe l'intervento del tribunale nel merito.

Quello che mi sembra contraddittorio è, per un verso, affermare che la fattibilità

---

<sup>60</sup> Concetti, peraltro, non chiari né facilmente applicabili e, comunque collegati alla distinzione tra causa astratta e causa concreta, che come visto, dovrebbe ritenersi superata.

economica è “legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore”, per cui il sindacato del giudice può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, e, dall’altro, escludere che il giudice possa svolgere le indagini del caso per eliminare quei margini di opinabilità insiti in un giudizio prognostico, all’esito delle quali la inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati potrebbe emergere in modo altrettanto manifesto<sup>61</sup>.

La contraddizione si elimina se si riporta il problema a monte, e cioè: può o non il giudice indagare sulla fattibilità economica? Delle due, infatti, o si nega che questi possa intervenire sulla realizzabilità del piano, ritenendo che tale compito compete in via esclusiva ai creditori, nel qual caso bisogna coerentemente escludere che il tribunale possa rilevare che il piano sia irrealizzabile, anche quando non ha bisogno di svolgere istruttoria per appurarne la non fattibilità (che rimane economica) dello stesso<sup>62</sup>; ovvero si ammette che il giudice possa entrare nella valutazione della fattibilità economica, ed allora non vi è ragione perché questi, nel verificare in via diretta l’esistenza di una condizione di ammissibilità della procedura, eserciti un sindacato limitato a livello di “assoluta e manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati”.

Si ritorna così all’inizio del discorso, con il vantaggio di aver visto che il nuovo impianto del concordato, nelle varie sfaccettature finora esaminate, danno un forte contributo a preferire la seconda delle opzioni prospettate, che presuppone la possibilità per il tribunale di svolgere una indagine sulla fattibilità, senza ulteriori aggettivazioni, in ogni fase della procedura<sup>63</sup>.

A questo punto, il problema si sposta sul campo della prova della non fattibilità del piano, che si presenta in modo diverso nelle varie fasi in cui si articola la procedura.

---

<sup>61</sup> E tutto ciò, inserito in quadro che, come detto, presuppone che la valutazione sulla fattibilità effettuata dall’attestatore non è indirizzata solo ai creditori, ma ancor prima al tribunale, il quale deve espletare non un controllo indiretto di legittimità sostanziale sulla relazione dell’attestatore, ma diretto sulla fattibilità.

<sup>62</sup> E’ come dire che il giudice di un processo di cognizione può utilizzare una eccezione non rilevabile d’ufficio, sebbene non sollevata dalla parte, per il fatto che è manifesta, così da poter, ad esempio, non accogliere la domanda di una parte quando il diritto azionato risulti dagli atti del processo chiaramente e inequivocabilmente prescritto, seppur la relativa eccezione non sia stata sollevata.

<sup>63</sup> Conclusione, peraltro, che appariva logicamente discendere anche dalla impostazione della Sezioni Unite quando, fin dalle sue prime argomentazioni sulla fattibilità, asserisce che il tribunale svolge la sua attività di controllo direttamente sulla fattibilità, e non di secondo grado sulla attestazione del professionista, dando rilievo al fatto che, tra i presupposti di ammissibilità del concordato sono compresi, tra gli altri, “quelli concernenti la veridicità dei dati indicati e la fattibilità del piano”. Partendo da queste premesse, sembrava conseguenziale concludere che il giudice svolge un controllo non di legittimità sostanziale, che ha d’oggetto la relazione, ma un vero e proprio controllo di merito.

Non intendo mettere in discussione l'identità di posizione del giudice e l'utilizzabilità di un medesimo parametro valutativo nelle differenti fasi in cui si articola la procedura di concordato, posto che il venir meno delle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato" è causa di revoca ai sensi dell'ult. comma dell'art. 173 e che nel giudizio di omologazione, anche in mancanza di opposizione, il tribunale ha comunque il potere-dovere di verificare la "regolarità della procedura" (art. 180, comma 3 l.f.), nel cui concetto non può non rientrare il controllo dei presupposti di ammissibilità della stessa; di modo che, pur nei giudizi di omologa privi di opposizione, il tribunale è tenuto a verificare che anche nel prosieguo della procedura non siano venuti meno quei presupposti la cui mancanza iniziale non avrebbe consentito l'accesso alla procedura<sup>64</sup>. Intendo dire, proprio muovendo dal presupposto della identità dell'indagine del giudice in tutte i momenti della procedura, che il tribunale in queste varie fasi dispone di strumenti istruttori e valutativi diversi, che necessariamente portano al superamento dell'accertamento della non fattibilità economica solo se emerge *ictu oculi*.

