



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Il controllo giudiziale di fattibilità nel concordato
preventivo

Relatore: Chiar.mo Prof. Fabio Marelli

Tesi di laurea di
Luca Nosei
Matr. 426545

Anno accademico 2018/2019

INDICE GENERALE

INDICE GENERALE	3
SIGLE E ABBREVIAZIONI	7
INTRODUZIONE.....	9
CAP. I. LA FATTIBILITÀ IN GENERALE E L'EMERSIONE DEL PROBLEMA.....	13
1. La nozione di “fattibilità”	13
1.1. Quando viene in rilievo la fattibilità	15
1.2. La fattibilità nei vari tipi di piano. Il piano liquidatorio	20
1.3. (Segue). I piani che prevedono la continuità aziendale. Le diverse cause della crisi	22
1.4. (Segue). Fattori che incidono su qualunque piano.....	27
2. Le cause dell'emersione del problema e i primi orientamenti	29
2.1. Le linee generali della riforma degli anni 2005-2007: la “privatizzazione” della procedura e la limitazione dei poteri del giudice	29
2.2. Il flusso informativo nel concordato: l'attestatore, il commissario giudiziale e il tribunale	31
2.2.1. L'indipendenza del professionista	32
2.2.2. I compiti del professionista attestatore: la certificazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano.....	39
2.2.3. La funzione della relazione: sgravio per il tribunale e ausilio per il commissario, informazione ai creditori	44
2.3. Il flusso informativo negli accordi di ristrutturazione dei debiti ..	47
2.3.1. L' omologazione: i poteri del tribunale	54
2.4. Tre filoni interpretativi all'indomani della riforma degli anni 2005-2007	61
2.4.1. La tesi del controllo sostanziale	62
2.4.2. (Segue). La tesi del controllo sostanziale dopo il decreto correttivo	68
2.4.3. La tesi del controllo formale.....	71
2.4.4. La tesi del controllo di legittimità sostanziale: la fase dell'ammissione.....	75
2.4.5. (Segue). Le fasi successive	79
2.4.6. Osservazioni finali sui tre orientamenti.....	83

3. La riforma del 2012: il mutamento delle condizioni di fattibilità e il concordato con continuità aziendale	88
3.1. Il mutamento delle condizioni di fattibilità	88
3.2. Il concordato con continuità aziendale.....	91
CAP. II. L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE	97
1. Le sentenze della Corte di Cassazione preparatorie a S. U. 23 gennaio 2013, n. 1521.....	97
1.1. Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860: l'adesione alla tesi intermedia o a quella del controllo formale?	97
1.2. Cass. 15 settembre 2011, n. 18864 e Cass. 16 settembre 2011, n. 18987: riconferma del precedente o sua negazione?	99
2. L'intervento delle Sezioni Unite	102
2.1. Il principio di diritto nell'interesse della legge: i problemi dibattuti	102
2.2. Premesse: la natura del concordato preventivo	103
2.3. (Segue). L'attestatore e la fattibilità come presupposto di ammissibilità	104
2.4. La scissione fra fattibilità "giuridica" ed "economica" e la causa in concreto del concordato	108
2.5. (Segue). La causa concreta del concordato	110
2.6. Fattibilità economica nel concordato liquidatorio	117
2.7. I tre momenti del controllo di fattibilità da parte del tribunale ...	118
2.7.1. L'opposizione in punto di fattibilità.....	119
2.8. Considerazioni conclusive.....	121
3. La riapertura del dibattito: la soglia minima di soddisfacimento nel concordato liquidatorio.....	126
3.1. L'orientamento maggioritario: l'applicazione dell'insegnamento delle Sezioni Unite alla riforma del 2015	127
3.2. La dottrina minoritaria: la fattibilità economica al tribunale	132
4. L'asestamento dell'orientamento della Corte di Cassazione.....	135
4.1. Puntualizzazioni sui piani del tutto inconsistenti	136
4.2. (Segue). Il vaglio sull'attestazione.....	138
4.3. Osservazioni conclusive sull'asestamento interpretativo	141

CAP. III. LA FATTIBILITÀ NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA	145
1. La Direttiva UE 2019/1023 e il controllo giudiziale di fattibilità	145
2. Il controllo di fattibilità nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza	148
2.1. La fattibilità degli accordi di ristrutturazione nel CCII	148
2.2. (Segue). Contiguità interpretativa fra accordi e concordato	152
2.3. La fattibilità nel concordato preventivo	157
2.3.1. Il disfavore verso il concordato e il problema dell'abuso	159
2.3.2. Il controllo giudiziale	165
2.3.2.1. Il dissenso fra tribunale e commissario	166
2.3.2.2. La modulazione del controllo in corso di procedura. L'ammissione	171
2.3.2.3. (Segue). Il corso della procedura e l'omologazione	174
2.3.2.4. (Segue). L'esecuzione	179
2.3.2.5. Lo svolgimento della prognosi nell'assenza di criteri legislativi e l'intensità del controllo.....	181
2.3.2.6. La fattibilità nel nuovo concordato liquidatorio e in quello con continuità aziendale	187
3. Conclusioni	191
BIBLIOGRAFIA.....	197

SIGLE E ABBREVIAZIONI

cap. / capp.	Capitolo / capitoli
c.c.	Codice Civile
CCII	Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza
Corr. Merito	Il Corriere del Merito
Corr. Giur.	Il Corriere Giuridico
Cost.	Costituzione
CNDEC	Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili
c.p.	Codice Penale
c.p.c.	Codice di Procedura Civile
decr.	decreto
Dir. Fall.	Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali
Dir. Ind.	Il Diritto Industriale
ed.	curatore / curatori
Fall.	Il Fallimento e le altre procedure concorsuali
Foro it.	Il Foro Italiano
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
ID.	<i>Idem</i> (stesso autore)
l. fall.	Legge Fallimentare
n.	nota
Nuove Leggi Civ. Comm.	Le Nuove Leggi Civili Commentate
ord.	ordinanza
p. / pp.	pagina / pagine
par.	paragrafo / paragrafi
Riv. Dir. Proc.	Rivista di Diritto Processuale
Riv. Trim. Dir. Proc.	Rivista Trimestrale Di Diritto Processuale
Sez.	Sezione
Soc.	Le Società
T.U.I.F.	Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria
vol.	volume

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha come oggetto il perimetro del sindacato del tribunale nel concordato preventivo in punto di fattibilità del piano. Il lavoro si propone di comprendere la portata innovativa dell'attribuzione al tribunale, da parte del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14), del sindacato sulla ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano di concordato, sulla scorta di uno studio dei vari orientamenti che si sono registrati in materia prima dell'ultima riforma, anche traendo utili spunti di riflessione da una comparazione con la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il tema risulta di interesse per vari motivi e a testimonianza di ciò starebbe il considerevole dibattito dottrinale e giurisprudenziale registratosi dalla riforma del 2005 a oggi, non sopito, per vero, nemmeno dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521; a tutto questo si aggiunge il dato, perspicuo, della scelta legislativa del CCII di affidare al tribunale il controllo suddetto, in netta antitesi con la fondamentale sentenza summenzionata. Innanzitutto, il tema del controllo sulla fattibilità è di primario interesse dal momento che incide direttamente sugli equilibri della procedura. L'attribuzione di detto sindacato al tribunale, infatti, senza sottrarre agli attori privati la valutazione sul punto, tuttavia incrementa notevolmente la preponderanza del ruolo dell'organo giurisdizionale, consentendogli, peraltro, di negare l'omologazione di un concordato nonostante il voto favorevole dei creditori (anche, eventualmente, un voto unanime). Il controllo giudiziale sulla fattibilità del piano costituirà uno dei vari filtri all'ammissione, prosecuzione e omologazione dei concordati. In questo senso, da un lato sarà strumento che consentirà al tribunale di intercettare i concordati inadeguati a soddisfare, sia pur parzialmente, i creditori; dall'altro, come altra faccia della medaglia, potrebbe permettere di aumentare il livello qualitativo dei concordati omologati. Queste considerazioni, peraltro, poggiano su una duplice constatazione: dello

strumento concordatario (segnatamente nella sua versione di concordato “in bianco”) si è abusato nel corso del tempo; di conseguenza, il controllo giudiziale sulla fattibilità è un tema che si pone al crocevia di vari problemi, a partire dagli equilibri fra gli attori del concordato preventivo, fino all’abuso dello stesso e, specularmente, al ruolo del tribunale nella tutela dei creditori.

Nel cap. I, per inquadrare il tema, si mette in luce la nozione di “fattibilità”, come intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dopo la riforma che ha investito la Legge Fallimentare tra gli anni 2005 e 2007, nonché come specificata dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521. Dopodiché, si indicano i momenti procedurali del concordato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti in cui emerge il problema della fattibilità e si delinea il contenuto della prognosi di fattibilità, ossia quali sono i principali parametri al variare dei quali muta tale prognosi, a seconda del tipo di piano considerato. Successivamente, si accenna ai motivi che hanno causato incertezza circa la titolarità del potere di controllo sulla fattibilità all’indomani della riforma del 2005, cioè soprattutto l’assenza di disposizioni espresse sul punto abbinata a un flusso informativo che vedeva già allora come figura fondamentale quella del professionista, la cui attestazione andava depositata unitamente al piano. Prima di trattare dei primi orientamenti sul punto, si accenna al tipo di controllo demandato al tribunale nell’ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, poiché anche per essi si è posto il problema della delimitazione del sindacato spettante all’organo giurisdizionale in punto di fattibilità, ivi denominata “attuabilità”. Le soluzioni adottate con riferimento agli accordi – in considerazione della mancanza di una figura analoga al commissario giudiziale e della maggiore percentuale di adesione necessaria per l’omologazione – offrono interessanti spunti di riflessione in tema di concordato preventivo. Successivamente, si esaminano i tre orientamenti interpretativi manifestatisi negli anni precedenti la presa di posizione delle Sezioni Unite: la tesi del controllo sostanziale da parte del tribunale, esteso finanche alla fattibilità del piano; quella propugnante un controllo meramente formale; la tesi, infine, del controllo di

legittimità sostanziale. Tale analisi risulta essere base imprescindibile per l'interpretazione della norme, di prossima vigenza, del Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza. In aggiunta, si tratta delle due innovazioni legislative del Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134, che hanno toccato il tema della fattibilità: la possibilità di modifica del voto da parte dei creditori nel caso di mutamenti delle condizioni di fattibilità, su rilevazione del commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 179, comma secondo, l. fall.; l'introduzione del concordato preventivo con continuità aziendale, foriero di un ampliamento dell'oggetto dell'attestazione. Si riferisce di queste modifiche in quanto hanno costituito terreno fertile per un rinnovato dibattito dottrinale circa i poteri del tribunale in punto di fattibilità.

Nel cap. II si analizzano innanzitutto le sentenze che hanno dato luogo al contrasto in seno alla Corte di Cassazione: da un lato, la sentenza 25 ottobre 2010, n. 21860 e la sentenza 16 settembre 2011, n. 18987; dall'altro, la sentenza 15 settembre 2011, n. 18864. La loro disamina consente di mettere in luce l'obiettivo difficoltà nell'esegesi del dato normativo e arricchisce il panorama interpretativo di ulteriori elementi, utili soprattutto per la comprensione della sentenza delle Sezioni Unite summenzionata. Dopodiché si analizzano i problemi sollevati da quest'ultima decisione, con particolare riferimento alla scissione tra fattibilità "giuridica" ed "economica" e alla "causa in concreto" del concordato preventivo. Sulla scorta delle osservazioni, soprattutto critiche, della dottrina, si cerca di mettere in luce le motivazioni di questa posizione, quale premessa imprescindibile per una migliore comprensione dell'attribuzione al tribunale, da parte degli artt. 47, comma primo e 48, comma terzo, Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, del compito di verificare la «ammissibilità giuridica» e la «fattibilità economica» del piano di concordato. Inoltre si discorre dell'introduzione della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, dovuta al Decreto Legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132, dal momento che ha

immesso nuova linfa nel dibattito sul problema. A completamento – e per meglio comprendere le scelte che, secondo la dottrina, avrebbero animato la scelta legislativa del CCII sul punto – si tratta anche degli assestamenti della Corte di Cassazione con le decisioni 27 febbraio 2017, n. 4915, 7 aprile 2017, n. 9061 e 9 marzo 2018, n. 5825, poiché hanno ridimensionato la distinzione fra fattibilità “giuridica” ed “economica” operata dalle Sezioni Unite, in risposta a quella parte della giurisprudenza di merito che aveva interpretato in modo minimalistico la decisione del 2013 e agli abusi dello strumento concordatario occorsi nel tempo.

Nel cap. III si tratta della riforma apportata dal Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, destinato a prendere il posto, a partire dal 14 agosto 2020, dell’attuale Legge Fallimentare. Si esamina, innanzitutto, la Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, nella parte in cui consente agli Stati Membri dell’Unione di prevedere il diniego di omologazione di un “piano di ristrutturazione” nel caso di prognosi negativa di adempimento, al fine evidente di capire se vi sia conformità della normativa nazionale rispetto al diritto dell’Unione. Successivamente, si prendono in considerazione le norme del CCII che demandano al tribunale, tanto in sede di ammissione quanto in sede di omologazione, la verifica dell’ammissibilità giuridica e della fattibilità economica del piano «tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale» (art. 48, comma terzo, CCII). Si cerca, quindi, sulla scorta delle interpretazioni che si sono succedute nel tempo e della recentissima dottrina, di dare un’interpretazione del nuovo panorama normativo, per comprenderne la *ratio* e i nuovi equilibri. Evidenziato il fatto che non si porrà più la questione del soggetto abilitato a svolgere la prognosi, si affronterà la nuova questione relativa ai momenti, alle modalità e ai possibili limiti di svolgimento della stessa da parte del tribunale.

CAPITOLO I

LA FATTIBILITÀ IN GENERALE E L'EMERSIONE DEL PROBLEMA

1. La nozione di “fattibilità”

Preliminarmente appare necessario discorrere della nozione di “fattibilità”, per poi indicare in quali momenti del concordato preventivo (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, per gli spunti di riflessione che la loro disamina può offrire al ragionamento sul concordato) essa venga in rilievo. Dopodiché, si provvederà a specificare come essa si delinei a seconda del tipo di piano considerato. Tutte queste considerazioni lasceranno comunque impregiudicate le questioni relative alla titolarità, modalità di esercizio e limiti del potere di controllo in punto di fattibilità nel concordato, trattate a partire dal par. 2. del presente capitolo. Si intende infatti, in questa sede, inquadrare l'oggetto al centro delle questioni interpretative a lungo controverse e le coordinate procedurali in cui si inserisce questa problematica.

Il problema della fattibilità si pone nelle tre soluzioni negoziate alla crisi d'impresa contemplate nella Legge Fallimentare: i piani di risanamento attestati, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo. Il termine comparve per la prima volta nell'ordinamento concorsuale italiano nel 2005, quando, con il Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80, fu modificato l'art. 161 l. fall.: in particolare, si prescrisse al comma terzo che il debitore, unitamente alla domanda di ammissione al concordato preventivo, dovesse allegare, oltre alla documentazione e al piano, anche una relazione, redatta da un professionista, che attestasse la «veridicità dei dati aziendali» contenuti nei

documenti suddetti e la «fattibilità del piano»¹. Ai fini del presente elaborato, pare opportuno prendere le mosse, per la definizione del concetto di fattibilità, dalla sua elaborazione nell'ambito del concordato preventivo: infatti, quando si esaminerà la disciplina nell'ambito degli accordi (per gli utili spunti di riflessione che può fornire al ragionamento sul concordato), si partirà dal presupposto che le considerazioni relative all'essenza della fattibilità siano estendibili dal concordato agli accordi².

Nel concordato, il debitore in crisi o in stato di insolvenza rivolge una proposta di soddisfacimento ai creditori «sulla base di un piano» (art. 160, comma primo, l. fall.). Questo costituisce il documento che illustra i passaggi attraverso i quali il debitore intende soddisfare i creditori, secondo i termini indicati nella proposta concordataria³. Tale piano può prevedere qualunque tipo di operazione (l'art. 160, comma primo, lett. a), l. fall., parla espressamente di soddisfacimento che può avvenire «attraverso qualsiasi forma») che appaia idonea a raggiungere gli obiettivi della proposta, sia in un'ottica puramente liquidatoria, sia in un'ottica di continuità aziendale, sia infine nell'ambito di un concordato “misto”, che abbinati alla continuità la dismissione di alcuni cespiti non funzionali all'attività d'impresa. Del piano, come suaccennato, il professionista è chiamato ad attestare la fattibilità.

Ebbene, con “fattibilità” si è intesa in dottrina e giurisprudenza una «valutazione prognostica» positiva di adempimento delle obbligazioni

¹ Contestualmente, si prevedeva analoga attestazione di “attuabilità” degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis, comma primo, l. fall.), ma mai si è ritenuto che la diversità terminologica sottintendesse disomogeneità di significato (S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO (ed.), *Trattato di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2008, 172; Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Il caso.it*, 14; Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *Il caso.it*). Per quel che riguarda i piani di risanamento attestati, è con il Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni con Legge 7 agosto 2012, n. 134, che l'attestazione deve vertere espressamente sulla “fattibilità” del piano, mentre dapprima l'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. discorreva di “ragionevolezza” delle operazioni del piano; nondimeno, anche qui ricorreva identità di senso.

² M. FERRO, *Sub art. 182-bis*, in ID. (ed.), *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, Wolters Kluwer, Assago, CEDAM, Padova, 2014, 2517.

³ S. PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, 97.

contenute nella proposta concordataria⁴. In sostanza, il professionista attestatore è chiamato a esprimersi circa la concreta capacità economica e finanziaria del debitore di porre in essere gli atti illustrati nel piano. Attraverso tale valutazione si può comprendere se il debitore sia, in definitiva, in grado di adempiere la proposta, dal momento che il piano costituisce, si è detto, l'insieme degli atti funzionali all'adempimento della proposta stessa⁵.

La Corte di Cassazione, nella fondamentale sentenza a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521, ha poi scisso la nozione di fattibilità: la fattibilità "giuridica" e quella "economica". Di questa presa di posizione si tratterà diffusamente nell'analisi della sentenza al paragrafo 2. del cap. II; in questa sede, limitata alle definizioni utili all'inquadramento del problema, appare sufficiente anticipare che con "fattibilità giuridica" si è inteso il rispetto, da parte degli atti previsti nel piano, delle norme dell'ordinamento, mentre con "fattibilità economica" si è intesa la prognosi di realizzabilità degli intendimenti del debitore dallo specifico punto di vista dell'«aspetto pratico-economico»⁶. Tale suddivisione è stata, nell'ottica della Corte, funzionale alla ripartizione del vaglio di fattibilità, avendo le Sezioni Unite attribuito la fattibilità giuridica al tribunale e quella economica ai soli creditori⁷.

1.1. *Quando viene in rilievo la fattibilità*

Nell'ambito del concordato preventivo, di fattibilità si tratta in fase di ammissione e nel giudizio di omologazione; a ciò si aggiunge il controllo «immanente» circa la permanenza delle condizioni di ammissibilità del

⁴ V. CALANDRA BUONAURA, *Il concordato preventivo*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008, 261; in termini analoghi, G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 2, 185; M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, 177; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 172; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 10, 1218.

⁵ M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo, Il concordato preventivo*, in G. DE NOVA (ed.), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, II, Zanichelli, Bologna, 2014, 556-557.

⁶ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151 e 153.

⁷ ID., *ivi*, 151.

concordato e che può sfociare, se del caso, nella revoca del concordato⁸. Questa tripartizione è quella fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁹. Tuttavia, non va dimenticato che, al di là di questi momenti in cui v'è l'intervento del tribunale, di fattibilità del piano discutono eventualmente anche i creditori nell'ambito dell'adunanza di cui all'art. 174 l. fall. sulla scorta, peraltro, dei rilievi formulati sul punto dal commissario giudiziale nella relazione di cui all'art. 172 l. fall.¹⁰. Infine, dopo l'adunanza e prima del giudizio di omologazione, il commissario giudiziale comunica ai creditori eventuali mutamenti in punto di fattibilità, ai fini della costituzione per la modifica del voto.

Per quel che riguarda la fase di ammissione, come suaccennato, il debitore, deposita, unitamente alla domanda di ammissione al concordato, anche il piano degli atti funzionali a sostenere la proposta rivolta ai creditori. Il piano è attestato come "fattibile" da parte del professionista esperto (art. 161, comma terzo, l. fall.). È questo, dunque, il primo momento in cui viene in rilievo la fattibilità, la cui valutazione è contenuta in un documento avente funzione informativa, sia a favore della platea dei creditori sia a favore degli organi della procedura¹¹. Dell'attestatore, in particolar modo della sua indipendenza rispetto al debitore che lo nomina, si dirà profusamente nel cap. I, par. 2.2.1., quale utile disamina per comprendere la posizione di quella giurisprudenza che, scettica rispetto a questa figura, provvedeva a compiere autonomamente il vaglio di fattibilità.

Durante il corso della procedura e fino al giudizio di omologazione, in forza dell'orientamento della Corte di Cassazione, la sopravvenuta infattibilità è

⁸ I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. BUONOCORE – A. BASSI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare*, I, CEDAM, 2010, 580.