Nella fase iniziale dell'ammissibilità- ove comunque la verifica dei presupposti di cui all'art. 160 riveste natura di cognizione sugli elementi qualificanti della proposta- non vi è dubbio che il tribunale non disponga di strumenti adeguati di indagine, date le caratteristiche del procedimento che si svolge prevalentemente su basi documentali, peraltro con prevalenti esigenze di celerità, tant'è che l'art. 162 prevede soltanto la possibilità di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni "per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti". Questa norma è molto significativa perché, da un lato, dimostra che, essendo la concessione del termine finalizzata alla integrazione del piano che il professionista ha attestato essere realizzabile per il raggiungimento delle finalità esposte nella proposta rivolta ai creditori, il tribunale può valutare nel merito il piano, dato che solo ove lo trovi carente in alcuni dei suoi elementi, che potrebbero riguardare anche la fattibilità attestata nella relazione del professionista, può chiedere al ricorrente di integrarlo. Dall'altro, il fatto che essa, nel momento in cui consente di concedere al debitore la possibilità di integrare il piano monco, non preveda alcuna attività istruttoria da parte del tribunale, sta a dimostrare che questo non può svolgere alcuna ulteriore indagine rispetto a quella documentale, nel senso che se il piano lascia adito a dubbi o la documentazione non è completa può chiedere integrazioni, ma nulla più, mancando qualsiasi richiamo all'art. 15, contenuto, invece, nell'art. 173.

In questo momento può, quindi, essere coerente l'affermazione che solo la non fattibilità che emerga in modo palese e immediato può essere rilevata perché, pur essendo doverosa un'analisi del piano esecutivo che sorregge la proposta di concordato, questa può essere svolta nei limiti consueti in giudizi privi di contraddittorio in

---

<sup>64</sup> Concetti tutti ripresi da Cass, sez. un. 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*, che proprio sul presupposto che tra i requisiti di ammissibilità è compresa la fattibilità, assume che questa è direttamente sindacabile dal tribunale e non solo in via mediata per il tramite della attestazione.

quanto basati sulla sola audizione del debitore, ossia nei limiti della non manifesta inadeguatezza, *prima facie*, della relazione del professionista, risultante priva di incongruenze, che ne accerti la fattibilità.

Quando, però, nel prosieguo della procedura viene acquisita la relazione del commissario ed incominciano a delinarsi i dati su cui è fondato il piano sulla base dell'operato nel frattempo svolto, diventa inspiegabile che il tribunale non possa servirsi di questi nuovi elementi per il suo giudizio sulla revoca o sull'omologazione; o meglio, più a monte, che in caso di dubbio non possa appurare la fondatezza dei dati di cui dispone nel momento in cui è chiamato a revocare o ad omologare il concordato.

Negare questo potere, per quanto attiene alla revoca, equivale ad ammettere che, qualora il commissario nella sua relazione contesti l'attendibilità delle previsioni fatte dal debitore concordatario e dall'attestatore sulla realizzabilità del piano<sup>65</sup>, il tribunale potrebbe procedere a norma dell'art. 173 solo ove la mancata realizzazione del risultato prospettato sia evidente e risulti *prima facie*, ma non potrebbe né dare prevalenza alla relazione del commissario né svolgere accertamenti per vagliare la fondatezza dei rilievi da questi svolti né approfondire i dati apportato dal P.M. perché questa attività si tradurrebbe in una indagine sul merito della fattibilità economica, per cui il concordato dovrebbe proseguire.

Eppure, il compito del commissario non è solo quello di verificare il piano concordatario e la relazione dell'attestatore al solo scopo di esporre ai creditori la sua versione in modo che esprimano un voto consapevole; egli è un organo della procedura che deriva dalla legge i suoi poteri ed esercita una funzione di vigilanza a tutto campo, e l'art. 173, nel terzo comma, consente al giudice, in qualsiasi momento (sia prima, quindi, che dopo la votazione dei creditori), di riconsiderare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità e questa rivisitazione rimarrebbe priva di utilità ove il giudice non potesse utilizzare il mutato bagaglio conoscitivo, arricchito dall'apporto valutativo del commissario o di altri organi, quale il P.M., il cui ruolo è stato non a caso fortemente rafforzato.