⁹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 149.

¹⁰ S. AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, in F. VASSALLI - F. P. LUISO - E. GABRIELLI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, vol. IV, 264.

¹¹ L. PICA, *Il concordato preventivo*, in P. CELENTANO – E. FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati, Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, UTET Giuridica, 2008, 1104-1106.

uno di quegli elementi che comporta l'attivazione del rimedio della revoca di cui all'art. 173 l. fall.¹². Pertanto, qualora il commissario giudiziale rilevi tale ipotesi patologica, ne informa il tribunale, che provvede all'apertura d'ufficio del procedimento di revoca. In aggiunta, come già detto, con la relazione particolareggiata depositata entro il quarantacinquesimo giorno antecedente l'adunanza, il commissario giudiziale deve informare i creditori (ma il documento, ovviamente, ha valenza fondamentale anche per l'organo giurisdizionale) su tutti gli elementi indicati dalla disposizione; tra questi non rientra la fattibilità del piano, ma in dottrina ormai si ritiene pacificamente che essa sia uno dei contenuti necessari¹³. Infatti, da un lato il commissario vigila sulla persistenza della fattibilità in corso di procedura ai fini dell'eventuale revoca; dall'altro, di questa sua attività rende conto nella relazione di cui si sta dicendo e che è primariamente destinata a rendere consapevolmente informato il voto dei creditori. Infatti, questi in sede di adunanza possono porre in discussione questo punto (così come il debitore può lamentare l'infattibilità delle proposte concorrenti¹⁴), in quanto fondamentale ai fini dell'accettazione. In aggiunta, anche a seguito dell'espressione del voto i creditori hanno un'opportunità per modificarlo, proprio per considerazioni attinenti la fattibilità. L'art. 179, comma secondo, l. fall., come già accennato¹⁵, consente la costituzione nel giudizio di omologazione anche ai soli fini di modificare il voto già espresso, qualora il commissario abbia comunicato ai creditori il variare delle condizioni di fattibilità del piano.

Ulteriore momento del concordato in cui si discute di fattibilità è il giudizio di omologazione. Prescindendo ora dalle complesse e dibattute questioni

¹² Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 154.

¹³ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1132; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 90.

¹⁴ Il fatto che l'art. 175, comma terzo, l. fall., preveda espressamente soltanto la contestazione di infattibilità sulle proposte concorrenti, senza replicare la stessa formula anche con riferimento alla proposta del debitore, non può fondatamente far ritenere che diversi siano i poteri di creditori e debitore.

¹⁵ Sulle questioni poste da questa disposizione, introdotta dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, si tratterà dettagliatamente nel presente capitolo, par. 3.

relative all'ambito del sindacato del tribunale, è sufficiente ora accennare al fatto che la tesi maggioritaria ritiene che l'infattibilità del piano sia valido motivo di opposizione all'omologazione da parte dei creditori¹⁶.

Con riferimento, invece, agli accordi di ristrutturazione, è necessario innanzitutto prendere atto della differente disciplina procedimentale degli stessi. È assente, infatti, una fase di ammissione. A una prima fase stragiudiziale, in cui il debitore contratta con alcuni o tutti i creditori per la ristrutturazione della sua esposizione debitoria, segue la fase di omologazione davanti al tribunale: il debitore, a norma dell'art. 182-*bis*, comma primo, 1. fall., deposita in cancelleria una domanda non di ammissione, come nel concordato, bensì di omologazione dell'accordo. A ogni modo, si identificano chiaramente almeno due momenti in cui si tratta di fattibilità. Anche negli accordi, è necessario il deposito della relazione del professionista attestatore sull'attuabilità del piano, come già accennato. Ma non solo: anche il giudizio di omologazione è pacificamente ritenuto un momento in cui si opera un vaglio sulla fattibilità (circa i divergenti orientamenti su modalità e limiti del controllo, si dirà dettagliatamente nel cap. I, par. 2.3.1.)¹⁷. Infine, non deve sottacersi come la valutazione di fattibilità viene sempre operata, durante la fase stragiudiziale, dai creditori, quale imprescindibile elemento determinante il loro consenso.

¹⁶ D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto di piano e sindacato del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 911 e ss.; L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2005, 109-110; A. JORIO, *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, 1113; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 517; I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. BUONOCORE – A. BASSI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare*, I, CEDAM, Assago, 2010, 583; A. TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 664; Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, I, 2308; Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, *ibidem*; *contra* FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 579-580; S. AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, in *Dir. Fall.*, 2014, 5.

¹⁷ Cass. Civ. Sez. I, 8 maggio 2019, n. 12064, in *Fall.*, 2019, 11, 1327.

Occorre ora, fornita la nozione di fattibilità e indicato in quali momenti essa viene in rilievo, delinearne il contenuto¹⁸. Si intende trattare di quella particolare forma di fattibilità che le Sezioni Unite hanno definito “fattibilità economica”, poiché questa – e non quella “giuridica” – è stata fonte di dibattiti in dottrina e giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità. Infatti, la questione fondamentale è stata, per lungo tempo, quella del soggetto abilitato a vagliare la fattibilità economica del piano. Infatti, come si dirà nei capp. II e III, gli interpreti non hanno mai, chiaramente, posto in discussione l’esigenza che il tribunale accertasse il rispetto delle norme dell’ordinamento da parte del piano (la fattibilità “giuridica”); ciò che veramente è stato fonte di dubbio era semmai la legittimità di un intervento tribunale che non ammettesse, revocasse o non omologasse un concordato in forza di considerazioni attinenti al merito delle probabilità di riuscita economica del piano. Sul punto, come anticipato, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, non senza però che per questo siano stati tacitati gli scontri interpretativi, soprattutto in ragione della reintroduzione della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari nel concordato liquidatorio (di cui si tratterà nel cap. II, par. 3.). Tuttavia, come anticipato nell’introduzione, il CCII risolve espressamente la questione della titolarità di questo controllo, demandandolo al tribunale. Pertanto, nell’ultimo capitolo occorrerà interrogarsi sul modo in cui l’organo giurisdizionale potrà effettivamente svolgerlo. In questa sede, tuttavia, è necessario succintamente render conto di cosa sia effettivamente la fattibilità economica, ossia che cosa incida sulla fattibilità di un piano di concordato. Si tratta di un utile cenno, in

¹⁸ Ben differente è il momento in cui si parla di fattibilità nei piani di risanamento attestati. Infatti, l’attestazione deve, ovviamente, toccare anche l’oggetto della fattibilità del piano (art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall.). Ma non solo: di fattibilità si discute anche nel caso in cui sia dichiarato successivamente il fallimento del debitore, dal momento che gli atti eseguiti in attuazione di detto piano sono esentati dalla revocatoria fallimentare. Qualora venga sollevata tale eccezione a fronte dell’azione promossa dal curatore, il tribunale è chiamato a vagliare due aspetti: innanzitutto, la sussistenza (valutabile *ex ante*, evidentemente) di una manifesta attitudine del piano (esame diametralmente opposto, si vedrà nel cap. II, rispetto a quello effettuato nel concordato e negli accordi), cioè di una sostanziale certezza circa l’idoneità del piano a risanare l’esposizione debitoria; in secondo luogo, deve accertare l’inesistenza di intento fraudolento nel debitore e nell’attestatore (Cass. Civ. Sez VI, 5 luglio 2016, n. 13719, in *Ilcodicedeconcordati.it*, 4).

quanto, da un lato, occorre ovviamente delineare i contorni dell'oggetto del problema, mentre dall'altro, con l'entrata in vigore del CCII, l'organo giurisdizionale dovrà misurarsi con questi aspetti. In quest'ottica, i brevi cenni svolti in questa sede si riveleranno utili nell'affrontare soprattutto le questioni analizzate al cap. III.

1.2. *La fattibilità nei vari tipi di piano. Il piano liquidatorio*

La fattibilità del piano dipende innanzitutto dal tipo di atti che sono contemplati nello stesso¹⁹. Infatti, posto che la valutazione di fattibilità è una prognosi di adempimento della proposta secondo le modalità indicate nel piano, è dal tipo di atti contemplati in quest'ultimo che dipende la fattibilità stessa. Essa, dunque, si determina in relazione ai rischi tipicamente connessi agli atti del piano²⁰. Pertanto, la delimitazione dei suoi contorni non può non rapportarsi alle varie tipologie di piano astrattamente ipotizzabili: liquidatorio, con continuità aziendale, misto. A ogni modo, vi sono dei parametri che incidono sulla fattibilità a prescindere dal tipo di piano; di essi si dirà nel par. 1.4. Peraltro, non va dimenticato che, qualora si intenda accedere a un concordato con continuità aziendale, di primaria importanza è la rimozione delle cause della crisi, che presuppone a sua volta una loro corretta individuazione; ebbene, la scelta del tipo di piano, benché astrattamente libera, si rapporta inevitabilmente anche alla caratteristica delle cause della crisi, sicché nell'esposizione si terrà conto anche di questo aspetto.

Per quel che riguarda la fattibilità di un piano di concordato liquidatorio (e per quelle componenti di un concordato misto, che alla continuità aziendale abbini la dismissione di cespiti non funzionali all'attività d'impresa, come

¹⁹ Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *Il caso.it*.

²⁰ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151; R. RANALLI, *I piani degli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Fall.*, 2018, 12, 1477 e ss.

previsto dall'art. 186-*bis*, l. fall.), di primaria importanza risulta la stima dei beni, soprattutto gli immobili, in quanto normalmente costituenti la posta principale dell'attivo²¹. Chiaramente, quanto più essa sia accurata, tanto più potrà dirsi fondata la previsione di fattibilità del piano, la quale non si rapporta soltanto alla capienza dei beni rispetto alla percentuale assicurata, bensì anche alla situazione del mercato degli stessi. In dottrina si sono sottolineate le caratteristiche che deve possedere l'elaborato peritale dello stimatore dei cespiti immobiliari (che, normalmente, costituiscono la voce principale dell'attivo concordatario), dal momento che, evidentemente, il professionista attestatore e il commissario giudiziale (e, nell'ottica del CCII, anche il tribunale) possono ritenerlo congruo soltanto laddove siano esatti i parametri utilizzati ed esaustive le motivazioni²². Ebbene, la valutazione non può – pena un deficit di accuratezza che si riverbera sulla prognosi – focalizzarsi soltanto sui cespiti in sé, dovendo invece tener conto di fattori esterni, quali, tipicamente, le condizioni ambientali e urbanistiche in cui essi sono collocati, potendo esse richiedere oneri per gli acquirenti (tali, evidentemente, da far deprimere i prezzi di vendita, con conseguenze negative per la fattibilità della liquidazione)²³. A ciò viene aggiunta, inevitabilmente, la considerazione anche della presenza di altri beni comparabili nell'area di riferimento collocati sul mercato, in quanto anche questo aspetto incide sulla probabilità di vendita (come chiarito nell'All. 1 dei “Principi di attestazione dei piani di risanamento” forniti dal Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili). Si tratta, in sostanza, del rischio relativo alla liquidazione²⁴.

²¹ Cass. Civ. Sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497 in *Il caso.it*; Cass. Civ. Sez. VI, ord., 23 novembre 2016, n. 23882 in *Il caso.it*; Cass. Civ. Sez. VI, ord., 9 marzo 2018, n. 5825 in *Fall.*, 2018, 8-9, 972; PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2031.

²² AMBROSINI, *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 e ss.

²³ ID., *ibidem*.

²⁴ A. PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2031.

Tale rischio investe, dunque, due profili: il valore di realizzo e i tempi di vendita dei beni²⁵. Esso incide maggiormente sulla prognosi di fattibilità quando non vi sia stata nemmeno una manifestazione di interesse all'acquisto²⁶. Tuttavia, appare altrettanto evidente come questo rischio possa risultare mitigato, rendendo più agevole e attendibile la prognosi di fattibilità, all'aumentare della formalizzazione di detto interesse. Infatti, al momento del deposito della domanda e del piano il debitore potrebbe già esser stato raggiunto da offerte di acquisto, eventualmente irrevocabili, di cui vanno vagliate la «genuinità, veridicità e la serietà»²⁷. A maggior ragione, la prognosi si avvicinerà tanto più alla certezza qualora, come rilevato in giurisprudenza, l'offerta sia presentata unitamente a una cauzione o, addirittura, sia garantita per l'intero prezzo²⁸. Dunque, può concludersi che la prognosi di fattibilità di un piano liquidatorio sarà tanto più attendibile e precisa quanto più il debitore sia in grado di fornire un patrimonio stimato capiente rispetto al fabbisogno concordatario, nell'ambito di un mercato non statico e, eventualmente, in quanto siano già state percepite manifestazioni di interesse o offerte vere e proprie per l'acquisto dei cespiti più rilevanti.

1.3. (Segue). *I piani che prevedono la continuità aziendale. Le diverse cause della crisi*

Per quel che riguarda i piani di concordato con continuità aziendale, la fattibilità si rapporta a un panorama ben più ampio di elementi, stante la libertà riconosciuta al debitore nelle modalità per mantenere attiva l'impresa. Se è impensabile enucleare esaustivamente tutti i fattori incidenti sulla fattibilità di un concordato con continuità, tuttavia è possibile accennare a quelli principali evidenziati dalla dottrina ed emersi in giurisprudenza. Prima

²⁵ A. PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2031.

²⁶ AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 e ss.

²⁷ ID., *ibidem*; Trib. Monza, 22 gennaio 2013, in *Il caso.it*.

²⁸ P.F. CENSONI, *La "controriforma" della disciplina del concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2018, 19; Cass. Civ. Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4, 2, 223.

di tutto, però, occorre precisare quanto già accennato al paragrafo precedente: qualora il debitore intenda perseguire il soddisfacimento dei creditori tramite la continuità aziendale, deve individuare correttamente le cause della crisi e predisporre un piano strutturato in modo tale da porre rimedio alle stesse – in tal senso, peraltro, si esprimono anche i “Principi di attestazione dei piani di risanamento” (principio 5.2.3.). Non ogni piano è adeguato a rimediare a qualunque tipo di crisi e, chiaramente, ciascun piano sconta diversi rischi di infattibilità.

Le cause della crisi possono essere di tre ordini: finanziaria, qualora con le risorse liquide disponibili non sia possibile far fronte ai debiti scaduti o di prossima scadenza; patrimoniale, allorché, a prescindere dall’andamento economico dell’azienda, il bilancio registri perdite superiori all’attivo; economica, infine, quando i costi della produzione non vengono assorbiti dai ricavi (o perché questi ultimi si contraggono, o perché i primi aumentano)²⁹. Com’è noto, la varietà delle forme di continuità viene ricondotta a delle precise categorie: il concordato con continuità aziendale diretta, in cui è il debitore a condurre l’attività; il concordato con continuità indiretta, in cui l’attività imprenditoriale viene, invece, proseguita da un cessionario o affittuario; il concordato con continuità, infine, che preveda una mera dilazione dei pagamenti (ipotesi contigua a quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sicché a questi possono estendersi le relative considerazioni)³⁰. Ebbene, a fronte di crisi di tipo soltanto o finanziario o patrimoniale, può risultare sufficiente un piano eminentemente dilatorio oppure, nei casi di maggior gravità, dilatorio e remissorio; in presenza, invece, di una crisi economica, una soluzione siffatta non sarebbe idonea a rimuovere la causa della crisi, sicché la continuità aziendale, diretta o indiretta, deve fronteggiare rischi ulteriori tramite la predisposizione di un adeguato piano industriale. Così delineato il quadro generale delle cause della

²⁹ S. ROSSI, *Le crisi d’impresa*, in N. ABRIANI (ed.), *Diritto fallimentare, Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008, 12-19.

³⁰ FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario del codice civile*, 190-191; PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2038.

crisi, può procedersi a indicare i principali elementi di rischio che, in ciascuna ipotesi, inficiano la fattibilità del piano.

Quando la crisi sia soltanto finanziaria, si è detto che il piano può limitarsi a prevedere la dilazione dei termini di pagamento, per consentire il rientro dall'esposizione grazie ai ricavi realizzati *medio tempore*; in aggiunta, può essere prevista anche la rimessione di parte dei debiti³¹. La prognosi di fattibilità del piano, in questi casi, dipende dall'accertamento che la sola dilazione (unita eventualmente anche allo stralcio) basti a consentire il riaccumulo di risorse da un'attività che risulta ancora proficua e, quindi, il riequilibrio finanziario nei tempi indicati; da ciò deriva, come ulteriore corollario, che determinante per il buon esito del piano risulta essere anche l'affidabilità dei debitori propri del richiedente l'ammissione al concordato³². La stessa soluzione può essere adottata anche nel caso di crisi patrimoniale e, come ovvia conseguenza, sono identiche le considerazioni relative alla prognosi di fattibilità del piano. Dunque, in presenza di crisi connotate da squilibrio finanziario o patrimoniale può senz'altro essere approntato un piano di ristrutturazione dei debiti (sia a sostegno di una domanda di ammissione al concordato sia di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti) e tale piano potrà dirsi tanto più fattibile quanto più l'azienda mantenga la sua capacità di produrre ricavi sufficienti, ossia non si manifesti nel frattempo una crisi anche economica, che porti i costi di produzione a erodere quanto ricavato e destinato ai pagamenti dilazionati.

Dalle osservazioni appena svolte può trarsi come la questione della fattibilità del piano sia ancor più ardua là ove la crisi sia economica, perché dipende da ulteriori fattori che attengono specificamente alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Infatti, è emerso in giurisprudenza come difficilmente la crisi di natura economica potrà essere superata – e quindi il piano dirsi “fattibile” –

³¹ PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2038.

³² FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario del codice civile*, 190.

ove non sia previsto un adeguato piano industriale³³. Quest'ultimo deve, in quest'ottica, contemplare un significativo mutamento dell'organizzazione interna e dei processi produttivi rispetto a quelli che hanno portato alla situazione di squilibrio economico³⁴. Per giunta, l'innovatività delle scelte imprenditoriali poste alla base del piano devono essere inevitabilmente coniugate con l'obbligo, *ex art. 186-bis*, comma secondo, lett. a), l. fall., di «indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura». In sostanza, la dottrina aziendalistica evidenzia la stretta connessione che sussiste tra, da un lato, lo scopo della continuità aziendale nelle procedure concorsuali (ossia, fornire un *surplus* di risorse rispetto alla mera liquidazione e consentire, in aggiunta, la conservazione della realtà imprenditoriale) e, dall'altro, la necessità di un mutamento nei processi produttivi³⁵. In altre parole, soltanto un sostanziale cambio di passo può consentire che i ricavi attesi non siano assorbiti dai costi.

Va considerato, poi, che l'art. 160, comma primo, l. fall. consente anche che in attuazione al piano siano previste operazioni societarie (tipicamente, la costituzione di *newco* in cui veicolare l'azienda in crisi, la ricapitalizzazione)³⁶. Ebbene, con riferimento a tali tipi di atti, inevitabilmente, si pone un ulteriore rischio, incidente direttamente sulla fattibilità del piano, ossia quello che vi sia una minoranza dissenziente che ostacoli l'adozione delle necessarie delibere societarie³⁷. Pertanto, ben si comprende come possa un piano dirsi maggiormente fattibile là ove la compagine societaria sia compatta; per non dire poi del caso, che fornisce

³³ R. BROGI, *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 19-20.

³⁴ Cass. Civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Il caso.it*, 2.

³⁵ PALETTA, *Consulenza all'imprenditore*, in D'ORAZIO - FILOCAMO - PALETTA, *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015, 57-58.

³⁶ BROGI, *La procedura di concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 19-20; Cass. Civ. Sez. I, ord., 10 gennaio 2018, n. 380, in *Il caso.it*.

³⁷ PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2063.

assoluta certezza sul punto, in cui la delibera sia già stata approvata e sottoposta alla condizione sospensiva dell'omologazione del concordato³⁸.

Com'è ovvio, quando la crisi è economica e si adotta un piano con continuità, influiscono sulla buona riuscita del piano anche fattori esterni all'azienda, ossia in primo luogo le condizioni generali del settore nel quale opera l'impresa e il grado di concorrenza³⁹. In aggiunta, nel contesto più contenuto dello specifico mercato del debitore, può avere importanza determinante anche l'evoluzione del rapporto con i fornitori e gli altri creditori dal momento in cui vengono a conoscenza della crisi, potendo per questo motivo pretendere condizioni più onerose in via cautelativa (inutile aggiungere che tale eventualità non giova a risolvere lo stato di crisi, ma, al contrario, non può che concorrere ad aggravarlo)⁴⁰; nonché, sempre con riferimento ai soggetti abitualmente a contatto con il debitore, in giurisprudenza si è sottolineato come, ai fini della fattibilità, un peso determinante sia svolto dall'effettiva disponibilità delle banche a concedere finanza nuova all'imprenditore in crisi⁴¹.

Quando poi il piano preveda l'affitto dell'azienda in vista della sua cessione, anche le garanzie offerte dall'affittuario, gli eventuali impegni già formalizzati, nonché il suo piano industriale sono elementi che certamente influiscono sulla fattibilità del piano di concordato, se non direttamente, quantomeno indirettamente⁴². Infatti, là ove l'affittuario, a esempio, non sia in grado di por rimedio alla crisi, specialmente se economica, si pone il problema del suo adempimento nel pagamento dei canoni di affitto, deputati a loro volta al soddisfacimento dei creditori.

³⁸ PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2063.

³⁹ ID., *ivi*, 2045; RANALLI, *I piani degli accordi*, in *Fall.*, 2018, 12, 1477 e ss.; A. PALETTA, *Consulenza all'imprenditore in crisi e attestazioni del professionista: un inquadramento economico-aziendale*, in D'ORAZIO - FILOCAMO - PALETTA, *Attestazioni e controllo*, 57.

⁴⁰ RANALLI, *I piani degli accordi*, in *Fall.*, 2018, 12, 1477.

⁴¹ Cass. Civ. Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, in *Il caso.it*, 13.

⁴² PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2038; Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Il caso.it*, 2; Cass. Civ. Sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497, in *Il caso.it*, 3-4; Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *Fall.*, 2016, 1, 79.

In definitiva, può dirsi che nell'ambito dei piani che prevedano la continuità aziendale la fattibilità dipende da un insieme di fattori relativi, in primo luogo, allo stato generale del settore di operatività dell'impresa e, in secondo luogo al grado di fiducia che il debitore riesca, nonostante la crisi, a instillare nei soggetti con i quali si relaziona, in forza anche del grado di idoneità della pianificazione a rimuovere le cause della crisi. A ciò si aggiunge, chiaramente, anche l'affidabilità dei soggetti terzi cui, eventualmente, sia destinata l'attività.

1.4. (Segue). *Fattori che incidono su qualunque piano*

Infine, vi sono dei fattori che determinano il variare della probabilità di riuscita del piano a prescindere dal tipo di concordato prescelto. Innanzitutto, la fattibilità di qualunque piano dipende direttamente anche dal grado di esigibilità dei crediti propri del debitore concordatario, potendo essere compromessa, a esempio, dal fatto che essi siano contestati dai suoi debitori oppure dallo stato di insolvenza degli stessi⁴³. Un altro elemento di cui si è sottolineata l'importanza tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è lo spettro temporale di riferimento del piano. Si è evidenziato che là ove i tempi di adempimento programmati si dilatano, aumenta l'incertezza della previsione, tanto da poter condurre, talora, anche a inammissibilità della domanda⁴⁴; viceversa, la prognosi di fattibilità risulta maggiormente accurata quando l'arco temporale sia contenuto, dal momento che, in tal caso, il piano rimane meno esposto ai rischi di liquidazione e di impresa di cui si è detto⁴⁵.

Ora, la breve rassegna appena esposta dei fattori che incidono sulla fattibilità del piano di concordato non può, chiaramente, ritenersi esaustiva, stante la

⁴³ C. App. Firenze, 27 febbraio 2013, in *Il caso.it*, 5.

⁴⁴ Trib. Siracusa, 15 novembre 2013, in *Fall.*, 2014, 1, 115, con riferimento a un piano che prevedeva l'esecuzione nel termine di dieci anni, considerato dal tribunale ostativo a qualunque ponderata considerazione degli elementi che potrebbero inficiare l'adempimento.

⁴⁵ FABIANI, *Il concordato preventivo*, 201; PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2036; Trib. Monza, 2 ottobre 2013, in *Il caso.it*.

flessibilità con cui è possibile predisporre il piano. Tuttavia, risulta utile per inquadrare in termini generali l'oggetto del controllo, la cui titolarità è stata per lungo tempo incerta, problema di cui si tratterà a partire dal prossimo paragrafo. A ogni modo, un dato emerge con chiarezza fin da subito: le valutazioni relative alla fattibilità del piano sono, per loro essenza, precipuamente economiche. Proprio per questo motivo, sembrerebbe, con la riforma del 2005 il legislatore prescrisse un vaglio preliminare di fattibilità svolto da un professionista esperto, il quale deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili, secondo quanto prescritto dall'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. A ciò si aggiunga, peraltro, che anche il commissario giudiziale, per unanime dottrina, è chiamato a sincerarsi della fattibilità del piano concordatario, rendendone conto nella relazione di cui all'art. 172 l. fall.⁴⁶. In ciò, in aggiunta, si ritiene che possa essere coadiuvato da consulenti, qualora necessario⁴⁷. Pertanto, si comprende come l'estensione del controllo del tribunale è un tema che certamente deve coordinarsi con il ruolo riconosciuto alle altre due figure cui si è appena accennato; questa considerazione risulta rafforzata soprattutto qualora si consideri che il CCII, pur prevedendo il sindacato dell'organo giurisdizionale anche in punto di fattibilità economica, tuttavia si premura di precisare che detto controllo viene effettuato «tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale» (art. 48, comma terzo, CCII). Quanto appena detto sarà ulteriormente sviluppato nel cap. III, in quanto parte della dottrina risulta in contrasto con la scelta legislativa dell'ultima riforma, proprio in considerazione della necessità di «competenze aziendali» per l'espletamento di una prognosi di fattibilità⁴⁸. Ora occorre invece ripercorrere la questione che maggiormente ha animato dottrina e giurisprudenza, fino agli approdi validi ancor oggi sotto la vigenza della l. fall., ossia quella relativa alla titolarità del potere di controllo sulla fattibilità del piano.

⁴⁶ FABIANI, *Il concordato preventivo*, 377; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 90.

⁴⁷ S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 e ss.

⁴⁸ L. STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi di Impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449 e ss.

2. Le cause dell'emersione del problema e i primi orientamenti

2.1. *Le linee generali della riforma degli anni 2005-2007: la "privatizzazione" della procedura e la limitazione dei poteri del giudice*

Come accennato nell'introduzione, il problema della fattibilità si è posto a partire dalla stagione di riforme che hanno investito la l. fall. originaria tra il 2005 e il 2007, precisamente a opera del Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80 e dalle correzioni e integrazioni apportate con il Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 e con il provvedimento conclusivo della stagione suddetta, ossia il Decreto Legislativo 12 settembre 2007, n. 169, entrambi emanati in virtù della delega contenuta negli artt. 5, 5-bis e 6 della legge sopracitata. Prima di allora non si poneva il problema di chi dovesse vagliare la fattibilità del piano di concordato⁴⁹. La questione era sorta perché il legislatore della riforma da un

⁴⁹ Per vero, di "fattibilità" non si parlava neppure; ciononostante, il tribunale doveva svolgere un controllo su questo punto. Infatti, in sede di ammissione, revoca e omologazione, l'organo giurisdizionale (oltre ad accertare le condizioni soggettive prescritte ai fini di un vaglio di meritevolezza) doveva anche sincerarsi che la soluzione concordataria convenisse ai creditori rispetto all'alternativa fallimentare. Ebbene, il controllo di convenienza non poteva non presupporre un preventivo scrutinio circa la fattibilità, come anche era stato puntualizzato dalla giurisprudenza (Cass. Civ. sez. I, 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, 1248). Lo stesso assunto si rinviene, peraltro, anche nella fondamentale sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 21 gennaio 2013, n. 1521 (in *Fall.*, 2013, 2, 153). A ciò si aggiunga che anche la stessa struttura obbligata che doveva assumere il concordato (per garanzie o con cessione dei beni) era costruita in modo tale da richiedere, inevitabilmente, un'approfondita verifica circa la buona riuscita dello stesso. Infatti, nel giudizio di omologazione, l'allora art. 181, comma primo, n. 3, l. fall. prescriveva che il giudice accertasse, quanto al concordato per garanzie, che queste fornissero la «sicurezza dell'adempimento»; quanto a quello con cessione dei beni, che gli stessi fossero sufficienti ad assicurare, con la liquidazione, il raggiungimento della percentuale minima del 40 per cento. Non a caso, la dottrina ha usato a riguardo espressioni che coincidono con quelle utilizzate all'indomani della riforma degli anni 2005 – 2007: si è parlato, infatti, di un «giudizio prognostico di probabilità» operato dal tribunale (P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1993, 804). La *ratio* di tale tipo di sindacato, in un sistema che pretendeva anche che il debitore fosse meritevole di accedere al concordato, era da individuarsi nella necessità di dare credibilità e sicurezza in punto di adempimento della proposta, perché vi fosse un'adeguata giustificazione al pregiudizio consistente nella falcidia dei crediti chirografari: in tanto poteva l'ordinamento ammettere la consistente riduzione delle pretese dei creditori non privilegiati, in quanto il debitore fosse di ciò meritevole, proponesse una soluzione comunque più soddisfacente rispetto al fallimento e, chiaramente, a tale risultato si potesse addivenire con piena certezza (PAJARDI, *Manuale*, 803; G.M. BERTACCHINI, *Sub art. 160*, in G.U. TEDESCHI (ed.), *Le procedure concorsuali*, II, Le

lato aveva mantenuto l'imprescindibile controllo formale sugli atti e sul rispetto delle norme procedurali; dall'altro aveva espunto il sindacato sulla meritevolezza del debitore e attribuito la valutazione di convenienza ai soli creditori. In linea generale, poteva dunque ravvisarsi un arretramento dei poteri del tribunale che, unitamente alla libertà di forme che poteva assumere il piano di concordato (a dispetto della precedente obbligatoria dicotomia fra concordato per *cessio bonorum* e concordato "per garanzie"), realizzava l'idea della "privatizzazione" della procedura⁵⁰. Quel che restava inespresso era chi fosse incaricato del vaglio di fattibilità, profilo che la l. fall. originaria implicitamente attribuiva allo scrutinio del tribunale (n. 49). In realtà, sulla fattibilità era chiamato a esprimersi – come oggi – il professionista attestatore, ma a causa dell'incerto inquadramento della sua responsabilità e della sua indipendenza rispetto al debitore (profili su cui si tornerà nel par. 2.2.1.) si manifestò sin da subito un orientamento dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale che propendeva per un sindacato da parte dell'organo giurisdizionale sul punto, anche a prescindere da opposizioni all'omologazione sollevate dai creditori.

Appare ora opportuno, avendo brevemente tratteggiato le modifiche normative, rinviare ai paragrafi 2.4. e seguenti per la disamina del cospicuo dibattito dottrinale e giurisprudenziale in punto di controllo di fattibilità. Dapprima, infatti, occorre esaminare il ruolo che la legge, all'indomani della riforma, aveva riservato alla nuova figura del professionista attestatore e al

procedure concorsuali minori, UTET, Torino, 1996, 6). In aggiunta, non solo il tribunale era chiamato a vagliare la fattibilità, ma in ciò era anche coadiuvato dal commissario giudiziale. Infatti, l'art. 173 l. fall. prevedeva già prima della riforma una costante vigilanza da parte di questo organo circa la permanenza delle condizioni di ammissibilità del concordato, per sollecitare, eventualmente, la revoca dell'ammissione. Pertanto, il commissario doveva ovviamente assicurarsi che anche in corso di procedura rimanesse fondata la previsione di soddisfacimento dei creditori nelle misure indicate dalla legge. Infatti, esemplificava la dottrina, avrebbe ben potuto intervenire, dopo il decreto di ammissione, il dissesto economico del terzo garante (A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo: art. 160-186*, in F. BRICOLA - F. GALGANO - G. SANTINI (ed.), *Commentario Scialoja – Branca: legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1979, 272). O ancora, avrebbe potuto verificarsi, nel concordato con *cessio bonorum*, il perimento dei beni destinati alla vendita (P. BOSTICCO, *Sub art. 173*, in TEDESCHI (ed.), *Le procedure concorsuali minori*, 154).

⁵⁰ AMBROSINI, *Il concordato preventivo* in COTTINO (ed.), *Trattato*, 1-2.

commissario giudiziale, in quanto anche sulla scorta di una corretta perimetrazione dei loro doveri è possibile comprendere quali siano i margini di intervento dell'organo giurisdizionale. Peraltro, questa impostazione del problema è stata fatta propria anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁵¹. In sostanza, il tema della titolarità del potere di scrutinio sulla fattibilità non può prescindere dall'esame del flusso informativo di cui può godere il tribunale ai fini dello stesso.

2.2. Il flusso informativo nel concordato: l'attestatore, il commissario giudiziale e il tribunale

Come s'è detto al paragrafo precedente, è con l'intervento riformatore del 2005 che la legge fallimentare inizia a menzionare espressamente il controllo di fattibilità del piano.

Per quel che riguarda il concordato, all'art. 161, comma terzo, l. fall., infatti, si prescriveva e si prescrive tutt'ora – con disposizione che ha conosciuto talune aggiunte di cui si dirà, ma che è rimasta invariata nelle sue linee essenziali – che al piano e alla documentazione presentati unitamente alla domanda di concordato va allegata anche la relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali riportati e la fattibilità del piano. Com'è ovvio, risulta di fondamentale importanza inquadrare correttamente la figura del professionista e i suoi compiti, al fine di meglio comprendere quale spazio di controllo residui agli altri attori del concordato, ossia al commissario giudiziale e al tribunale.

⁵¹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 150.

2.2.1. *L'indipendenza del professionista*

Come anticipato nel par. 2.1., la questione della titolarità del potere di controllo sulla fattibilità sembrerebbe sorta, secondo una ricostruzione, proprio a causa di uno scetticismo della giurisprudenza di merito e di parte della dottrina circa l'indipendenza del professionista attestatore rispetto al debitore⁵². Questo problema si sviluppa, a sua volta, lungo le seguenti due linee: innanzitutto, la nomina da parte del debitore, ossia lo stesso soggetto la cui pianificazione deve essere sottoposta a scrutinio e che paga il compenso; in secondo luogo, la sua responsabilità, anche penale.

Quanto al primo profilo, occorre premettere che, benché la maggior parte della dottrina non abbia mai dubitato del fatto che il professionista dovesse essere nominato dal debitore, è soltanto con l'intervento del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 che il dettato normativo espressamente avalla questa soluzione⁵³. Prima di allora, una qualche incertezza poteva sembrare sussistente (anche se, come detto, non era vista come tale da buona parte della dottrina) in virtù di un intricato complesso di richiami normativi fra, da un lato, la disciplina del concordato e degli accordi di ristrutturazione e, dall'altro, quella dei piani di risanamento attestati⁵⁴. Comunque, va precisato sin d'ora che proprio la

⁵² G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1336.

⁵³ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO – FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1102; P. F. CENSONI, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2005, 5, 738.

⁵⁴ Prima della riforma del 2012, l'art. 161 l. fall. nulla diceva in punto di titolarità del potere di nomina. Tale disposizione, all'indomani della riforma del 2005, indicava nell'art. 28 l. fall. i requisiti di cui doveva essere in possesso il professionista, ossia quelli richiesti per assumere l'incarico di curatore fallimentare. Con il decreto correttivo del 2007, l'art. 161, comma terzo, provvedeva a richiamare l'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. in tema di piani attestati di risanamento. A sua volta, detta disposizione, oltre a rinviare ai requisiti dell'art. 28, lett. a) e b), l. fall., prescriveva la necessità dell'iscrizione nell'albo dei revisori contabili e, in aggiunta, stabiliva che la relazione andasse svolta ai sensi dell'art. 2501-bis, comma quarto, c.c. in tema di fusione societaria. Infine, quest'ultimo rimandava all'art. 2501-sexies c.c., che prevedeva che uno o più professionisti attestassero la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione e sul rapporto di cambio. Orbene, le norme del codice civile prescrivevano che, nel caso in cui nella fusione vi fosse come incorporante o risultante una s.p.a. o una s.a.p.a., allora la nomina del professionista fosse prerogativa del tribunale. Va evidenziato che parte della dottrina e anche parte della giurisprudenza di merito ritenevano che, nell'ambito dei piani di risanamento attestati, il complesso di richiami andasse inteso in

dottrina che ha cercato di risolvere il problema con riferimento ai piani attestati ha finito poi con il confermare le proprie tesi tramite l'argomento *a fortiori* ricavato dal raffronto con la disciplina del concordato: partendo, infatti, dal presupposto che nel concordato la nomina fosse prerogativa del debitore, si deponeva per la stessa soluzione anche nei piani di risanamento, dal momento che gli effetti protettivi per il patrimonio del debitore sono ben maggiori nel primo che non nei secondi⁵⁵. Ciò non toglie che, come è stato

senso ampio, ricomprendendo non soltanto il contenuto dell'attestazione, ma anche la legittimazione alla nomina del professionista (D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2006, 4, 1195; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI – CENSONI, *La riforma della disciplina*, 274; E. STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 7, 866; Trib. Bari, 14 agosto 2008, decr., in *Fall.*, 2009, 4, 467, con nota critica di P. BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni "di buon senso" in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.*). In quest'ottica, avrebbe dovuto essere il tribunale del luogo della sede legale dell'impresa a provvedere. Occorre precisare che, mentre la dottrina citata giungeva a tale conclusione sulla base del complesso di norme coinvolto, il tribunale di cui si riporta il decreto, invece, vi perveniva non ragionando sul dato normativo (che comunque sarebbe stato nel caso di specie inapplicabile, trattandosi del piano attestato di una s.r.l.), ma su esigenze connesse alla *ratio* della figura dell'attestatore (Trib. Bari, 14 agosto 2008, decr., in *Fall.*, 2009, 4, 467). In realtà, la giurisprudenza in commento non aveva sancito come imprescindibile la nomina da parte del tribunale; semmai aveva osservato come la stessa fosse la soluzione meglio rispondente alla *ratio* dell'introduzione della figura del professionista (e questa posizione incerta non poteva non attirare le critiche della dottrina a commento): se, infatti, l'attestatore viene nominato per dare una valutazione terza e indipendente alla relazione, una nomina da parte dello stesso debitore non avrebbe assicurato lo stesso grado di attendibilità che ci si può attendere invece da parte di un professionista scelto dall'organo giurisdizionale. In definitiva, la nomina giudiziale non costituiva tanto un requisito indefettibile, quanto un elemento che avrebbe potuto meglio tutelare gli interessi dei creditori. Al contrario, altra dottrina contestava questa posizione, ritenendo che fosse prerogativa dell'imprenditore la nomina del professionista (BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni*, in *Fall.*, 2009, 4, 475; A. CASTAGNOLA, *Piano di risanamento predisposto da una società per azioni e designazione del professionista*, in *Dir. Fall.*, 2009, II, 365-367). Per sostenere questa tesi si richiamava anche un'argomentazione che faceva leva proprio sulla nomina nell'ambito del concordato preventivo. In proposito, il fatto che l'art. 161, comma terzo, l. fall. si limitasse a richiamare l'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. e non anche l'art. 2501-bis c.c. bastava a far ritenere che nell'ambito della procedura fosse prerogativa del debitore la nomina del professionista. Stando così le cose nel concordato, a contrario non si vedeva perché la designazione dovesse essere tribunalizia nel piano di risanamento, posto che quest'ultimo comporta sì l'esenzione da revocatoria, ma non anche l'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari, caratteristica propria del concordato e che certamente limita più considerevolmente le ragioni dei creditori.

⁵⁵ BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni*, in *Fall.*, 2009, 4, 475; CASTAGNOLA, *Piano di risanamento*, in *Dir. Fall.*, 2009, II, 365-367.

In aggiunta, anche la disciplina del concordato fallimentare ha costituito utile termine di paragone: infatti, là ove in questa procedura interviene il professionista attestatore (ossia qualora nella proposta sia prevista la falcidia anche dei crediti privilegiati a causa dell'incapienza dei beni su cui insiste il privilegio, ex art. 124, comma terzo, l. fall.), questi viene nominato dal tribunale; la mancanza di analoga previsione nel concordato preventivo

sottolineato in letteratura, una prassi, magari non diffusa ma comunque esistente, si era affermata nel senso di chiedere al tribunale, nel concordato, di nominare l'attestatore⁵⁶.

Più recentemente, la stessa dottrina ha avuto modo di puntualizzare che la nomina da parte del debitore è un aspetto che non deve far temere la parzialità del professionista, con danno dei creditori⁵⁷. Infatti, a controbilanciare vi sarebbero le norme in tema di indipendenza nonché il forte presidio penale dell'art. 236-*bis* l. fall.

Contrariamente, altra dottrina ha ritenuto che la nomina tribunalizia sarebbe una soluzione più confacente⁵⁸. Secondo quest'ultima impostazione, nonostante l'intervento normativo del 2012 volto a rafforzare il livello di indipendenza richiesto all'attestatore, non sarebbe stata scelta peregrina l'affidamento del potere di nomina al tribunale. In sostanza, questa dottrina riteneva che, non essendo sufficienti le norme in tema di indipendenza, il legislatore si era trovato costretto a mantenere la figura del commissario giudiziale, deputato anch'egli a controllare la fattibilità del piano. Ora, stante la duplicazione, sarebbe stato meglio, secondo questa dottrina, propendere per la nomina tribunalizia di un unico professionista, che svolgesse i compiti di entrambi⁵⁹. Si sarebbe così, a un tempo, garantita la piena affidabilità delle attestazioni e la snellezza della procedura. Ma non solo si offriva questa prospettiva *de jure condendo*: si rilevava anche che proprio questa disarmonia del sistema era stata all'origine delle incertezze su *chi*, nel concordato, fosse

non poteva che deporre nel senso della nomina da parte del debitore (BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni*, in *Fall.*, 2009, 4, 475).

⁵⁶ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, vol. IV, 153.

⁵⁷ S. AMBROSINI, *Il concordato giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore nell'evoluzione recente della disciplina*, in S. AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Zanichelli, Bologna, 2017, 176.