Si è già detto della evoluzione giurisprudenziale sul ruolo del commissario nella scoperta della frode e del superamento dell'indirizzo secondo cui le condotte censurate dall'art. 173 sono soltanto quelle che hanno una valenza decettiva nei confronti dei creditori (ai quali soltanto sarebbe indirizzata la relazione del commissario) e tali da pregiudicarne il consenso informato alla proposta di concordato preventivo, il che

---

<sup>65</sup> E' frequente che il commissario rilevi che il patrimonio dell'impresa, a causa della stima degli immobili effettuata in sede concordataria o della svalutazione di alcuni crediti o dello stralcio di alcune voci dell'attivo, vada rideterminato. Così come è egualmente diffuso che l'organo procedurale evidenzi, a seguito della revisione effettuata sugli ultimi bilanci l'esistenza di perdite superiori al capitale sociale già negli esercizi precedenti, allorché la società, invece di deliberare lo scioglimento, aveva proseguito liberamente l'attività incrementando l'esposizione debitoria, o riscontri che il debitore abbia effettuato pagamenti nell'imminenza del deposito del ricorso o immediatamente dopo; o altri atti di frode.

porta inevitabilmente ad ammettere che il tribunale è svincolato nella sua decisione dalla posizione che possono assumere o già assunta dai creditori, sicchè può liberamente decidere della revoca ove riscontri, sulla base delle indagini del commissario o in altro modo (ad esempio per l'apporto dato dal P.M.), la commissione di un atto rilevante ai fini dell'art. 173.

E' pur vero che i ricordati interventi giurisprudenziali in materia riguardavano atti di frode commessi anteriormente all'apertura della procedura, tuttavia, poiché lo scopo della norma di cui all'art. 173 è, come dimostra la previsione del terzo comma, quello di far cessare la procedura ove intervenga una alterazione delle originarie condizioni prospettate dal debitore e ritenute idonee all'apertura della procedura al momento della proposizione della domanda, è chiaro che il tribunale non potrà restare inerte né quando emergano fatti o atti fraudolenti (in senso ampio) commessi prima o nel corso della procedura, né quando emerga il venir meno delle condizioni prescritte per l'ammissibilità- requisito equiparato dal terzo comma dell'art. 173 agli atti di frode quanto ad effetti, giacchè entrambi portano alla revoca del concordato-, posto che, in entrambi i casi, l'indagine del giudice prescinde dal voto dei creditori, sebbene questi siano stati preventivamente resi edotti della mancanza di tali condizioni, tra cui, come detto rientra la fattibilità.

E' questo, del resto, ciò che implicitamente ammette il nuovo corso giurisprudenziale; nel momento, infatti, in cui si afferma che "la frode degli atti posti in essere dal debitore, se implica una loro potenzialità decettiva nei riguardi dei creditori, non per questo assume rilievo, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato, solo ove l'inganno dei creditori si sia effettivamente realizzato e si possa quindi dimostrare che, in concreto, i creditori medesimi hanno espresso il loro voto in base ad una falsa rappresentazione della realtà", si riconosce che il tribunale, come ha pieni poteri di indagine per appurare se sussiste la frode denunciata dal commissario, eguale ampiezza di poteri deve avere nel caso in cui emerga la mancanza, *ab origine* o sopravvenuta, di una condizione di ammissibilità, quale la non raggiungibilità della soglia minima di soddisfazione posta dall'art. 160, in quanto, in entrambi i casi, la tutela degli interessi pubblici coinvolti nella crisi dell'impresa impone di sanzionare con la revoca il debitore che abbia commesso atti determinanti la causazione o l'aggravamento della crisi<sup>66</sup> ed in entrambi i casi il procedimento è retto dalle stesse regole.

Egual situazione si riproduce nella fase dell'omologa, ed, anche qui, delle inevitabili diverse modalità con cui la fattibilità può manifestarsi a causa della maggiore acquisizione di dati che si hanno nel corso della procedura, la più recente giurisprudenza della Cassazione incomincia timidamente a prenderne atto. Invero, di recente

---

<sup>66</sup> M. Vitiello, *L'omologazione del concordato*, in Ambrosini-Demarchi-Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, Zanichelli, 2009, 184.

la S. Corte<sup>67</sup> ha dichiarato la non omologabilità del concordato qualora “le risorse acquisite ed acquisibili dalla procedura si dimostrino significativamente inferiori a quelle considerate nell’attestazione di fattibilità, non essendosi realizzati una parte dei presupposti sui quali detta attestazione si fondava”, ed ha, di conseguenza, confermato la decisione di merito che ha “in sostanza, accertato l’inattendibilità, ex post, del giudizio dell’attestatore ed il conseguente, sopravvenuto venir meno delle condizioni di fattibilità economica del piano (ovvero l’inidoneità della proposta ad assicurare il superamento della crisi attraverso il soddisfacimento, sia pur in misura minimale, dei creditori), in base ad una verifica condotta in concreto, che non le era preclusa e che anzi rientrava pienamente nei limiti del sindacato giurisdizionale esercitabile sul punto”.