⁵⁸ F. TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, 6, 688; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1337; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D. L. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015, 28.

⁵⁹ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1336-1337.

chiamato effettivamente a verificare la sussistenza della fattibilità del piano, come già anticipato sopra⁶⁰.

Ovviamente, la nomina da parte del debitore porta con sé anche il fatto che il professionista sia retribuito dal debitore stesso, sulla base di un normale contratto professionale. Chiaramente, non v'è stato chi non abbia visto in ciò un problema, o quantomeno un rischio, per l'indipendenza e terzietà dell'attestatore rispetto all'impresa in crisi. Primo fra tutti, a preoccuparsene è stato il legislatore, anche se la vicenda normativa relativa ai requisiti di indipendenza (e di capacità professionale) è stata complessa e ben poco lineare, dal momento che con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 si era espunto dall'art. 161, comma terzo, l. fall. il riferimento all'*intero* art. 28 l. fall., comprendente anche le cause di incompatibilità previste per l'ufficio di curatore fallimentare⁶¹.

⁶⁰ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1336.

Ma v'è di più: in dottrina s'è registrata anche una voce che, criticando la scelta della nomina da parte del debitore, parlava di un legislatore addirittura «distratto», là ove nel 2003 aveva previsto la designazione tribunizia nell'art. 2501-*sexies* c.c. (in tema di attestazione sulla ragionevolezza del progetto di fusione societaria e del rapporto di cambio) e nel 2005 la diversa soluzione di cui si è detto (P. GENOVIVA, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del «correttivo»*, in *Fall.*, 2008, 6, 691).

⁶¹ Dapprima, in virtù del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80, l'art. 161, comma terzo, l. fall., recitava: «Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista di cui all'articolo 28». Detto articolo enunciava le cause di incompatibilità che impedivano l'assunzione dell'incarico di curatore fallimentare. Per quel che riguardava invece i requisiti di capacità, per effetto del combinato disposto dell'art. 27 l. fall. e dell'art. 1 Decreto Legislativo del Capo Provvisorio dello Stato 23 agosto 1946, n. 153, si prevedeva che il curatore avrebbe potuto ben essere anche soggetto non iscritto in albi professionali; tuttavia, come osserva puntuale dottrina, nel caso dell'attestatore, in quanto «professionista», non poteva non ritenersi che soltanto un iscritto all'albo degli avvocati, dei dottori commercialisti ovvero dei ragionieri potesse assumere l'incarico (P. CELENTANO, *I requisiti del professionista che attesta i piani concordatari*, in *Fall.*, 2010, 7, 825). Dopodiché, il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ridisegnava l'art. 28 l. fall., inserendo un nuovo comma primo indicante i requisiti di capacità professionale e spostando in un modificato comma terzo i requisiti di indipendenza. Nel dubbio se il rinvio che allora l'art. 161, comma terzo, l. fall. operava verso l'art. 28 l. fall. fosse mobile o fisso, il decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 omogeneizzava i requisiti di capacità per il professionista e nei piani di risanamento e nelle procedure minori. Si stabiliva, infatti, che il professionista dovesse essere iscritto nel registro dei revisori contabili e in possesso dei requisiti (anch'essi di capacità professionale) di cui all'art. 28, comma primo, lett. a) e b), l. fall. I commentatori e la giurisprudenza si resero dunque conto di un problema, ossia il fatto che non v'era più alcuna espressa indicazione legislativa circa le cause di incompatibilità dell'attestatore. Ciononostante, la giurisprudenza di merito e la dottrina si orientarono sin da subito nel senso che il professionista dovesse essere terzo e imparziale rispetto al debitore che lo nominava, in virtù di un'interpretazione

A ogni modo, il legislatore sarebbe nuovamente intervenuto nel 2012 modificando la seconda parte dell'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall., nella formulazione tutt'ora vigente che prescrive esplicitamente quali debbano essere i requisiti di indipendenza e capacità professionale dell'attestatore. In conclusione, per effetto delle modifiche apportate con il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, dal combinato disposto degli articoli 161, comma terzo, 67, comma terzo, lett. d) e 28, l. fall., si ricava che il professionista, nominato dal debitore, deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili. Inoltre, può essere persona fisica che sia avvocato, dottore commercialista, ragioniere o ragioniere commercialista; l'incarico può anche essere affidato a studi professionali associati o a società fra professionisti, purché composte da soci dotati delle qualifiche predette. Se questo è quel che è richiesto dal punto di vista della capacità professionale, per quel che riguarda la necessaria indipendenza, il legislatore ha inteso garantirla prevedendo che l'attestatore non debba essere legato all'impresa, o ad altri interessati nell'operazione, da rapporti personali o professionali che possano comprometterne

analogica delle norme in tema di incompatibilità del curatore (Trib. Piacenza, 3 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 120; PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1102-1103). Occorre poi ricordare anche l'opinione di chi riteneva che il panorama economico ai tempi consentiva senz'altro di ritenere che venissero assicurate le capacità professionali necessarie all'adempimento dell'incarico; semmai, quello su cui inevitabilmente gli attestatori avrebbero dovuto premere era l'accentuazione della loro terzietà rispetto al debitore, rivestendo detta qualità un elemento essenziale per ottenere la fiducia del tribunale (che, infatti, secondo questa dottrina era chiamato a un vaglio meramente formale della documentazione allegata alla domanda) (M. FABIANI, *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2005, V, 161; lo stesso autore avrebbe però aderito alla tesi del controllo di legittimità sostanziale negli anni successivi in ID., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, 178-179). Non così, apparentemente, la Corte di Cassazione, che in talune pronunce non ravvisò la possibilità di applicare in alcun modo l'intero art. 28 l. fall. all'attestatore, stante il richiamo soltanto parziale da parte dell'art. 161, comma terzo, l. fall. (Cass. Civ. Sez. I, sentenza 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fall.*, 2010, 7, 822). Ciò non vale però a chiudere del tutto il discorso attorno all'indipendenza dell'attestatore nel ragionamento della Corte, la quale peraltro ribadisce quanto già affermato in altra precedente decisione (Cass. Civ. Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il caso.it*). In quest'ultima sentenza, citata quasi pedissequamente, la Cassazione aveva accennato apoditticamente a una "terzietà" che sarebbe stata indefettibile, pur contemporanea con l'altrettanto necessaria fiducia che deve intercorrere tra il professionista e il debitore che lo ha incaricato con mandato. Eppure, detta "terzietà", di cui null'altro si dice, non vale a rendere operante ciò che, stante la lettera della legge, ai tempi non poteva applicarsi, ossia, per l'appunto, i requisiti di incompatibilità dettati per il curatore.

l'indipendenza di giudizio; a maggior rinforzo della disposizione, si richiamano come cause specifiche di incompatibilità le numerose cause indicate dall'art. 2399 c.c. che impediscono l'assunzione dell'incarico di sindaco nelle società e alle quali si aggiunge quella consistente nell'aver svolto (l'attestatore stesso ma anche i suoi associati o soci) lavoro subordinato o autonomo per l'impresa o, ancora, assunto l'incarico di amministratore o sindaco per l'impresa nei cinque anni precedenti.

Ebbene, tale ultimo approdo normativo è stato salutato con favore dalla dottrina, che peraltro non ha mancato di rimarcare come potrebbe forse ravvisarsi nell'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. un eccesso di premura definitiva, motivata, si presume, dalla non condivisione della sentenza della Corte di Cassazione 4 febbraio 2009, n. 2706, che aveva ritenuto non applicabile in via analogica all'attestatore l'allora art. 28, comma secondo, l. fall., che prevedeva, per l'appunto, le cause di incompatibilità rispetto all'ufficio di curatore fallimentare (nonostante riconoscesse la necessità che il professionista fosse in una posizione di non meglio precisata «terzietà» rispetto al debitore⁶².

Quanto alla responsabilità del professionista, bisogna innanzitutto distinguere tra quella civile e quella penale. Se con riferimento alla prima mancano tutt'ora specifiche previsioni normative, rendendosi dunque necessario il richiamo ai principi civilistici, la seconda è stata disciplinata con l'intervento del 2012, introduttivo, della fattispecie di "Falso in attestazioni e relazioni" (art. 236-bis, l. fall.).

La responsabilità civile del professionista si sviluppa su due versanti: *in primis*, come responsabilità contrattuale nei confronti del debitore che lo ha nominato (essendovi alla base la stipulazione di un contratto d'opera professionale); *in secundis*, come responsabilità extracontrattuale verso i terzi creditori che siano stati pregiudicati in conseguenza di un'attestazione errata

⁶² TETTO, *La (ritrovata) indipendenza*, in *Fall.*, 2013, 6, 677; Cass. Civ. Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Il caso.it*.

che abbia fatto proseguire il concordato infaustamente conclusosi⁶³. Tuttavia, è stata avanzata in dottrina anche l'idea che la responsabilità nei confronti dei creditori possa incasellarsi in quella da «contatto sociale»⁶⁴: tale impostazione consentirebbe di sussumere questa responsabilità in quella dell'art. 1218 c.c., con le ovvie ripercussioni in tema di onere della prova e prescrizione. A ogni modo, è risultato pacifico in dottrina che in tema di responsabilità contrattuale possa trovare applicazione l'art. 2236 c.c., potendo l'attività del professionista agevolmente qualificarsi come deputata alla «soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà»⁶⁵. Potrebbe dunque darsi che sulla scorta di una relazione attestante veridicità e fattibilità non si pervenga all'ammissione di una domanda di concordato; oppure che, pur superandosi questa prima fase, l'*iter* fisiologico della procedura venga intercettato da una revoca per sopravvenuta infattibilità ai sensi dell'art. 173 l. fall., ovvero da modifica del voto per mutamento delle condizioni di fattibilità *ex art.* 179 l. fall., oppure ancora che il concordato non ottenga l'omologazione da parte del tribunale, ovvero infine che, ottenutala, si esaurisca con risoluzione per inadempimento *ex art.* 186 l. fall. In sostanza, in presenza di patologie del concordato un possibile esito potrebbe essere la conversione in procedura fallimentare; detta circostanza, che inevitabilmente determina una perdita di tempo, potrebbe anche causare perdite economiche *medio tempore*. Dunque, la dottrina ha ritenuto che, nel caso in cui il professionista chieda l'ammissione allo stato passivo, la situazione evolverebbe in questi termini⁶⁶: il curatore fallimentare dovrebbe eccepire l'inesatto adempimento; dal canto suo, l'attestatore sarebbe chiamato a provare di aver adempiuto diligentemente e che la prestazione era connotata

⁶³ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 70-71.

⁶⁴ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1108.

⁶⁵ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 70-71; PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1108; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1335.

⁶⁶ M. FABIANI, *Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, in *Giur. Comm.*, 2017, 5, 744.

da particolare complessità (questo al fine di godere del beneficio di cui all'art. 2236 c.c.)⁶⁷.

2.2.2. *I compiti del professionista attestatore: la certificazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano*

Conviene ora render conto di quali siano i compiti assegnati dalla legge al professionista. Norma di riferimento è senz'altro l'art. 161, comma terzo, l. fall. già più volte citato, ma non può sottacersi, per completezza, che l'attestatore in realtà è chiamato a redigere altre relazioni indicate specificamente in vari punti dalla legge. All'infuori ovviamente del suo coinvolgimento nei piani attestati di risanamento e negli accordi di ristrutturazione dei debiti anche all'interno della procedura concordataria sono vari i momenti in cui interviene⁶⁸.

È chiaramente cardinale il vaglio del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. La dottrina, a partire dal 2005, ha chiaramente profuso fiumi d'inchiostro circa il significato di questi controlli.

⁶⁷ Trib. Monza, decr. 23 ottobre 2014, in *Il caso.it*.

Un serio interrogativo è stato però avanzato da autorevole dottrina, ossia quale significato debba attribuirsi all'avvenuta omologazione del concordato: in altre parole, se basti detto provvedimento a far presumere che il professionista abbia correttamente adempiuto alla sua prestazione (LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1335). Detta dottrina sottolinea come questo problema possa essere diversamente risolto a seconda dell'impostazione che si adotti circa i poteri del tribunale in sede di omologazione. Più precisamente, a voler ritenere che il tribunale sia chiamato soltanto a un vaglio di regolarità formale, allora non si ammetterebbe alcuna presa di posizione circa l'effettiva fattibilità del piano, lasciando impregiudicata la questione della responsabilità del professionista; adottando invece l'interpretazione secondo cui il tribunale sia chiamato a vagliare nel merito la fattibilità del piano, allora potrebbe pensarsi che l'intervenuta omologa «valga ad interrompere il nesso di causalità» tra l'inesatto adempimento e il danno lamentato (ID., *ibidem*).

⁶⁸ In particolare, per quel che qui più rileva, il professionista è anche chiamato ad approntare una relazione di aggiornamento nel caso di modifiche al piano, in virtù dell'aggiunta all'art. 161, comma terzo, l. fall. dovuta all'intervento riformatore del 2012; inoltre, sempre a seguito dell'appena citata riforma, il professionista, nell'ambito di un concordato con continuità aziendale nel cui piano sia prevista la prosecuzione di contratti pubblici o la partecipazione a nuovi bandi, deve altresì attestare «la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento», ai sensi dell'art. 186-*bis*, commi terzo e quinto, l. fall. A ciò si aggiungono vari altri momenti attestativi, relativi per lo più a problemi di convenienza, che però esulano dell'oggetto di questo elaborato.

Giova preliminarmente richiamare la documentazione che va allegata alla domanda, per capire su cosa debba concentrarsi il professionista. Prevede l'art. 161, comma primo, l. fall. l'allegazione di:

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

A ciò si è aggiunta in lettera e), con l'intervento del 2012, l'espressa previsione del piano, che descriva modalità e tempi di adempimento, nonché, con il decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132, l'espressa indicazione della «utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile» assicurata a ciascun creditore.

Per quel che riguarda la veridicità dei dati aziendali, parte della dottrina ha sempre ritenuto che il professionista non possa limitarsi a raffrontare la mole di documentazione presentata dal debitore con le sole scritture contabili⁶⁹; piuttosto, l'attestatore deve verificare che vi sia corrispondenza con i dati «reali»⁷⁰. Ebbene, detta dottrina intende dire che, a prescindere da quanto il professionista possa apprendere dalle scritture contabili, lo stesso dovrebbe per l'appunto verificare l'esistenza degli elementi attivi e di quelli passivi. Il motivo di ciò è che, chiaramente, ben potrebbe darsi il caso, a esempio, dell'allegazione di un elenco di beni che sia da un lato rispecchiante quanto risultante dall'ultimo bilancio, ma che, dall'altro, sconti in fatto l'inesistenza o il minor valore di taluni di quei beni. In particolare, andrebbe accertata l'esistenza e il valore dei beni mobili e immobili, dei crediti vantati e di quant'altro costituisca posta attiva deputata al piano concordatario, nonché la

⁶⁹ PALETTA, *Sub art. 161 (ec-az)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2171.

⁷⁰ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008, 292; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato*, 149.

quantificazione dei debiti, l'esistenza dei diritti altrui sui beni in possesso, la corretta ripartizione tra creditori chirografari e privilegiati⁷¹. L'impostazione appena accennata ha trovato riscontro nella giurisprudenza di merito, che ha avuto modo di chiarire che non è sufficiente l'asserire di aver rinvenuto nella contabilità quanto dichiarato nella documentazione allegata alla domanda⁷². Altra dottrina, nell'evidenziare la necessità del riscontro con i dati anche extra-contabili, richiama risalente decisione di merito che aveva ritenuto, nella vigenza dell'originaria l. fall., che dovessero computarsi nella massa attiva anche le attività non dichiarate ai fini fiscali⁷³. Andando poi a restringere il perimetro degli elementi, contabili e non, da vagliare, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, forte del sostegno della dottrina e di una decisione di merito che ha tenuto conto degli aspetti pratico-attuativi della materia, ha avuto modo di precisare che sarebbe superfluo che l'attestatore vagliasse la rispondenza a verità di *ogni* voce contenuta nella documentazione allegata alla domanda di concordato⁷⁴. Più selettivamente, il professionista dovrebbe concentrarsi soltanto su quelle parti della documentazione che siano veramente funzionali all'attuazione del piano; in sostanza, ciò che non potrebbe influire sulla prognosi di fattibilità, non dovrebbe meritare eccessiva attenzione da parte del professionista⁷⁵. Dietro questa presa di posizione sta un dato pratico non di poco conto e riconosciuto anche dalla decisione di merito appena richiamata: normalmente il tempo a disposizione per il professionista risulta compresso, conducendo inevitabilmente a una relazione che può risultare incompleta nei riscontri contabili. Proprio la selettività cui si è accennato consentirebbe dunque di ovviare alla carenza di tempo. Ciò senza dimenticare

⁷¹ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato*, 149.

⁷² Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 6, 691.

⁷³ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1105; Trib. Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 185.

⁷⁴ PALETTA, *Sub art. 161 (ec-az)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2171; C. App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.* 2007, 1315.

⁷⁵ CNDCEC, Commissione di studio crisi e risanamento d'impresa, *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 6, 751.

che proprio detto restringimento del perimetro documentale permetterebbe, sempre secondo il Consiglio Nazionale, di approfondire l'accuratezza del controllo andando a incrociare quanto esposto dal debitore con i documenti forniti eventualmente dai creditori⁷⁶. In letteratura si è anche precisato che il controllo incrociato può coinvolgere anche documentazione proveniente dall'anagrafe tributaria e dagli istituti di previdenza⁷⁷.

La dottrina ha anche aggiunto che un elemento indefettibile della certificazione di veridicità consiste nell'indicazione delle modalità di adempimento dell'incarico, dei criteri valutativi adottati: in sostanza, una motivazione dell'asseverazione⁷⁸. Si può dunque trarre da quanto detto che questo primo segmento dell'attestazione, lungi dall'essere un mero controllo formale, una "fotografia" della situazione, costituisce «un giudizio vero e proprio», di notevole complessità⁷⁹.

Inutile dire che non è mai stato messo in discussione ciò che appare incontestabile dal punto di vista già solo prettamente logico, ossia il fatto che l'analisi della veridicità sia una piattaforma su cui instaurare successivamente la prognosi di fattibilità⁸⁰.

Asseverata la veridicità dei dati aziendali, il professionista è chiamato a compiere una prognosi circa la fattibilità del piano. Occorre premettere che, se da un lato la dottrina e la giurisprudenza di merito si sono trovate d'accordo, sin dai primi momenti successivi alla riforma del 2005, circa l'essenza e le modalità di relazione sulla fattibilità, dall'altro lato è nel rapporto tra la relazione del professionista, il commissario giudiziale e il

⁷⁶ CNDCEC, Commissione di studio crisi e risanamento d'impresa, *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 6, 751.

⁷⁷ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1330.

⁷⁸ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1105; PALETTA, *Sub art. 161 (ec-az)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2172-2173; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato*, 149.

⁷⁹ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1330.

⁸⁰ ID., *ibidem*; S. PACCHI, *L'ammissione al concordato preventivo*, in ID (ed.) *Il nuovo concordato preventivo*, IPSOA Milano, 2005, 110; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 1402.

tribunale che si sono ravvisati i maggiori scontri interpretativi, mai del tutto sopiti nemmeno a seguito del già ricordato intervento della Cassazione a Sezioni Unite nel 2013.

Ebbene, la valutazione di fattibilità è stata descritta dalla dottrina come un giudizio prospettico fondato su una comparazione fra i dati aziendali di cui s'è detto e il piano di concordato⁸¹. Al di là dello scontato controllo circa la possibilità dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c.⁸², la fattibilità di cui si tratta sarebbe, più precisamente, l'idoneità del piano a raggiungere con successo gli obiettivi illustrati nella proposta⁸³.

Attenta dottrina ha sottolineato come la valutazione del professionista non debba basarsi esclusivamente sugli elementi interni al piano di concordato, ma debba estendersi anche a ciò che potrebbe dall'esterno frustrare l'attuazione del piano⁸⁴.

Unanimemente la dottrina e la giurisprudenza (quantomeno quella non propendente per un controllo meramente formale) hanno ritenuto che, come per la parte relativa all'attestazione di veridicità dei dati, anche e soprattutto con riferimento a quest'altro apprezzamento il professionista deve approntare una motivazione per spiegare come sia giunto alle sue conclusioni⁸⁵. Secondo una delle prime sentenze in materia, la mancanza di esaustiva motivazione nella relazione comportava inevitabilmente il diniego dell'ammissione della domanda di concordato (sulla base però, occorre precisare, di un art. 163, comma primo, l. fall. che, dopo la riforma del 2005 e fino all'entrata in vigore del decreto correttivo del 2007, prevedeva espressamente un controllo del tribunale in punto di «completezza e regolarità della documentazione»).

⁸¹ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 70; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011, 233.

⁸² PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1105.

⁸³ U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, IPSOA, Milano, 2005, 31

⁸⁴ PALETTA, *Sub art. 161 (ec-az)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2179-2180.

⁸⁵ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1331 ; PICA, *il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1106; Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 103.

Infatti, secondo detta impostazione, una tale relazione avrebbe reso incompleta la documentazione allegata alla domanda, costituendo ciò motivo di inammissibilità⁸⁶.

2.2.3. *La funzione della relazione: sgravio per il tribunale e ausilio per il commissario, informazione ai creditori*

È apparso dunque incontestabile alla dottrina e alla giurisprudenza, all'indomani della riforma degli anni 2005-2007, che la figura dell'attestatore svolgesse i suoi compiti assolvendo una duplice funzione.

Da un lato, in molti hanno sottolineato come l'attestazione servisse a tutelare l'interesse dei creditori⁸⁷. Infatti, non potendo le sue valutazioni concretizzarsi in una mera spiegazione acritica degli assunti dell'imprenditore contenuti nel piano e anzi costituendo un *quid* in più, è evidente che prima di tutto l'attestazione abbia lo scopo di informare i creditori circa la probabilità di adempimento del piano⁸⁸. In particolare, la dottrina si sforza di spiegare che, dovendo i creditori votare sulla proposta, non potrebbe ammettersi che questi lo facciano in assenza di un adeguato compendio informativo. La conclusione viene rafforzata adeguatamente da quella dottrina che sottolinea come trattandosi di proposta votata a maggioranza e non accettata da ogni creditore (e potendo dunque difettare la volontà quale elemento fondamentale del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c.), allora è necessario che chiunque venga vincolato al concordato, benché discorde, sia garantito circa le prospettive di successo del piano⁸⁹. Il voto della maggioranza dunque vincolerebbe anche la minoranza, senza che questa però

⁸⁶ Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 12, 1402.

⁸⁷ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1106; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1331; TETTO, *La (ritrovata) indipendenza*, in *Fall.*, 2013, 6, 676; D. FINARDI, *Interpretazione della proposta di concordato e rapporto con l'attestazione*, in *Fall.*, 2013, 3, 304-305; Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *Il caso.it*, 2012.

⁸⁸ Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 103.

⁸⁹ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1106.

sia esposta all'arbitrio altrui senza idonee garanzie. In proposito, si è detto efficacemente che l'attestazione del professionista permetterebbe la formazione di un «consenso informato»⁹⁰. Inutile osservare come proprio con riferimento a questa specifica finalità assuma particolare rilevanza la questione, sopra evidenziata, dell'indipendenza del professionista e del soggetto deputato a nominarlo. Non a caso, in giurisprudenza s'è avuto modo di affermare che la relazione del professionista non può essere riproposizione pedissequa dei dati già forniti dal debitore: l'attività valutativa del professionista si concretizza in un controllo vero e proprio volto a garantire l'attendibilità dei dati, richiedendosi pertanto che l'attestatore, per così dire, si «stacchi» dalla prospettazione del debitore e guardi alla documentazione con occhio critico, fornendo infine una propria posizione ragionata sulla situazione del debitore e sulle prospettive del piano⁹¹.

Dall'altro lato, in dottrina si è anche evidenziato che la relazione del professionista va inevitabilmente a costituire un supporto per il commissario giudiziale e al contempo a sollevare da un dispendio di tempo il tribunale⁹².

Per quel che riguarda il coordinamento con la figura del commissario giudiziale, va rilevato come nel passaggio dal sistema originariamente vigente alla legge come riformata negli anni 2005-2007 non si erano registrate modifiche incisive dei compiti dello stesso⁹³. Ebbene, a fronte di queste

⁹⁰ PALETTA, *Sub art. 161 (ec-az)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2177.

⁹¹ Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 911.

⁹² PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1104.

⁹³ ID, *ivi*, 1132.

Persisteva il potere di vigilanza sull'amministrazione dei beni ex art. 167 l. fall; rimaneva intatto l'art. 170 l. fall. sull'annotazione dell'ammissione al concordato nei libri contabili; parimenti intoccato l'art. 171 l. fall. riguardante la verifica dell'elenco di creditori e debitori e la comunicazione ai creditori della data dell'adunanza (disposizione che sarebbe stata modificata nel 2012 con riferimento esclusivo alle modalità tecniche di comunicazione); l'obbligo di redigere l'inventario e la relazione particolareggiata di cui all'art. 172 l. fall. non mutava e sarebbe stato ritoccato soltanto nel 2012 (anticipando il termine di deposito) e nel 2015 (anticipando ulteriormente detto termine, introducendo l'indicazione delle utilità potenzialmente derivanti da azioni revocatorie, risarcitorie, recuperatorie e prevedendo la relazione integrativa per il caso di proposte concorrenti o nuove informazioni utili per i creditori); l'art. 173 l. fall. veniva implementato nel 2007 con il riferimento anche alla mancanza di condizioni di ammissibilità e adattato al venir meno della declaratoria d'ufficio di fallimento; con la riforma del 2012 si sarebbe inserito nell'art. 179 l. fall. un secondo

marginali variazioni normative, in realtà la dottrina ha rilevato come fosse comunque mutata la fisionomia della figura, dovendo sopperire all'arretramento dei poteri del tribunale⁹⁴. Detta dottrina arricchiva i compiti già in precedenza affidati al commissario, ritenendo nella sostanza che questi fosse chiamato, tanto ai sensi dell'art. 172 l. fall., quanto in virtù dell'art. 173 l. fall., a vagliare la fattibilità del piano. In tale ottica, questo ulteriore livello di controllo chiaramente condivideva con il giudizio dell'attestatore una funzione, ossia quella di consentire il corretto formarsi della volontà dei creditori⁹⁵.

Indubabilmente, però, il vaglio del commissario non poteva e non può ancor oggi ritenersi indiretto; al contrario, parte della dottrina ha evidenziato come esso debba essere frutto delle verifiche condotte autonomamente dallo stesso⁹⁶. Questo assunto, nell'ottica della citata dottrina, doveva valere a far sì che la relazione del commissario *ex art. 172 l. fall.* non si risolvesse in un inutile doppione dell'attestazione. Tuttavia, altra dottrina successiva ha mostrato di non condividere questa impostazione. V'è stato infatti chi ha ravvisato proprio una duplicazione e pertanto ha suggerito, in una prospettiva *de jure condendo*, di unificare le due figure e assegnarne la prerogativa di nomina al tribunale, ovviando così a un tempo sia al problema dell'indipendenza del professionista sia a quello, per l'appunto, della sovrapposizione di controlli⁹⁷.

Con riferimento invece al rapporto con il tribunale, è stato rilevato come il potere istruttorio dell'organo giudiziario, che fino al 2005 era investito dei numerosi compiti di cui s'è detto nel paragrafo 2.1. (n. 49), nella sostanza

comma, relativo all'avviso ai creditori in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità, ai fini della modifica del voto già espresso (su questo punto si dirà al paragrafo 3.1.); sostanzialmente immutato restava anche il compito di depositare il parere motivato in cancelleria in vista del giudizio di omologazione ai sensi dell'art. 180 l. fall; pare opportuno sorvolare sui compiti nella fase esecutiva, in quanto non pertinenti in questa sede.

⁹⁴ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1104.

⁹⁵ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 90.

⁹⁶ ID., *ibidem*.

⁹⁷ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1337.

risulta sostituito dalla relazione dell'attestatore⁹⁸. Questa considerazione però non è valsa a porre un freno alle divergenti interpretazioni circa i poteri del tribunale in punto di fattibilità. L'aver appurato, insomma, che il nuovo attore introdotto con la riforma del 2005 fosse chiamato a svolgere un'istruttoria ben complessa aveva introdotto un notevole elemento di incertezza interpretativa, anche in considerazione dell'arretramento dei poteri del tribunale e di un dato normativo per vero non cristallino.

Dunque, messo in luce il quadro generale del flusso informativo delineato nella disciplina del concordato, pare opportuno, prima di addentrarsi nel problema della fattibilità in questa procedura, accennare allo stesso profilo negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Infatti, l'elemento dell'informazione è quello attorno al quale – si è già accennato e si vedrà nel prosieguo – ruotano le considerazioni in punto di fattibilità di qualsiasi piano. Pertanto, può fornire utili spunti di riflessione un cenno alla disciplina degli accordi, in cui manca la figura del commissario giudiziale, che nel concordato preventivo è così strettamente coinvolta nell'esame della fattibilità. Per di più, le osservazioni che si svolgeranno verranno richiamate anche nell'ultimo capitolo, in quanto da un lato nel concordato preventivo permangono entrambi i soggetti (professionista attestatore e commissario giudiziale) benché il tribunale sarà investito del potere di sindacare d'ufficio la fattibilità (art. 47, comma primo, e 48, comma terzo, CCII); dall'altro, negli accordi di ristrutturazione dei debiti viene introdotta la nomina del commissario, obbligatoria nel caso in cui siano contemporaneamente proposte domande per l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 44, comma quarto, CCII).

2.3. Il flusso informativo negli accordi di ristrutturazione dei debiti

L'analisi di come si è sviluppato il tema del controllo del tribunale sul punto dell'attuabilità negli accordi di ristrutturazione sembra essere un utile

⁹⁸ FINARDI, *Interpretazione della proposta*, in *Fall.*, 2013, 3, 305.

strumento attraverso cui cercare di comprendere lo stesso problema nel concordato preventivo. Premettendo, infatti, che in entrambi gli istituti è richiesto un controllo sulla fattibilità (a prescindere, ora, da chi sia abilitato al vaglio ed entro quali limiti), appare non superfluo analizzare il tema negli accordi di ristrutturazione dei debiti, mettendo in luce anche le peculiarità di questi rispetto al concordato preventivo. In quest'ottica di confronto fra procedure diverse, si intende in sostanza comprendere se e come le diversità fra i due istituti incidano, differenziandole, sulle soluzioni del problema dell'ampiezza del sindacato giudiziale in punto di fattibilità negli accordi e nei concordati. In particolare, è da premettere brevemente quale sia il ruolo del professionista attestatore nell'ambito degli accordi, tenendo conto, peraltro, dell'assenza di una figura analoga a quella del commissario giudiziale presente nel concordato preventivo; dopodiché, occorre esaminare i poteri di controllo del tribunale nel giudizio di omologazione, senza dimenticare che fra i commentatori non è stata univoca l'interpretazione su questo punto.

Come nel concordato preventivo, anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti riveste un ruolo fondamentale l'attestatore. Il professionista è chiamato, in virtù dell'art. 182-*bis*, primo comma, 1. fall., a redigere l'attestazione circa la veridicità dei dati aziendali (contenuti nella documentazione presentata ai sensi dell'art. 161 1. fall., ossia la stessa richiesta in caso di domanda di ammissione al concordato preventivo) e l'attuabilità dell'accordo. Peraltro, l'attuabilità è riferita, oltreché all'accordo in sé (ossia, con i creditori aderenti), anche al pagamento integrale dei creditori che non hanno prestato consenso (in centoventi giorni dall'omologazione o, in caso di crediti scadenti dopo l'omologazione, dalla loro data di scadenza)⁹⁹.

⁹⁹ Il professionista, peraltro, è investito anche di altri compiti nell'ambito degli accordi di ristrutturazione. Uno di questi è la «dichiarazione», ex art. 182-*bis*, comma sesto, 1. fall., sull'idoneità della proposta, qualora accettata, a permettere il soddisfacimento integrale dei creditori con i quali non è in corso la trattativa o che hanno già rifiutato le proposte del debitore, in concomitanza con la richiesta di inibitoria delle misure cautelari ed esecutive durante le negoziazioni (cd. «pre-accordo», S. BONFATTI - P.F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 279). Anche in questo caso, in sostanza,

Si ritiene concordemente che, al pari di quel che avviene nel concordato preventivo, la verifica circa la veridicità dei dati aziendali sia svolta non soltanto confrontando le scritture contabili con la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., bensì riscontrando la corrispondenza a verità di quanto prodotto¹⁰⁰; l'accurata verifica sulla veridicità risulta prodromica a un fondato giudizio di attuabilità dell'accordo¹⁰¹.

Per quel che concerne l'attestazione di attuabilità dell'accordo, si è già detto come essa debba coprire non soltanto l'esecuzione dell'accordo in sé, ma anche un ulteriore oggetto, ossia l'idoneità dello stesso a far sì che il debitore sia in grado di pagare integralmente i creditori non aderenti nei termini previsti dall'art. 182-*bis*, comma primo, l. fall. Dunque, un particolare (se non principale, per le considerazioni che saranno svolte nel prossimo capoverso) elemento della prognosi svolta dall'attestatore deve essere quello della sussistenza di liquidità sufficiente alla soddisfazione integrale dei non

l'attestatore è chiamato a svolgere una prognosi di realizzabilità o sussistenza di un attivo sufficiente a pagare integralmente i creditori ancora o già estranei all'accordo che va formandosi, benché non sia richiesta una relazione completa, ma soltanto una dichiarazione, in considerazione del fatto che l'accordo, in quel momento, non è ancora perfezionato (BONFATTI - CENSONI, *Lineamenti*, 280-282; L. LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in S. AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Zanichelli, Bologna, 2017, 708). Conviene, invece, sorvolare sugli ulteriori compiti del professionista (attestazione sui finanziamenti preveducibili ex art. 182-*quinquies*, comma primo, l. fall., sui pagamenti dei crediti anteriori di cui al comma quinto dello stesso articolo e attestazione dell'omogeneità di posizione dei creditori coinvolti dalla moratoria di cui all'art. 182-*septies*, comma quinto, l. fall.), in quanto non direttamente pertinenti con il tema di cui al presente elaborato.

¹⁰⁰ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 172; LUCHETTI, *Gli accordi*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 698; Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *Il caso.it*; in senso parzialmente contrario S. BONFATTI, *Pluralità di parti e ruolo del tribunale negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2012, 5, 594 e ss. e C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 2, 129 e ss., che, quando la legge non prevedeva ancora il vaglio sulla veridicità (introdotto con la l. 7 agosto 2012, n. 134), ritenevano che l'attestatore dovesse partire dalla presunzione di veridicità dei dati, salvo condurre autonome verifiche in caso di informazioni contraddittorie o manifestamente false.

¹⁰¹ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 172; Trib. Milano, decr., 10 novembre 2009, in *Fall.*, 2010, 2, 195; Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *Il caso.it*; Trib. Bologna, decr., 17 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 5, 594.

aderenti, a seguito della dismissione di cespiti oppure in forza dei ricavi derivanti dalla continuità dell'attività d'impresa¹⁰².

È evidente dunque come l'attestazione svolga una funzione informativa rilevante nei confronti dei creditori, al pari di quel che avviene nel concordato preventivo¹⁰³. Occorre però soffermarsi su questo punto, distinguendo tra i creditori aderenti e quelli non aderenti all'accordo. Quanto ai primi, occorre rilevare come gli interpreti siano orientati nel senso che la soglia di approvazione del sessanta per cento debba essere raggiunta prima del giudizio di omologazione, già al momento della pubblicazione dell'accordo stesso nel registro delle imprese, stante il fatto che da questo momento si attiva l'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari *ex art. 182-bis*, comma terzo, l. fall¹⁰⁴. Pertanto, se l'accordo deve essere già raggiunto al momento della pubblicazione nel registro, allora non può sottacersi un dato, ossia che per i creditori aderenti la funzione informativa della relazione risulterebbe attenuata (ma non elisa), avendo essi autonomamente ritenuto sussistente l'attuabilità dell'accordo con riferimento alle prestazioni da eseguirsi nei loro confronti¹⁰⁵. Sarebbe, infatti, del tutto contraddittorio che i creditori prestino il loro consenso pur ritenendo improbabile l'adempimento. Infatti, a differenza del concordato preventivo – in cui i creditori prima vengono informati dal professionista e dal commissario giudiziale e poi votano – qui gli aderenti accettano la proposta del debitore in un momento anteriore rispetto a quello in cui avviene il deposito del piano e dell'attestazione di attuabilità, peraltro senza che vi sia alcun controllo sul punto da parte del commissario, assente in questa procedura. Tuttavia, va sottolineato che queste ultime considerazioni parrebbero valide soltanto nei casi in cui l'attestazione

¹⁰² AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 172-173; BONFATTI, *Pluralità di parti*, in *Fall.*, 2012, 5, 594 e ss.; G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.*, 2006, 2, 169 e ss.; PROTO, *Gli accordi*, in *Fall.*, 2006, 2, 129 e ss.; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Il caso.it*.

¹⁰³ A. PALUCHOWSKI, *Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2011, 1, 92.

¹⁰⁴ Trib. Brescia, decr., 22 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, 9, 1, 2563; Trib. Modena, 19 novembre 2014, in *Il caso.it*; LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 690.

¹⁰⁵ PROTO, *Gli accordi*, in *Fall.*, 2006, 2, 129 e ss.

corrobori il giudizio di attuabilità che già i creditori aderenti avevano espresso con l'accettazione; al contrario, l'imprevedibilità della relazione riemerge in tutta la sua evidenza anche per questi creditori qualora la prognosi del professionista sia negativa, determinando così la necessità, per l'imprenditore, di riaprire le trattative al fine di apportare le necessarie modifiche all'accordo¹⁰⁶.

Per quel che concerne i creditori non aderenti, la relazione risulta un'utile piattaforma informativa su cui basare l'eventuale opposizione all'omologazione¹⁰⁷. La stessa considerazione può valere anche per quei soggetti terzi comunque interessati a svolgere opposizione, stante l'estensione della legittimazione anche a essi in virtù dell'art. 182-*bis*, comma quarto, 1. fall.¹⁰⁸.

¹⁰⁶ LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 698. Sul punto però v'è chi obietta che, non essendo il debitore vincolato al deposito della prima relazione negativa ottenuta, egli ben potrebbe (nell'ambito del concordato preventivo, ma la considerazione è qui estendibile), invece che apportare le modifiche necessarie al piano o alla proposta (o rinegoziare la stessa con i creditori, negli accordi di ristrutturazione), richiedere un'altra relazione a un professionista «meno rigoroso del primo» (F. LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf*, in *Il fallimentarista.it*, 22 settembre 2016, 7). In quest'ottica, l'evenienza di una relazione negativa sarebbe una mera ipotesi di scuola.

¹⁰⁷ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 176.

¹⁰⁸ PALUSCHOWSKI, *Art. 182 bis*, in *Fall.*, 2011, 1, 92.

Tuttavia, occorre comprendere come possa, in concreto, attuarsi la funzione informativa nei confronti dei creditori. Infatti, la legge non prevede espressamente l'obbligo del debitore di trasmettere la relazione ai creditori; non è richiesto, nemmeno, che la stessa sia depositata nel registro delle imprese. Per questi motivi, la Corte di Cassazione ha recentemente escluso che l'attestazione debba essere portata a conoscenza dei creditori tramite quest'ultimo mezzo (Cass. Civ. Sez. I, 8 maggio 2019, n. 12064, in *Fall.*, 2019, 11, 1327; nello stesso senso, precedentemente, C. App. Napoli, ord., 26 luglio 2017, in *Fall.*, 2018, 3, 345, con nota concorde di I.L. NOCERA, *Obblighi informativi del debitore negli accordi di ristrutturazione prima e dopo la legge delega di riforma*). Questa presa di posizione ha attirato le critiche della dottrina, che comunque intravede la sussistenza di un interesse legittimo dei creditori a ottenere l'estrazione di copia della relazione dalla cancelleria del tribunale, ove comunque va depositata (C. TRENTINI, *"Saturno contro": sugli accordi di ristrutturazione dei debiti si rinfocola il contrasto tra legittimità e merito (e non solo)*, in *Fall.*, 2019, 11, 1327).

A ogni modo, alla funzione informativa nei confronti dei creditori si aggiunge quella, particolarmente rilevante, a favore del tribunale¹⁰⁹. A prescindere dai limiti al sindacato del tribunale in punto di attuabilità, di cui si dirà profusamente nel prossimo paragrafo, appare ora fondamentale sottolineare un punto, utile anche nella disamina della disciplina del concordato, sia quella vigente sia quella del CCII. Negli accordi di ristrutturazione dei debiti manca una figura analoga a quella del commissario giudiziale, il quale, nel concordato preventivo, è chiamato a vagliare la fattibilità del piano sia ai fini della relazione di cui all'art. 172 l. fall., sia ai fini del parere da depositarsi in vista del giudizio di omologazione ai sensi dell'art. 180, comma secondo, l. fall.¹¹⁰; non va peraltro dimenticata la previsione di cui all'art. 179, comma secondo, l. fall., per cui il commissario deve anche segnalare ai creditori le circostanze sopravvenute incidenti sulla fattibilità, ai fini della modifica del voto. Ebbene, nell'ambito degli accordi i creditori e il tribunale non godono dell'utile apporto di questa figura. È dunque da capire se l'organo giurisdizionale sia comunque abilitato a nominare un consulente tecnico che possa supplire. Effettivamente, si rinvergono pronunce giurisprudenziali che hanno proceduto a siffatta nomina, soprattutto nei casi di particolare complessità, per fornire un supporto nella disamina della documentazione allegata alla domanda e dell'attestazione del professionista¹¹¹; tuttavia, non sono mancate in dottrina voci contrarie a questa prassi, sulla scorta della convinzione, a monte, che il tribunale non sia in alcun modo chiamato a conoscere direttamente della attuabilità dell'accordo, essendo questo un profilo la cui valutazione il legislatore avrebbe demandato esclusivamente ai

¹⁰⁹ PALUSCHOWSKI, *Art. 182 bis*, in *Fall.*, 2011, 1, 92.