Secondo questa recente linea interpretativa, che nelle premesse comunque richiama l’insegnamento delle Sezioni Unite del 2013 (ormai rituale), quindi, al momento dell’ammissione la non fattibilità economica del piano può essere rilevata dal giudice solo se appare *prima facie*, nel mentre, al momento dell’omologa, il tribunale deve vagliare a fondo l’attestazione del professionista per valutare se, alla luce sia dei risultati nel frattempo già raggiunti che delle “risorse acquisibili”, quella attestazione che all’inizio appariva attendibile, sia ancora tale; il che - mi sembra - equivale a dire non solo che il tribunale può svolgere una indagine sulla fattibilità giuridica al momento dell’omologa, ma che può non omologare il concordato ove rilevi che il piano attestato non possa essere realizzato secondo una valutazione di probabilità e quindi di merito.

## 6-Conclusioni

Questa, conclusivamente, potrebbe essere la nuova linea interpretativa, che, muovendo dalla premessa che il tribunale, ormai investito di ampi poteri di indagine nel merito negli aspetti più rilevanti della vita del concordatario, può svolgere un accertamento completo sulla fattibilità del piano in ogni fase della procedura, circoscrive al momento dell’apertura il sindacato giurisdizionale prevalentemente sulla completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore con la proposta di concordato e i documenti allegati, tra cui la relazione attestativa, di modo che, nella difficoltà di compiere ulteriori indagini istruttorie, il giudice può solo rilevare la assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati. E ciò non - si ripete - perché egli non possa scrutinare la fattibilità economica ma, in fatto, per la mancanza di mezzi istruttori per una indagine più approfondita in questa fase che richiede una decisione immediata che si risolve, per lo più, in una valutazione della sostanziale idoneità argomentativa della relazione; una indagine di merito in questo momento, nel caso di dubbio sulla realizzabilità delle finalità

<sup>67</sup> Cass. 20 dicembre 2016, n. 26332 in [ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it) gennaio 2017; Cass. 09/08/2016, n. 16830

proposte, richiederebbe una consulenza tecnica, che non credo sia mai stata disposta in questa fase iniziale di apertura del concordato.

In realtà, è stato così negli oltre sessant'anni di vita della legge fallimentare ante riforma, con la differenza che, mentre allora l'art. 160 attribuiva al giudice la libertà di valutare con pienezza di poteri se i beni offerti in cessione facessero fondatamente ritenere che i creditori chirografari potessero essere soddisfatti almeno nella misura del 40%, oggi il tribunale, nell'effettuare, al momento dell'ammissione, lo stesso giudizio circa la idoneità dei beni ceduti ad assicurare che i creditori chirografari possano essere soddisfatti nella misura del 20%, dispone della relazione di un professionista (fornito di determinati requisiti) "che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo", per cui, inevitabilmente, questo dato, nella difficoltà di svolgere una approfondita istruttoria, segna il confine principale entro cui si muove il sindacato del giudice, il quale primariamente esercita su detta relazione "un controllo concernente la congruità e la logicità della motivazione, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio". Non vi è dubbio che il tribunale possa discostarsi dalle conclusioni dell'attestatore, come del resto ammettono le stesse Sezioni Unite del 2013<sup>68</sup>, ma è altrettanto vero che - una volta ammesso che l'organo giudiziario possa esercitare un controllo sulla fattibilità - l'allontanamento dal giudizio dell'attestatore può avvenire, in mancanza di efficaci poteri istruttori, solo ove la irrealizzabilità emerga in modo chiaro e lampante. Di modo che, se, ante riforma, non sono noti casi di dinieghi di ammissione se non emergenti da situazioni chiare e agevolmente riscontrabili, a maggior ragione non è pensabile che il giudice trasbordi da questi limiti oggi.