¹¹⁰ S. AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, in F. VASSALLI - F. P. LUISO - E. GABRIELLI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, vol. IV, 264; L. PICA, *Il concordato preventivo*, in P. CELENTANO - E. FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, UTET Giuridica, 2008, 1132.

¹¹¹ Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in *Il caso.it*; Trib. Savona, 29 maggio 2015, in *Il caso.it*; in dottrina, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, CEDAM, Padova, 2009, 160-161; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2016, 6, 719 e ss.; P. VALENSISE, *Sub Art. 182-bis*, in A. NIGRO - M. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, II, Giappichelli, Torino, 2006, 1102.

creditori, informati sul punto dall'attestatore¹¹². La stessa Corte di Cassazione, con riferimento a un caso di istanza di sospensione *ex art. 182-bis*, comma sesto, l. fall., ha avuto modo di chiarire che al tribunale non sarebbe consentito, stanti le esigenze di speditezza proprie di questo istituto, andare oltre un esame della sola documentazione prodotta, sottintendendo l'impossibilità di nominare un consulente tecnico¹¹³.

Da queste ultime considerazioni emerge come, chiaramente, il ruolo del professionista, dei creditori e infine il perimetro del controllo giudiziale siano temi strettamente connessi e inscindibili. Peraltro, se è vero che la dottrina in tema di concordato preventivo ha ravvisato, all'indomani della riforma del 2005, un'accresciuta importanza del commissario giudiziale nel dialogo con i creditori in punto di fattibilità, a fronte dell'arretramento dei poteri del tribunale (come si è detto nel paragrafo precedente), è da chiedersi se non si possa ritenere che, negli accordi di ristrutturazione, stante l'assenza di una figura analoga, l'organo giurisdizionale sia chiamato a vagliare l'attuabilità. Quest'ultima considerazione, poi, troverà ulteriore sviluppo nel cap. III, par.

¹¹² S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fall.*, 2012, 10, 1137, n. 33; BONFATTI, *Pluralità di parti*, in *Fall.*, 2012, 5, 594 e ss.

¹¹³ Cass. Civ. Sez. I, 19 giugno 2018, n. 16161, in *Fall.*, 2019, 2, 180.

A rigore, dunque, l'unico caso in cui l'organo giurisdizionale è abilitato a rivolgersi a un soggetto terzo rimane l'ipotesi di cui all'art. 182-*septies*, comma quarto, l. fall. Nell'ambito degli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari, infatti, è consentito al tribunale di nominare un ausiliario per la verifica circa la conduzione in buona fede delle trattative, l'omogeneità delle posizioni creditorie e, infine, la soddisfazione, con l'accordo, in misura maggiore rispetto alle alternative praticabili. In dottrina, v'è chi ritiene che questa possibilità sia stata introdotta non essendo specificamente prevista un'apposita e ulteriore attestazione del professionista (B. CONCA, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 730; in termini dubitativi sull'apporto del professionista sul punto G. FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. Fall.*, 2015, 6, I, 572). Tuttavia, non può sottacersi che il comma quarto dell'articolo in oggetto richiede il deposito della documentazione di cui all'art. 182-*bis*, primo comma, l. fall., in essa rientrando anche l'attestazione di veridicità e attuabilità fornita dal professionista. Pertanto, altra dottrina ritiene che il ricorrere della figura dell'ausiliario, qui, non porti che a un'inutile sovrapposizione di compiti e, dunque, duplicazione di costi (M. ARATO, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti bancari vs concordato preventivo*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 738-739). Appare interessante rilevare un dato su cui si è detto nel presente capitolo, al par. 2.2.: anche nell'ambito del concordato preventivo sono state svolte considerazioni critiche da parte di chi ha ritenuto che si possa ravvisare una superflua sovrapposizione di ruoli fra il professionista attestatore e il commissario giudiziale (G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1336-1337).

2.1., poiché con l'entrata in vigore del CCII, a norma dell'art. 44, comma quarto, anche negli accordi sarà nominato il commissario, nel caso di deposito contestuale di domande di liquidazione giudiziale. Occorre, pertanto, procedere all'esame del problema che qui più rileva, ossia l'estensione del sindacato del tribunale nel giudizio di omologazione dell'accordo.

2.3.1. *L' omologazione: i poteri del tribunale*

Per quel che riguarda il vero e proprio tema del perimetro dei poteri di controllo del tribunale sull'attuabilità degli accordi di ristrutturazione, occorre preliminarmente rilevare un dato, comune peraltro alla disciplina del concordato preventivo e sottolineato anche dalla dottrina¹¹⁴. Non vi è nella l. fall. alcuna disposizione che prescriva espressamente un vaglio giudiziale sulla sussistenza dell'attuabilità, né una che lo neghi. L'art. 182-*bis*, comma quarto, l. fall., infatti, si limita a prevedere che i creditori e qualunque interessato possono proporre opposizione all'omologazione e che il tribunale, risolte le stesse, provvede all'omologazione. Non è un caso, pertanto, che qui come nel concordato preventivo vi siano stati contrasti sul punto, risolti, parrebbe, da due recenti interventi della Corte di Cassazione¹¹⁵.

Innanzitutto, occorre distinguere tra il caso in cui siano proposte opposizioni e quello in cui ciò non avvenga¹¹⁶.

¹¹⁴ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2012, 10, 1137 e ss.; G.B. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, in *Fall.*, 2010, 2, 195.

¹¹⁵ Cass. Civ. Sez. I, 19 giugno 2018, n. 16161, in *Fall.*, 2019, 2, 180; Cass. Civ. Sez. I, 8 maggio 2019, n. 12064, in *Fall.*, 2019, 11, 1327.

¹¹⁶ L'art. 182-*bis*, comma quarto, l. fall. prevede la legittimazione sia dei creditori sia di «ogni altro interessato». In dottrina si è pertanto ritenuto che tra i creditori vadano ricompresi sia quelli aderenti all'accordo, sia quelli estranei. I primi potrebbero avere interesse in considerazione (oltretutto di profili attinenti alla regolarità della procedura) della sopravvenuta conoscenza di elementi che minino l'attuabilità dell'accordo (AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 176; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, UTET Giuridica, Torino, 2010, 616). Si noti, infatti, che negli accordi manca una disposizione analoga a quella di cui all'art. 179, comma secondo, l. fall., che, nel concordato preventivo, consente ai creditori di modificare il voto già espresso qualora il commissario giudiziale rilevi mutamenti nella prospettiva di fattibilità del concordato. Anche i creditori

Può, infatti, delinarsi un primo orientamento secondo cui il tribunale dovrebbe vagliare direttamente l'attuabilità dell'accordo, ma non solo in presenza di opposizioni, bensì anche nell'assenza delle stesse. L'organo giurisdizionale, in sostanza, sarebbe chiamato a vagliare d'ufficio l'attuabilità dell'accordo, anche, se non soprattutto, con riferimento all'integrale soddisfacimento dei non aderenti¹¹⁷. Alla base di questo orientamento vi sarebbero varie motivazioni, tra cui, soprattutto, la non espressa limitazione del controllo giudiziale e l'idea per cui non sarebbe sempre agevole, per i creditori, venire a conoscenza della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese.

Tuttavia, si registra anche un altro orientamento, propenso invece a fare applicazione, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, di argomenti non dissimili da quelli fatti propri dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie in tema di concordato preventivo. Infatti, premettendo la necessità di una adeguata motivazione da parte del professionista, questo filone interpretativo ritiene che il tribunale sia chiamato a svolgere soltanto un controllo indiretto sull'attuabilità, per il tramite di una disamina della

dissenzienti, secondo parte della dottrina, potrebbero opporsi all'omologazione per motivi attinenti l'attuabilità. Ovviamente, essendo essi non soggetti all'accordo, potrebbero lamentare non tanto l'inattuabilità dello stesso con gli aderenti, stante l'evidente mancanza di interesse; semmai, potrebbero lamentare l'inidoneità dell'accordo a consentire il riequilibrio economico-finanziario del debitore e, in ultima analisi, il loro integrale pagamento, specialmente in considerazione di un ulteriore elemento: nel caso in cui la situazione sfociasse in un fallimento, gli aderenti godrebbero dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti ricevuti, diminuendo la massa attiva a soddisfacimento del fabbisogno fallimentare (AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 176; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 617). Non sarebbe pertanto giustificabile che i creditori dissenzienti non possano opporsi all'omologazione di un accordo che, benché non li vincoli, rischia comunque di pregiudicarli.

¹¹⁷ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 179-180 (ma si veda l'opinione, mutata, dello stesso A. nella n. successiva); M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza aggiornato alla l. 19 ottobre 2017*, n. 155, Zanichelli, Bologna, 2017, 456; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi*, 160-161; LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 704-705; NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 2, 195 e ss.; S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, IPSOA, Milano, 2005, 311; PRESTI, *L'art. 182 bis*, in *Fall.*, 2006, 2, 169 e ss.; G. RAGO, *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 3, 287 e ss.; VALENSISE, *Sub Art. 182-bis*, in NIGRO - SANDULLI, *La riforma*, 1102; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, 1, 2, 64; C. App. Bari, 9 ottobre 2017, in *Fall.*, 2018, 2, 257.

congruità della relazione del professionista¹¹⁸. In quest'ottica, qualunque valutazione in punto di attuabilità "economica" sarebbe demandata esclusivamente ai creditori, rimanendo all'organo giurisdizionale soltanto i controlli circa la regolarità della procedura, la completezza e logicità dell'attestazione e, infine, la non manifesta inattuabilità dell'accordo¹¹⁹. In questa presa di posizione riecheggia, pedissequamente, la fondamentale decisione della Cassazione a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521, che in questi termini aveva deciso circa il vaglio del tribunale nel concordato preventivo (la sentenza sarà analizzata nel cap. II, par. 2.)¹²⁰.

Effettivamente, non può non evidenziarsi come quest'ultimo orientamento sembrerebbe aver trovato avallo in alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione, l'una concernente l'ambito del controllo giudiziale in caso di "pre-accordo", l'altra, invece, nell'accordo ordinario.

Con la sentenza del 19 giugno 2018, n. 16161 (emessa, a conferma dell'importanza del tema in oggetto, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., come peraltro la decisione a Sezioni Unite del 2013 nell'ambito del concordato preventivo), la Corte di Cassazione ha statuito in tema di poteri di indagine del tribunale in punto di attuabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con riferimento alla fase, eventuale, del "pre-accordo". Tuttavia, occorre premettere che dal tenore della sentenza non è agevole ricavare un preciso orientamento della Corte. Infatti, la dottrina ha ravvisato una presa di posizione nel senso di un vaglio giudiziale *diretto* sull'attuabilità dell'accordo¹²¹; tuttavia, la stessa Corte avrebbe richiamato, in continuità e

¹¹⁸ AMBROSINI, *Gli accordi*, in *Fall.*, 2012, 10, 1137 e ss.; BONFATTI, *Pluralità di parti*, in *Fall.*, 2012, 5, 594 e ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015, 769; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 2, 187 (2, 2); Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Corr. Merito*, 2010, 3, 263; Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2011, 1, 92, con nota concorde di PALUCHOWSKI, *Art. 182 bis*; Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. Fall.*, 2011, 3-4, 2, 352; Trib. Asti, decr., 25 giugno 2014, in *Fall.*, 2014, 11, 1237; Trib. Udine, decr., 15 ottobre 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2015.

¹¹⁹ C. App. Torino, 3 agosto 2015, in *Fall.*, 2016, 4, 491; TRENTINI, *Gli accordi*, in *Fall.*, 2016, 6, 769 e ss..

¹²⁰ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 149.

¹²¹ F. CASA, *La Corte di Cassazione ordina e ri-struttura l'art. 182 bis l.fall.*, in *Fall.*, 2019, 2, 180.

non in disaccordo, questa stessa decisione nella di poco successiva sentenza 8 maggio 2019, n. 12064, chiaramente orientata, al contrario, verso un sindacato di legittimità sostanziale, al pari di quello richiesto nell'ambito del concordato preventivo.

Effettivamente, nella decisione di cui trattasi la Corte, escludendo che il controllo tribunale sia esclusivamente formale, afferma la necessità di un vaglio basato sulla «completezza» della documentazione depositata dal debitore e sulla dichiarazione del professionista¹²². Tuttavia, viene aggiunto che la dichiarazione del professionista è funzionale «a consentire al tribunale di controllare [...] l'attuabilità della proposta di accordo»¹²³. In sostanza, la difficoltà di lettura della sentenza deriverebbe dall'aver la Corte dapprima richiamato un controllo sulla completezza della documentazione, salvo poi discorrere di un sindacato propriamente sull'attuabilità della proposta e non sulla congruità della dichiarazione del professionista circa l'idoneità al pagamento integrale dei non aderenti. Nel rinvio alla «completezza» della documentazione sembrerebbero potersi intravedere gli argomenti già svolti dalla stessa Corte, nell'ambito del concordato preventivo, per precisare come il controllo del tribunale sia ivi limitato alla verifica della congruità motivazionale dell'attestazione, essendo demandata ai creditori ogni valutazione sui profili economici¹²⁴. Al contrario, sembrerebbe per vero prevalente in questa decisione la parte in cui si afferma un controllo giudiziale *diretto* sull'attuabilità; effettivamente, come sopra anticipato, questa è stata la lettura offertane in dottrina¹²⁵.

Purtuttavia, non può ritenersi questa la soluzione corretta, stante la necessità di una lettura coordinata con la successiva sentenza, della stessa Sezione, 8 maggio 2019, n. 12064¹²⁶. Infatti, come sopra accennato, in quest'ultima si richiama espressamente, a conforto, la precedente pronuncia del 2018.

¹²² Cass. Civ. Sez. I, 19 giugno 2018, n. 16161, in *Fall.*, 2019, 2, 180.

¹²³ ID., *ibidem*.

¹²⁴ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151 e 153.

¹²⁵ CASA, *La Corte di Cassazione*, in *Fall.*, 2019, 2, 180 e ss.

¹²⁶ Cass. Civ. Sez. I, 8 maggio 2019, n. 12064, in *Fall.*, 2019, 11, 1327.

Secondo l'ultima presa di posizione della Corte, anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti andrebbero applicati i principi affermati in tema di concordato preventivo¹²⁷. Di questi si dirà profusamente nel cap. II; ora è sufficiente precisare che, stante questa trasposizione, il tribunale è chiamato a sincerarsi che gli atti inclusi nel piano non contrastino con norme dell'ordinamento, che la relazione del professionista sia comprensibile e adeguatamente motivata e che, infine, non ricorra, nonostante l'attestazione, un'ipotesi di manifesta inattuabilità del piano dal punto di vista economico, soprattutto con riferimento al pagamento integrale dei creditori non aderenti¹²⁸.

Non sembra, peraltro, inutile soffermare l'analisi sul profilo relativo alla natura dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, se non altro perché, da un lato, è proprio sulla base di questo punto che la Corte svolge l'equiparazione al concordato, dall'altro perché anche le Sezioni Unite nel 2013 hanno svolto considerazioni relative alla natura del concordato come presupposto per la delimitazione dei poteri del tribunale. Nella sentenza 8 maggio 2019, n. 12064, la Corte afferma infatti¹²⁹:

l'accordo di ristrutturazione partecipa della comune natura di procedura concorsuale propria del concordato preventivo [...]. E in coerenza con quanto questa Corte ha già affermato a proposito dell'analogo tema dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla fattibilità del piano concordatario [...], deve essere affermato il principio secondo cui nell'accordo di ristrutturazione il giudice, nella sede dell'omologa, non è limitato dalla sola verifica di regolarità formale [...], ma è tenuto a verificare tutti gli aspetti di legalità sostanziale.

Non può non evidenziarsi come, in realtà, l'argomentazione della Corte sia lapidaria: stante la comune natura di procedura concorsuale (e, potrebbe aggiungersi, il dato normativo silente sul punto), le soluzioni adottate nel concordato preventivo devono ritenersi applicabili anche negli accordi. La collocazione degli accordi nel novero delle procedure concorsuali è un *acquis* recente, emerso a partire dalla sentenza della stessa Corte 18 gennaio 2018,

¹²⁷ ID., *ibidem*.

¹²⁸ TRENTINI, "Saturno contro", in *Fall.*, 2019, 11, 1327 e ss..

¹²⁹ Cass. Civ. Sez. I, 8 maggio 2019, n. 12064, in *Fall.*, 2019, 11, 1327.

n. 1182¹³⁰. Sarebbe divagazione non pertinente l'analisi completa del dibattito precedente e successivo all'ultima decisione citata. Qui appare sufficiente ricordare come, da un lato, l'orientamento della Corte sia contrario alla dottrina e giurisprudenza precedentemente prevalenti¹³¹; e, dall'altro, sia risultato funzionale all'applicazione di norme proprie del concordato (o comunque applicabili allo stesso) anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Infatti, la Corte ha recentemente ritenuto applicabili agli accordi: le norme in tema di prededucibilità, nel fallimento, dei crediti per le prestazioni sorte in occasione o funzione di una procedura concorsuale¹³²; l'art. 162, comma primo, l. fall., nella parte in cui prevede la possibilità di concedere al debitore di un termine a integrazione della domanda¹³³; infine, come detto, le considerazioni relative all'ambito del sindacato giudiziale in punto di fattibilità. In sostanza, sembrerebbe identificabile un orientamento della Corte di Cassazione volto a sottolineare la natura procedurale degli accordi, quale argomento adeguato e sufficiente per estendere agli stessi, nel silenzio delle norme, parte della disciplina del concordato preventivo; di conseguenza, l'applicazione del medesimo metro di giudizio in punto di fattibilità sarebbe, nella prospettiva della Corte, un ovvio corollario della recente statuizione sulla natura degli accordi (e, in quest'ottica, sembrerebbe spiegarsi il perché della motivazione alquanto scarna sopracitata).

Eppure, v'è da chiedersi se sia veramente congrua la scelta di escludere un sindacato giudiziale sui profili economici dell'accordo. Come si avrà modo di precisare nel cap. II, al par. 2.4., le Sezioni Unite, in tema di concordato, hanno ritenuto che siano demandate ai soli creditori le valutazioni

¹³⁰ Cass. Civ. Sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Fall.*, 2018, 3, 285.

¹³¹ AMBROSINI, *Gli accordi*, in *Fall.*, 2012, 10, 1137; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2011, 757; M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2018, 3, 285 e ss.; LUCHETTI, *Gli accordi*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 681; C. App. Firenze, 7 aprile 2016, in *Il caso.it*; C. App. Napoli, 1 dicembre 2014, in *Unijuris.it*; Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Il caso.it*.

¹³² Cass. Civ. Sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Fall.*, 2018, 3, 285; Cass. Civ. Sez. I, 21 giugno 2018, n. 16347, in *Il caso.it*.

¹³³ Cass. Civ. Sez. I, 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fall.*, 2018, 8-9, 984 e ss.

economiche sul piano¹³⁴. Se la soluzione può apparire felice in quella procedura, stante la necessità di una valorizzazione anche dei profili privatistici del concordato, nondimeno bisogna anche ricordare che in esso gioca un ruolo fondamentale, nel controllo circa la fattibilità “economica” del piano, anche il commissario giudiziale. Questi, come già accennato, è chiamato a relazionare sul punto sia prima del voto sia in occasione del giudizio di omologazione (artt. 172 e 180, comma secondo, l. fall.)¹³⁵; inoltre, deve anche comunicare, dopo la votazione, l’emersione di eventi sopravvenuti che mutano la prognosi di fattibilità (art. 179, comma secondo, l. fall.), così che i creditori possano modificare il voto già espresso. È ben vero che con riferimento ai creditori aderenti il problema risulta attenuato, dal momento che questi indubabilmente ritengono sussistente l’attuabilità; purtuttavia, non deve dimenticarsi come quella dottrina che riteneva sindacabile perfino d’ufficio l’attuabilità dell’accordo giungeva a tale conclusione sulla base della seguente considerazione¹³⁶:

A differenza di quanto avviene nel concordato preventivo in cui tutti i creditori sono interpellati [...], nel procedimento in discorso i creditori non aderenti restano totalmente estranei alla procedura e la loro tutela non può essere affidata unicamente all’opposizione, ponendoli in una posizione sostanziale peggiore rispetto agli altri creditori che hanno almeno la prospettiva di un beneficio in caso di esito negativo del piano.

In quest’ottica, l’insufficienza di un controllo giudiziale sulla fattibilità attivato soltanto in presenza di opposizioni sarebbe basata sul minor grado di partecipazione dei creditori non aderenti rispetto ai creditori dissenzienti di un concordato preventivo, che possono, da un lato, esprimere le loro perplessità in punto di fattibilità in adunanza e, dall’altro, contare sulla persistente vigilanza del commissario giudiziale.

A ogni modo, occorre prendere atto che il CCII, come si dirà nell’ultimo capitolo, estende il controllo giudiziale pacificamente anche alla fattibilità

¹³⁴ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall*, 2013, 2, 151.

¹³⁵ AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare*, 264; PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO (ed.), *Fallimento e concordati*, 1132.

¹³⁶ ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 617.

economica del piano di concordato. Pertanto, in quella sede si esaminerà lo stesso profilo anche negli accordi, per comprendere se la soluzione, nell'apparente silenzio normativo sul punto, sia estendibile anche a essi.

Ora invece, avendo accennato al problema negli accordi di ristrutturazione e avendo evidenziato la maggior differenza nel flusso informativo rispetto al concordato, può procedersi all'esame del problema in quest'ultima procedura. L'assenza, negli accordi, di una figura di controllo analoga a quella del commissario giudiziale è un elemento da osservare "in controluce" nell'esame della disciplina del concordato, al fine di meglio comprendere la soluzione adottata dalle Sezioni Unite nel 2013, a fronte delle divergenze dottrinali e giurisprudenziali in punto di fattibilità.

2.4. Tre filoni interpretativi all'indomani della riforma degli anni 2005-2007

La riforma a più riprese intercorsa tra il 2005 e il 2007 non ha determinato una situazione di certezza normativa, come testimonia il divaricarsi delle opinioni tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. Gli orientamenti delineatisi sembra possano ridursi a tre famiglie: da un lato, si è affermata, soprattutto nella giurisprudenza di merito, la tesi per cui il tribunale manteneva un controllo sostanziale, esteso alla fattibilità del piano, già in sede di ammissibilità; dall'altro, l'interpretazione diametralmente opposta, per cui all'organo giurisdizionale rimaneva soltanto un controllo formale e di regolarità documentale; intermedia era la tesi di chi prospettava un controllo di "legittimità sostanziale".

È necessario precisare sin d'ora, ma se ne renderà conto nei paragrafi seguenti, che talora gli orientamenti hanno differenziato le soluzioni a seconda che si discorra della fase di ammissione o di quella di omologazione e, all'interno di questa, se vi siano o meno opposizioni. Tale distinzione comunque, è bene anticipare, non sarebbe stata fatta propria dalla Corte di Cassazione nella già citata sentenza a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521:

in questa decisione, infatti, la Corte avrebbe sì evidenziato la sussistenza di tre distinti momenti di controllo da parte del tribunale, tuttavia avrebbe propeso per «l'utilizzabilità di un medesimo parametro valutativo» sia in sede di ammissione sia in sede di eventuale revoca e di omologazione¹³⁷.

2.4.1. *La tesi del controllo sostanziale*

Una delle tesi affacciate all'indomani del primo intervento di riforma era quella per cui il tribunale avrebbe conservato un penetrante ruolo di controllo esteso finanche alla fattibilità, in fase di ammissione e di omologazione.

Questa impostazione prendeva le mosse da un qual certo scetticismo nei confronti della figura del professionista attestatore. Se da un lato non si metteva in discussione l'idoneità della certificazione di veridicità dei dati aziendali, dall'altro era proprio la prognosi in punto di fattibilità a destare le maggiori perplessità¹³⁸. La dottrina in parola riteneva, in sostanza, che difficilmente la natura congetturale della valutazione del professionista potesse ritenersi sufficiente a sostituire il giudizio dell'organo giurisdizionale. La tesi veniva rafforzata da ulteriori osservazioni: non era possibile ravvisare, soprattutto nel 2005, un'idonea responsabilizzazione del professionista, circostanza che rendeva incerto il «sistema dei contrappesi che esso è destinato a bilanciare»¹³⁹. Introdotta insomma una nuova figura, destinata a contribuire alla piattaforma istruttoria della procedura quale «garante della fede pubblica», il fatto che non potesse ravvisarsi un adeguato bilanciamento alla nomina da parte del debitore, o quantomeno una specifica normativa in tema di responsabilità, rendeva incerta, in quest'ottica, l'effettività della predetta sostituzione. In aggiunta, la dottrina di cui trattasi non mancava di accennare a un «persistente, notorio imbarazzo» della prassi, consistente nel

¹³⁷ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 154.

¹³⁸ M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 591.

¹³⁹ ID., *ibidem*.

fatto che, anche prima della riforma, con difficoltà i consulenti dell'imprenditore riuscivano a fornire supporto in punto di prognosi di realizzabilità degli impegni concordatari¹⁴⁰.

Data questa sfiducia nell'apporto del professionista, ben si comprende come mai si sostenesse che il tribunale fosse ancora investito del compito di vagliare, già in fase di ammissibilità, la fattibilità del piano. Quanto alla fase di omologazione, la dottrina in commento, nell'ottica di una tutela giurisdizionale della posizione di un creditore opponente, apriva alla possibilità del controllo di fattibilità anche in quest'ultima fase¹⁴¹. Effettivamente, una volta ammesso tale vaglio in sede di ammissibilità, non vi sarebbe stato motivo di escluderlo a conclusione della procedura, peraltro considerando che in quest'ultimo momento risulta a disposizione la relazione del commissario *ex art. 172 l. fall.* e il suo motivato parere di cui all'*art. 180 l. fall.* È opportuno sottolineare come la dottrina in commento abbia ritenuto che non sia stato pienamente raggiunto l'intento di "privatizzare" il concordato preventivo, in virtù proprio dell'introduzione di una figura professionale volta a sostituire i compiti del tribunale ma non in grado di farlo efficacemente¹⁴². Questa considerazione dà riprova dell'importanza che riveste, nella disamina delle questioni di cui al presente elaborato, la preliminare impostazione di fondo che si ritenga di attribuire alla procedura, sulla scorta chiaramente del dato normativo.

L'impostazione in parola ha registrato largo consenso anche, se non soprattutto, nella giurisprudenza di merito¹⁴³.

In una delle prime decisioni, peraltro su di un concordato presentato prima della entrata in vigore della riforma e pertanto con la necessità di parametrarsi con il diritto transitorio, il controllo in punto di merito della proposta e di

¹⁴⁰ FERRO, *I nuovi strumenti*, in *Fall.*, 2005, 5, 591.

¹⁴¹ *ID.*, *ivi*, 592.

¹⁴² *ID.*, *ivi*, 590.

¹⁴³ Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Dir. Fall.*, 2005, 11, 1297; Trib. Roma, 30 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 1, 98; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, *decr.*, in *Fall.*, 2006, 2, 222; Trib. Bari, 11 novembre 2005, *decr.*, *ibidem*.

fattibilità del piano era stato, per l'appunto, riconosciuto in capo al tribunale in sede di ammissione e di omologazione, in base a vari argomenti¹⁴⁴. È da osservare che la pronuncia di cui trattasi si fondava sull'art. 163 l. fall. allora in vigore, che prescriveva solo un controllo circa la completezza e regolarità della procedura, nonché sull'art. 180 l. fall., il cui comma quinto recitava ai tempi: «Il tribunale, se la maggioranza di cui al primo comma dell'articolo 177 è raggiunta, approva il concordato con decreto motivato». Nonostante la formulazione così lapidaria, che sembrava non attribuire particolari indagini al tribunale, si era giunti comunque ad affermare il penetrante controllo sulla fattibilità, attirando così le critiche di parte della dottrina¹⁴⁵. In aggiunta, in detta presa di posizione si valorizzava l'art. 180, comma quarto, l. fall., che prevedeva in capo al tribunale un potere istruttorio da attivarsi anche d'ufficio per l'acquisizione di ogni informazione e prova ritenute necessarie. Tuttavia, come ha puntualizzato la dottrina a commento, non può ricavarsi il *thema decidendum* sulla base delle norme attributive dei poteri istruttori¹⁴⁶. Se senz'altro tale disposizione può concorrere a disegnare le linee generali di intervento dell'organo giurisdizionale, il recinto dei fatti da provarsi resta comunque delineato dalle norme indicanti l'oggetto del giudizio. Sia consentito brevemente riportare però un'impostazione dottrinale, secondo cui il dettato normativo dell'art. 180 l. fall. risultava, all'indomani della riforma, «oscuro e contraddittorio», proprio in ragione del fatto che all'istruzione anche d'ufficio si contrapponeva un sindacato, apparentemente, limitato al raggiungimento delle maggioranze¹⁴⁷. In aggiunta, a sostegno delle argomentazioni di questa giurisprudenza in punto di giudizio di omologazione, occorre ricordare una dottrina che vedeva, nella formulazione dell'art. 180, comma quinto, l. fall. (sopra riportato) una norma eccessivamente restrittiva e inspiegabile. Infatti, in quest'ottica, sarebbe stato del tutto inutile prevedere una fase di giudizio soltanto per il computo delle

¹⁴⁴ Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 7, 793, con nota critica di G. BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*

¹⁴⁵ BOZZA, *L'organo deputato alla verifica*, in *Fall.*, 2005, 7, 804.

¹⁴⁶ ID., *ibidem*.

¹⁴⁷ GENOVIVA, *I limiti del sindacato*, in *Fall.*, 2008, 6, 690.

maggioranze, «operazione alquanto semplice» e il cui risultato «si conosce subito».¹⁴⁸ Nella sostanza, si riteneva che un'udienza, specie in caso di assenza di opposizioni, sarebbe stata del tutto ingiustificata e sproporzionata per eccesso rispetto alla mera necessità di calcolare le maggioranze di approvazione. Da questo argomento si ricavava (non senza la valorizzazione anche dei poteri istruttori officiosi assegnati al tribunale), *a contrario*, che il sindacato dell'organo giurisdizionale doveva estendersi anche al merito.

In aggiunta, sembrerebbe doveroso notare che nell'ultima decisione citata si sia valorizzato l'elemento dell'attestatore, a riprova del fatto che, nell'accostarsi alla diatriba circa i poteri del tribunale, non può non valorizzarsi uno sguardo laterale al professionista di cui all'art. 161, comma terzo, l. fall. Nel caso di specie, per vero, essendo stata la domanda di concordato presentata prima dell'entrata in vigore della riforma, il debitore non aveva nominato alcun esperto per l'attestazione. Tuttavia, il tribunale aveva ritenuto necessario nominare un consulente tecnico d'ufficio ai sensi dell'art. 68 c.p.c. affinché svolgesse quel compito e non invece sollecitare una designazione da parte del debitore. Ebbene, proprio tale opzione concorrerebbe a delineare in generale le caratteristiche di un orientamento, quello del controllo sostanziale, che vedeva come ancora preponderanti i poteri dell'organo giurisdizionale.

Appare utile ricordare un'altra decisione di merito nell'ambito di questo filone interpretativo¹⁴⁹. La pronuncia, emessa nell'agosto del 2005, aveva fondato l'estensione del controllo tribunale alla fattibilità del piano chiamando a sostegno della propria tesi la mancata abrogazione dell'art. 162 l. fall. Si argomentava infatti che sarebbe stato assurdo concedere l'ammissione sulla base del deposito di una relazione che attesti una fattibilità in realtà non esistente. Nel caso di specie, il tribunale aveva ritenuto

¹⁴⁸ RAGO, *Primi problemi applicativi*, in *Fall.*, 2006, 3, 293.

¹⁴⁹ Trib. La Spezia, 4 agosto 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 3, 663.

comprovata l'impossibilità di ottenere finanza da un soggetto terzo, come indicato nel piano¹⁵⁰.

Effettivamente non parrebbe peregrino affermare che sarebbe del tutto illogico aprire il concordato a seguito del deposito di una relazione purchessia, specie là ove, come nel caso concreto, l'infattibilità risulti manifesta sin da subito. Non a caso, la stessa Corte di Cassazione nella sentenza a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521, pur escludendo in generale il sindacato del tribunale circa la fattibilità economica, lo avrebbe consentito nel particolare caso in cui apparisse incontestabilmente che di fattibilità non ve ne fosse traccia alcuna¹⁵¹.

Di spiccato interesse è anche un'altra presa di posizione giurisprudenziale in questo filone, dal momento che tra i vari argomenti ne addusse uno non ancora analizzato¹⁵². Giova premettere che l'allora novellato art. 160, comma primo, lett. c), l. fall. consentiva, innovando, di predisporre la proposta e il piano sulla base di una suddivisione in classi dei creditori secondo interessi economici e posizione giuridica omogenei. Il tribunale veniva in tal caso

¹⁵⁰ Tuttavia, sembrerebbe che il tribunale abbia fatto leva su un dato normativo non del tutto pertinente, perché l'art. 162 l. fall. nel 2005 richiedeva all'organo giurisdizionale un vaglio di rispondenza alle condizioni del solo art. 160 l. fall. e non anche all'art. successivo. In quest'ultimo, infatti, si trovava e si trova tutt'ora l'indicazione relativa all'attestazione del professionista. Non va sottaciuto peraltro che una dottrina aveva ritenuto implicitamente abrogato l'art. 162, primo comma, l. fall., proprio nella parte in cui richiamava l'art. 160 l. fall., dal momento che in questo non potevano più ravvisarsi le "condizioni" menzionate da quello (così P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione: nelle procedure concorsuali pendenti e nelle procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore della riforma competitività*, CEDAM, Padova, 2006, 207) Secondo questa dottrina, comunque inserita all'interno del filone che propendeva per il controllo sostanziale, il fondamento normativo del vaglio tribunale circa la veridicità e la fattibilità era da ravvisarsi nell'art. 163, comma primo, l. fall., nella parte in cui prescriveva: «Il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo» (CENSONI, *ivi*, 206). Ebbene, proprio quella "regolarità" andava intesa nel senso che il tribunale fosse chiamato, con argomentazione non troppo dissimile da quella del Tribunale di La Spezia (n. 149), a verificare che *effettivamente* vi fossero veridicità e fattibilità, non bastando invece la mera constatazione dell'avvenuto deposito di una relazione che affermi sussistenti quei due elementi. In aggiunta, l'orientamento in parola rafforzava i propri argomenti alludendo anche alla nomina del professionista da parte del debitore e non del tribunale.

¹⁵¹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 152.

¹⁵² Trib. Roma, decr., 30 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 1, 98.

investito del dovere di vagliare la correttezza nella formazione di suddette classi, ai sensi dell'art. 163, comma primo, l. fall. Orbene, tale vaglio veniva ricondotto, dal decreto in parola, a un "controllo di merito" e sotto la stessa denominazione veniva incluso anche il sindacato sulla fattibilità (pur escludendovi la convenienza della proposta, pacificamente riconosciuta come non più spettante all'organo giurisdizionale). Detto ciò, il tribunale in parola ritenne che tale incisivo controllo dovesse esercitarsi sempre, in qualsiasi tipo di concordato, anche senza classificazione, altrimenti si sarebbe creata una disparità di trattamento ingiustificata (*ex art. 3 Cost.*) fra creditori di concordati con classi e creditori di concordati senza classi; detta disparità risultava insostenibile perché dovuta alla mera scelta arbitraria del debitore di suddividere in classi o meno i suoi creditori. In conclusione, il sempre persistente sindacato di merito così delineato avrebbe dovuto recare con sé, in quest'ottica, anche il vaglio circa la fattibilità.

Altro argomento addotto dal decreto in oggetto fu quello della riconferma, da parte della riforma, dell'art. 173 l. fall.¹⁵³. In sostanza, individuandosi nella fattibilità del piano una condizione di ammissibilità della domanda di concordato, risultava coerente ricollegare la sua mancanza alle conseguenze di cui al sopracitato articolo (ossia, come già detto, la revoca dell'ammissione e l'eventuale conversione della procedura in fallimento).

V'è poi un'altra pronuncia di merito di cui pare opportuno discorrere, se non altro nella parte in cui adduce un'argomentazione innovativa¹⁵⁴. Si evidenzia infatti, nel decreto in commento, una particolare valorizzazione del ruolo del commissario giudiziale. Sulla base dell'assunto per cui il parere motivato andava (e va tutt'ora) depositato nel termine utile alla costituzione nel giudizio di omologazione, si argomentava che allora detto parere non potesse essere rivolto ai creditori, quanto invece al tribunale, il quale, per l'appunto, in sede di omologazione avrebbe dovuto vagliare la sussistenza della fattibilità. Non può non sottolinearsi un particolare interessante: questo

¹⁵³ Trib. Roma, decr., 30 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 1, 98.

¹⁵⁴ Trib. Bari, decr., 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 1, 54.

orientamento giurisprudenziale partiva da un presupposto (la valorizzazione della figura del commissario giudiziale) condiviso anche da una dottrina già citata¹⁵⁵; tuttavia, le conclusioni sono state nettamente diverse, il tribunale ritenendo che il parere commissariale fosse servente alle valutazioni dell'organo giurisdizionale, la dottrina concludendo invece che detto parere fosse espresso nell'interesse informativo dei creditori.

2.4.2. (Segue). *La tesi del controllo sostanziale dopo il decreto correttivo*

È da rimarcare che l'orientamento che attribuiva al tribunale un sindacato di tipo sostanziale non cessò di riscuotere in parte consensi anche all'indomani del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

V'era infatti in dottrina chi riteneva che il tribunale conservasse quel penetrante sindacato tanto in sede di ammissione, quanto, e a maggior ragione, in sede di omologazione¹⁵⁶. Detta dottrina non negava affatto l'impronta "privatistica" che il legislatore aveva inteso dare al concordato, ma riteneva che questo intendimento non trovasse in realtà conforto nell'intero articolato, potendosi al contrario ravvisare, in talune norme, un ruolo ancora preponderante del tribunale.

Tra queste norme si annoveravano gli allora riformulati artt. 162 e 163 l. fall¹⁵⁷. In particolare, quest'ultimo cessava di prescrivere il controllo di completezza e regolarità della procedura, ma imponeva l'ammissione qualora non si fosse provveduto ai sensi dell'art. 162, l. fall., il quale, dal canto suo, estendeva il già presente richiamo al rispetto dell'art. 160 l. fall. anche all'art. 161 l. fall. Ebbene, proprio come "presupposto" di cui a quest'ultimo articolo si annoverava, secondo questa impostazione, la veridicità e la fattibilità del piano. Non si riteneva, insomma, che tra i presupposti dell'art. 161 l. fall.

¹⁵⁵ PICA, *Il concordato preventivo*, 1132.

¹⁵⁶ L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fall.*, 2008, 3, 253 e ss.

¹⁵⁷ GENOVIVA, *I limiti del sindacato*, in *Fall.*, 2008, 6, 690.

dovesse ricomprendersi l'*attestazione*, quanto piuttosto l'effettiva sussistenza di veridicità e fattibilità.

Riprendendo il filo del discorso relativamente alla dottrina poco sopra citata, essa, come detto, riteneva che anche in sede di omologazione il tribunale godesse del vaglio sostanziale. La conclusione, oltre che dall'argomento *a fortiori*, era basata sull'art. 173 l. fall., che consentiva (e consente ancor oggi) il controllo sui requisiti di ammissibilità per tutto il corso della procedura.

Non si mancava peraltro di rimarcare un profilo di evidentissima rilevanza. Il fatto che nel concordato si giunga, per il voto della maggioranza, a vincolare anche i dissenzienti (*ex art. 184 l. fall.*) vuole chiaramente una idonea giustificazione, pena la lesione del diritto alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Ebbene, proprio la pervasività dei controlli che il tribunale era chiamato a operare nel regime della originaria l. fall. consentiva di ritenere giustificabile il pregiudizio patito dai creditori dissenzienti¹⁵⁸. La dottrina in parola però, pur inserendosi nel filone del controllo sostanziale, non poteva non ammettere una generale limitazione dei poteri dell'organo giurisdizionale (non fosse altro che per il profilo della convenienza e della meritevolezza)¹⁵⁹, tanto da giungere a sollevare, sembrerebbe, dubbi di costituzionalità¹⁶⁰.

A queste considerazioni si univa anche altra dottrina¹⁶¹, che non mancava di sottolineare un aspetto ulteriore (per vero avversato dalla dottrina contraria¹⁶², come si avrà modo di illustrare), forte del conforto della giurisprudenza di merito¹⁶³. In particolare, sulla scorta dell'introduzione del termine a integrazione della domanda, concedibile dal tribunale al debitore ai sensi del riformulato art. 162, comma primo, l. fall., si argomentava che l'organo giurisdizionale non avrebbe potuto attivare questo potere se non in ragione di una mancata condivisione delle valutazioni dell'attestatore. Non si vedeva,

¹⁵⁸ ABETE, *Il ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2008, 3, 255.

¹⁵⁹ ID., *ibidem.*

¹⁶⁰ ID., *ibidem.*

¹⁶¹ GENOVIVA, *I limiti del controllo*, in *Fall.*, 2008, 6, 692.

¹⁶² PICA, *Il concordato preventivo*, 1120.

¹⁶³ Trib. Bari, decr., 25 febbraio 2008, in *Fall.* 2008, 688; Trib. Roma, decr., 24 aprile 2008, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 573.

insomma, come fosse possibile richiedere integrazioni al piano in un'ottica puramente formale e non sostanziale. Sia consentito di aggiungere che, forse non a caso, la citata dottrina riconosceva il ruolo di garante della fedeltà pubblica soltanto al commissario giudiziale, non al professionista, stante la nomina da parte del tribunale in occasione dell'ammissione alla procedura (al pari dei consulenti tecnici d'ufficio *ex art. 68 c.p.c.*)¹⁶⁴. In sostanza, la designazione da parte dell'organo giurisdizionale, unitamente alla qualifica di pubblico ufficiale (in virtù dell'art. 165, comma primo, l. fall.), consentiva davvero la terzietà della sua relazione e del suo parere, quali vero presidio, assieme al tribunale, per il corretto formarsi del consenso dei creditori. Si è detto “non a caso” perché sembrerebbero davvero inscindibili, secondo quest'ottica, da un lato la sfiducia nei confronti della figura dell'attestatore, dall'altro la preponderanza del ruolo degli organi pubblici. Tuttavia, occorre sottolineare sin d'ora che il terzo orientamento, quello di “legittimità sostanziale”, sembrerebbe in grado di conciliare il notevole ruolo dell'attore privato con un margine più ristretto, ma comunque serio, di intervento del tribunale.