Successivamente all'ammissione, nel vecchio rito, il potere del tribunale diventava pieno ed effettivo, sia con riferimento alla fattibilità che alla convenienza, se si pensa che al momento dell'omologazione il giudizio del tribunale sulla convenienza poteva addirittura sovrapporsi a quello dei creditori; ciò perché la convenienza era rapportata nell'originario art. 181 ai creditori come massa, ossia il concordato, indipendentemente dalla valutazione fatta dai votanti, doveva essere conveniente rispetto al fallimento sulla base di una concreta valutazione comparativa tra le possibilità soddisfattive delle due procedure, anche in previsione di azioni ricostruttive del patrimonio fallimentare, offrendo così idonea tutela ai creditori, al cui interesse era indirizzato anche il controllo della serietà delle garanzie e della capacità dei beni ceduti a soddisfare i creditori nella misura minima di legge.

---

<sup>68</sup> Che, come detto, hanno precisato che il professionista attestatore svolge "funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice, come pure si desume dal significativo ruolo rivestito in tema di finanziamento e di continuità aziendale, circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori e viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario".

Ho voluto ricordare questo dato per evidenziare come oggi il giudizio sulla convenienza della proposta fatta è di appannaggio esclusivo dei creditori, i quali possono, attraverso l'opposizione e nei limiti di cui al quarto comma dell'art. 180, rimetterlo al tribunale; tuttavia eguale previsione non è riprodotta per la valutazione della fattibilità, sicchè, ove in corso di procedura sia prospettato dal commissario, sulla base dei suoi accertamenti e del riscontro dei dati operativi, che è venuto meno il requisito legale di ammissibilità costituito dal possibilità di raggiungere la soglia minima indicata dalla legge, l'organo giudiziario, pur senza l'iniziativa di qualche creditore o di un gruppo qualificato degli stessi, non può esimersi dallo svolgere un controllo a tutto campo sulla esistenza o meno di quel requisito; non può, cioè, esimersi dallo svolgere una valutazione sulla fattibilità del piano, in sede di revoca come di omologa, quando si aprono giudizi che, seppur camerale, consentono l'espletamento dei mezzi di prova adeguati alle necessità del caso.

Questa, del resto, mi sembra la nuova strada intrapresa dal legislatore. Penso alla legge n. 3 del 2012 sul sovraindebitamento, il cui art. 12-*bis*, co. 3 prevede espressamente che il giudice delegato al procedimento, per omologare il piano del consumatore, deve verificare la fattibilità del piano. Questo controllo può agevolmente spiegarsi con il fatto che in questo caso la proposta del debitore non è sottoposta al voto dei creditori, ma l'art. 12, co.1 richiede che eguale valutazione sulla fattibilità sia svolta anche per l'omologa dell'accordo di composizione della crisi, ove i creditori esprimono il voto, altrimenti non si spiegherebbe perché l'OCC, che già si è espresso circa l'esistenza e consistenza dei beni sui quali si impernia il piano sottostante agli accordi e sull'attuabilità degli accordi, debba, dopo il voto dei creditori e il raggiungimento dell'accordo di cui ha relazionato i creditori, rilasciare una ulteriore "attestazione definitiva sulla fattibilità del piano", che, evidentemente, deve attestare, alla luce delle conoscenze fino a quel momento acquisite, la idoneità del piano a consentire il soddisfacimento dei creditori concorsuali come da proposta. Ed una attestazione del genere alla fine della procedura, rivolta al giudice dopo che i creditori si sono già espressi, non può che avere lo scopo fornire al tribunale gli elementi aggiornati per controllare la tenuta dell'accordo su cui l'organo giudiziario deve pronunciarsi. Questi, infatti, se dovesse esercitare il suo sindacato solo sulla corretta informazione dei creditori, non avrebbe avuto bisogno di una "attestazione definitiva sulla fattibilità del piano", ma avrebbe dovuto valutare la originaria relazione dell'OCC.

Ad ogni modo, il giudice deve, verificare "la idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo", per cui una indagine sulla fattibilità è comunque prevista espressamente, seppur finalizzata alla tutela di alcuni creditori.

Molto più chiaro è il testo del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf, e già approvato dalla Camera dei deputati, che all'art. 6, co 1, lett. f) indica al futuro legislatore delegato di determinare, nel concordato preventivo, "i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano,

attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale”. Quando una tale direttiva sarà tradotta in una norma operativa, tutti i discorsi sui limiti del controllo di fattibilità del piano da parte del giudice saranno superati e si potrà dire, ancora una volta, che il legislatore con un tratto di penna avrà mandato al macero intere biblioteche.