Appare più che opportuno infine rammentare un intervento dottrinale che, a sostegno di questo filone interpretativo, adduceva considerazioni di ordine costituzionale, comunque già intraviste negli apporti sopra esposti. V'è stato infatti chi, partendo dalla già vista considerazione che l'art. 162 l. fall. richiamava l'intero art. 161 l. fall., comprendendo dunque nei requisiti di ammissibilità la proposta «così come *attestata*»¹⁶⁵, attribuiva il sindacato sulla fattibilità al tribunale, vedendo in esso un'esplicazione dell'art. 41, comma terzo, Cost. In particolare, essendo il piano di concordato espressione della libera iniziativa economica costituzionalmente tutelata, essa dovrebbe, ovviamente, non contrastare l'utilità sociale, ai sensi del comma secondo. Ebbene, proprio il sindacato tribunale in ordine alla fattibilità

¹⁶⁴ GENOVIVA, *I limiti del controllo*, in *Fall.*, 2008, 6, 691.

¹⁶⁵ A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 11, 1271.

realizzerebbe, in quest'ottica, uno di quei "controlli opportuni" approntati dall'ordinamento a tutela dei fini sociali¹⁶⁶.

In aggiunta, da ciò si deduceva che l'attestatore si collocava, sistematicamente, non in posizione di terzietà, bensì come professionista di parte. Peraltro, a controbilanciare ciò non sarebbe nemmeno valsa l'opera del commissario giudiziale, sulla scorta del rilievo che, se questi è chiamato a vigilare sulla persistenza dei presupposti di ammissibilità, allora significa che, a monte, il tribunale abbia già ammesso la domanda ritenendo sussistenti detti presupposti¹⁶⁷.

2.4.3. *La tesi del controllo formale*

Agli antipodi delle considerazioni appena esposte si collocava, all'indomani della riforma del 2005, la tesi di chi, in dottrina più che in giurisprudenza, sosteneva che il tribunale operasse un controllo meramente formale. Giova premettere che questo filone interpretativo pare abbia goduto di consensi soltanto nella primissima vigenza della riforma del 2005, salvo poi lasciare il campo alle altre due tesi. Causa di ciò sembrerebbe essere il fatto che l'impostazione in parola poggiava soprattutto su un dato normativo, quello degli artt. 160, 161, 162 e 163 l. fall., che sarebbe poi stato modificato con gli interventi del 2006 e del 2007. Per questo motivo, se ne tratterà molto brevemente, al fine precipuo di arricchire le basi su cui innestare un'interpretazione delle norme che verranno con il CCII.

Un argomento a sostegno di questa impostazione faceva leva su un difetto di coordinamento nella redazione della riforma del 2005. Si prendeva atto del fatto che l'art. 162 l. fall. non era stato adattato al nuovo contenuto dell'art. 160 l. fall.; la circostanza avrebbe fatto propendere per l'abrogazione

¹⁶⁶ AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia*, in *Fall.*, 2007, 11, 1271.

¹⁶⁷ ID., *ibidem*.

implicita della disposizione¹⁶⁸. In aggiunta, si rilevava come, apparentemente, gli unici requisiti da prendere in considerazione per l'ammissione fossero quelli di cui all'allora riformato art. 163 l. fall. (cioè, come noto, la completezza e regolarità della documentazione). Stando così le cose, la dottrina in parola, già critica nei confronti di quella giurisprudenza di merito che aveva affermato il controllo di tipo sostanziale¹⁶⁹, propendeva per riservare al tribunale un solo controllo formale¹⁷⁰. In sostanza, abrogato implicitamente il controllo di merito che andava operato sotto la vigenza della legge originaria, prescritta la necessaria sussistenza dell'attestatore e previsti un controllo come delineato dall'art. 163 l. fall., non si riteneva, come invece la dottrina contraria¹⁷¹, di leggere in quella "regolarità della documentazione" un termine ricomprensivo anche la sostanza della attestazione e non solo la sua formale presenza.

Altra dottrina, invece, pur sollevando criticità relative al mancato raccordo dell'art. 162 l. fall. con la nuova disciplina, aderiva alla tesi secondo cui, non ravvisandosi altre norme in tema di inammissibilità, doveva ritenersi applicabile detto articolo anche alla legge come riformata nel 2005¹⁷². Detto ciò, ravvisava la forte limitazione dei poteri del tribunale in fase di ammissione e riteneva, in sostanza, che il controllo fosse soltanto di tipo formale, volto alla verifica del deposito della documentazione prescritta dall'art. 161 l. fall¹⁷³. La dottrina in parola intendeva rendere plasticamente il senso della forte erosione dei poteri del tribunale affermando:

¹⁶⁸ G. BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, 10, 1213.

¹⁶⁹ Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 7, 793.

¹⁷⁰ M. SANDULLI, *Sub art. 162, L'inammissibilità della domanda*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (ed.), *La riforma della legge fallimentare*, II, Giappichelli, Torino, 2006, 996.

¹⁷¹ CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI - CENSONI, *La riforma della disciplina*, 207.

¹⁷² PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, 129; SANDULLI, *Sub art. 162*, in NIGRO - SANDULLI (ed.), *La riforma*, 996; DE CRESCIENZO - PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, 38.

¹⁷³ PACCHI, *Il nuovo concordato*, 129.

Sparisce il controllo sulla passata gestione dell'impresa per cedere il posto ad un esame sui documenti redatti in funzione della procedura e sulla loro regolarità formale¹⁷⁴.

Non mancarono, in aggiunta, prese di posizioni di chi riteneva che la soluzione del problema andasse differenziata con riferimento ai diversi momenti della procedura¹⁷⁵. In particolare, si riteneva che in fase di ammissione il controllo dovesse essere meramente formale, secondo una già nota lettura limitativa della locuzione «completezza e regolarità della documentazione» di cui all'art. 163, comma primo, 1. fall. In fase di omologazione, invece, il controllo sarebbe rimasto di tipo formale nel solo caso di mancanza di opposizioni in punto di fattibilità del piano; altrimenti, il tribunale avrebbe dovuto statuire sulla realizzabilità, a tal fine acquisendo le prove prodotte dalle parti ma anche adoperando quei poteri istruttori d'ufficio su cui, si è visto, parte della dottrina fondava in ogni caso il controllo di tipo sostanziale.

All'interno di questo filone interpretativo va inevitabilmente riportata anche l'opinione di autorevole dottrina, che aveva ritenuto di poter individuare un *escamotage* che consentisse di ampliare i poteri di indagine del tribunale¹⁷⁶. L'impostazione in parola desumeva, da una interpretazione letterale del dato normativo relativo alla fase di ammissione e anche a quella di omologazione, che all'organo giurisdizionale fosse consentito soltanto un controllo formale. Ciononostante, si prospettava l'eventualità di intendere in maniera più lata dette disposizioni: infatti, facendo leva sull'obbligo di attestazione del professionista, si suggeriva che forse i giudici avrebbero potuto verificare la fattibilità «surrettiziamente» andando proprio a vagliare la relazione¹⁷⁷. Ciò che veniva suggerito, se a prima vista potrebbe apparire come l'emersione *in nuce* del filone di “legittimità sostanziale”, tuttavia appare più la prospettazione della possibilità di leggere nelle norme una valvola di sfogo

¹⁷⁴ PACCHI, *Il nuovo concordato*, 130.

¹⁷⁵ G. FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, 11, 1302.

¹⁷⁶ FABIANI, *Le trasformazioni*, in *Foro it.*, 2005, V, 159.

¹⁷⁷ ID., *ibidem*.

verso il controllo di tipo sostanziale. Infatti, non si parlava di un controllo sulle motivazioni addotte dal professionista, quanto piuttosto un controllo, attraverso la relazione, direttamente sulla fattibilità. Ciò a riprova chiaramente di come il dettato normativo non potesse dirsi ai tempi sufficientemente cristallino, potendo infatti suscitare nello stesso Autore tanto un'interpretazione restrittiva quanto la possibilità di quella diametralmente opposta.

In aggiunta, merita osservare che la dottrina appena citata sottolineava quanto già si è accennato, ossia il fatto che nel giudizio di omologazione il tribunale appariva svuotato delle funzioni propriamente giurisdizionali di risoluzione dei conflitti e ridotto a mero «calcolatore»¹⁷⁸. Va soggiunto però che detta impostazione riconosceva come possibile oggetto di opposizione creditoria soltanto l'*an* dei crediti e non invece anche la non attuabilità del piano.

Il filone interpretativo, di cui in questo paragrafo, godeva di un consenso ben più limitato nella giurisprudenza di merito rispetto alla tesi del controllo sostanziale, non mancando tuttavia decisioni riconoscenti un mero controllo formale¹⁷⁹.

In conclusione, appare opportuno menzionare un'opinione dottrinale che ravvisava, nella normativa come modificata nel 2005, una procedura che, stante la limitazione dei poteri tribunali, rendeva insufficiente la tutela degli interessi dei creditori dissenzienti¹⁸⁰. Partendo dall'assunto per cui il concordato poteva giustificatamente spiegare effetti anche nei confronti dei creditori dissenzienti soltanto in presenza di una loro «etero-tutela» di provenienza giurisdizionale, l'erosione dei poteri del tribunale spogliava quest'ultimo della sua naturale funzione di risolutore dei conflitti ai sensi dell'art. 111 Cost., conservandolo esclusivamente in sede di omologazione, cosa comunque ritenuta non sufficiente. Al contrario, una decisione di merito

¹⁷⁸ FABIANI, *Le trasformazioni*, in *Foro it.*, 2005, V, 159.

¹⁷⁹ Trib. Cagliari, 23 giugno 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 1203.

¹⁸⁰ G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 4, 362.

affidente al filone del controllo formale aveva ravvisato nella valorizzazione della “privatizzazione” del concordato un elemento che rendeva doveroso il solo sindacato circa il raggiungimento del *consenso* contrattuale (a maggioranza) da parte del tribunale¹⁸¹. Non si riteneva, quindi, che l’arretramento del sindacato giurisdizionale privasse di adeguata protezione i creditori, avendo il legislatore inteso riconoscere una sorta di “auto-tutela” in capo a questi ultimi.

2.4.4. *La tesi del controllo di legittimità sostanziale: la fase dell’ammissione*

Il terzo filone interpretativo, manifestatosi sia in dottrina sia in giurisprudenza, si collocava in posizione intermedia rispetto ai primi due (anche se non mancò chi vide in questa impostazione una evoluzione di quella del controllo meramente formale¹⁸²), rigettando infatti tanto l’impostazione minimale di un controllo soltanto della regolarità formale della documentazione, quanto quella di un vaglio pervasivo che si sostituisse all’attestazione del professionista. In realtà occorre precisare, come già anticipato, che in generale gli aderenti a questo filone differenziavano la soluzione tra la fase di ammissione e quelle successive, ossia il periodo precedente la votazione e infine l’omologazione.

In fase di ammissione, si riteneva che il controllo sulla fattibilità fosse esclusivamente delegato al professionista attestatore, non al tribunale. Si rilevava infatti come soprattutto la fase di apertura della procedura fosse caratterizzata, nell’*intentio legis*, dall’idea della “privatizzazione”. Di conseguenza, non poteva non censurarsi, in quest’ottica, l’impostazione della giurisprudenza di merito che si era arrogata, come già si è analizzato, il potere

¹⁸¹ Trib. Como, 22 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 3, 287.

¹⁸² M. VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2007, 11, 1322.

di vagliare direttamente la fattibilità¹⁸³. Tuttavia, secondo questo filone interpretativo, al tribunale era consentito sincerarsi della intellegibilità *prima facie* del piano, senza entrare nel merito delle scelte imprenditoriali¹⁸⁴. Questa disamina del piano occorre per assicurare che i creditori, cui sarebbe stato sottoposto, potessero effettivamente comprenderlo, non per forza essendo essi dotati di competenze tecniche pari a quelle, a esempio, proprie del professionista attestatore. In aggiunta, doveva essere accertata l'esaustività, la chiarezza e la logicità delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno delle sue valutazioni. In sostanza, il giudice non doveva vagliare *ex novo* gli stessi elementi fattuali su cui si era basato il professionista. Avrebbe dovuto invece concentrarsi sulla relazione e verificare che vi fosse un percorso argomentativo valido¹⁸⁵. Il controllo sarebbe dunque stato «di secondo grado», perché non diretto sulla fattibilità, bensì sulla relazione e, soltanto *indirettamente*, sulla prognosi di successo del piano¹⁸⁶. Ma non solo: questa impostazione consentiva altresì al tribunale di rigettare *in limine* l'ammissione della domanda ogniqualvolta la proposta fosse caratterizzata da manifesta contraddittorietà o inattendibilità, nonché qualora fosse per nulla chiara o completa¹⁸⁷. Si intendevano, però, dei vizi macroscopici della proposta, proprio in virtù del fatto che, in generale, il potere di controllo nel merito si riteneva escluso. In questo senso poteva parlarsi di controllo di legittimità sostanziale: da un lato, non si poteva scendere nel *merito* (come inteso dai fautori della tesi del controllo sostanziale), dall'altro non ci si poteva accontentare della mera presa d'atto che nella relazione fosse *affermata* la sussistenza di veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano

¹⁸³ M. VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo: disciplina e primi problemi applicativi*, in S. AMBROSINI (ed.), *La riforma della legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006, 301.

¹⁸⁴ A. PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 597.

¹⁸⁵ Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.* 2005, 12, 1402; Trib. Milano, decr., 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 10, 1218; C. App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 11, 1315.

¹⁸⁶ S. AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in S. AMBROSINI - P. G. DEMARCHI - M. VITIELLO (ed.), *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Zanichelli, Bologna, 2009, 58.

¹⁸⁷ ID, *ivi*, 57.

(perché, altrimenti, il tribunale avrebbe compiuto un'attività a tal punto formale da essere equiparata da parte della dottrina a quella del cancelliere «chiamato ad attestare, mediante sottoscrizione dell'indice, il deposito dei documenti di parte»)¹⁸⁸. L'esigenza di scongiurare visioni pervasive del controllo si raccordava con la scelta del legislatore di privatizzare la fase iniziale della procedura¹⁸⁹; quella invece di evitare impostazioni minimalistiche costituiva un argine contro il rischio di abusi del concordato, nell'ottica di etero-tutela delle ragioni creditorie¹⁹⁰.

Sempre all'interno di questo filone v'è stato chi ha utilizzato un'ulteriore locuzione, per rendere l'idea del tipo di controllo giudiziale propugnato. Si è parlato infatti di «controllo di tipicità»¹⁹¹. S'intendeva con questa espressione sottolineare come il controllo sulla relazione (ma più in generale sulla regolarità e completezza di tutta la documentazione allegata alla domanda) dovesse essere volto a riscontrare la tipicità, ossia l'aderenza al *tipo* legislativamente predeterminato, laddove della fattispecie astratta andava chiaramente anche considerata la finalità. Con riferimento specifico alla relazione del professionista, bisognava dunque accertare che essa fosse stata redatta secondo principi razionali di attestazione e potesse, con la sua chiarezza e completezza, adempiere la sua funzione informativa.

¹⁸⁸ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO, (ed.), *Fallimento e concordati*, 1117.

¹⁸⁹ VITIELLO, *Il nuovo concordato*, in AMBROSINI (ed.), *La riforma*, 301.

¹⁹⁰ AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in AMBROSINI - DEMARCHI - VITIELLO (ed.), *Il concordato preventivo*, 59. Si noti che attenta dottrina ebbe poi modo di sottolineare che nei lavori preparatori del decreto legislativo 2006, n. 5 si era ipotizzato di elencare dettagliatamente quali dovessero essere i principi da seguire nella redazione dell'attestazione, salvo poi frustrare l'intento per timore di eccedere dalla delega (PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 578). Il professionista avrebbe dovuto condurre, secondo adeguati standard professionali, verifiche contabili idonee allo scopo asseverativo, nonché renderne conto dettagliatamente e, infine, giustificare la prognosi di fattibilità con previsioni altrettanto dettagliate sia in punto di risultati economici sia di miglioramenti finanziari. Questo avrebbe consentito di elevare, in questa prima fase, la qualità della relazione, giustificando l'arretramento del tribunale. Soltanto successivamente, una volta nominato il commissario giudiziale (per l'appunto, con il decreto di ammissione), avrebbe potuto re-espandersi il potere del tribunale, nel senso che, a parte i casi in cui esso stesso potesse prendere conoscenza autonomamente dell'infattibilità, l'organo giurisdizionale avrebbe tratto informazioni dall'attività di accertamento approfondito del commissario.

¹⁹¹ L. MANDRIOLI, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fall.*, 2007, 10, 1226.

Per di più, anche un argomento di carattere pragmatico era addotto dalla dottrina appartenente a questo filone interpretativo. Nell'ottica del legislatore, la fase di ammissione doveva essere improntata a speditezza, specie in considerazione del fatto che, ai sensi dell'art. 181 l. fall., era fissato un termine (ordinatorio) di sei mesi, prorogabili di sessanta giorni, tra il deposito del ricorso e il decreto di omologazione (oggi il termine è elevato a nove mesi). Ebbene, stante l'assenza, in questa fase, del commissario giudiziale, il tribunale, per operare un vaglio esteso alla fattibilità in sé del piano, avrebbe dovuto almeno nominare un consulente tecnico d'ufficio *ex art. 61 c.p.c.*: ciò inevitabilmente avrebbe frustrato quelle esigenze di celerità ispiranti la fase introduttiva della procedura¹⁹². In sostanza, soltanto nelle fasi successive all'ammissione poteva ammettersi un ruolo più preponderante dell'organo giurisdizionale, coadiuvato in ciò dal commissario.

Occorre tuttavia render conto di un orientamento, interno a questo filone, di segno opposto per quel che riguarda il momento dei controlli. Infatti, una dottrina riteneva che il vaglio più approfondito, ma comunque di legittimità sostanziale e non di merito, andasse operato non in sede di omologa, bensì in sede di ammissione¹⁹³.

Infine, appare conveniente accennare a una conclusione della dottrina appartenente a questo filone, quanto meno perché sarebbe stata poi soluzione accolta dal legislatore con l'ultimo intervento riformatore del 2007. Si riteneva infatti che, qualora il tribunale, nell'ambito di questo controllo "di secondo grado", avesse riscontrato un vizio motivazionale o di completezza o di chiarezza nella relazione (nonché più in generale nella documentazione a corredo della domanda), non avrebbe dovuto propendere immediatamente

¹⁹² MANDRIOLI, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2007, 10, 1227.

¹⁹³ A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 12, 1455 e ss. È necessario però sottolineare che tale conclusione era stata propugnata nel dicembre del 2005, periodo in cui l'art. 181 l. fall. si limitava a prescrivere, come si è detto, l'omologa in presenza della mera constatazione del raggiungimento delle maggioranze di approvazione. Preso atto di una previsione così scarna (scelta legislativa comunque non condivisa dall'Autore), si propendeva, nell'ottica ovviamente di tutela informativa del ceto creditorio, per un controllo in sede di ammissione, anche a costo di un dispendio di tempo contrario alle esigenze di speditezza.

per la dichiarazione di inammissibilità; piuttosto, si riteneva opportuno concedere un termine a integrazione¹⁹⁴. Ebbene, questa impostazione sarebbe stata fatta propria dal legislatore con il decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, modificativo proprio dell'art. 162 l. fall., che al primo comma prevede tuttora un termine facoltativo di quindici giorni a tal fine. Si noti bene, peraltro, che anche su questo dialogo tra debitore e tribunale i fautori della teoria del controllo sostanziale fondavano la propria tesi, come spiegato al par. 2.4.1. Al contrario, la dottrina appartenente a questo filone riteneva che il termine a integrazione confortasse la tesi del controllo di legittimità sostanziale, in quanto consentiva delle chiarificazioni e aggiustamenti al piano o alla relazione, senza fondare un vero controllo sostanziale¹⁹⁵. Questa dottrina chiosava sul punto affermando che «l'attività del tribunale si pone su un piano "cognitivo" piuttosto che di vero e proprio "sindacato"»¹⁹⁶.

2.4.5. (Segue). *Le fasi successive*

È stato ritenuto che nell'alveo dell'art. 173 l. fall. andasse ricondotta, come condizione per l'ammissibilità, anche la prognosi di fattibilità del piano¹⁹⁷. Soltanto in tal modo si sarebbe recuperata la necessaria funzione di tutela del ceto creditorio che, in quest'ottica, doveva essere riconosciuta al tribunale. In particolare, il commissario avrebbe dovuto segnalare al giudice delegato (fino all'entrata in vigore del decreto correttivo del 2007) o al tribunale (dal primo gennaio 2008) la sopravvenuta infattibilità per venir meno di certi elementi

¹⁹⁴ A. PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fall.* 2006, 9, 1022.

¹⁹⁵ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO, (ed.), *Fallimento e concordati*, 1120; G. FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 574.

¹⁹⁶ FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 576.

¹⁹⁷ AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in ID., *La riforma*, 323; in senso dubitativo, CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI - CENSONI, *La riforma della disciplina*, 246-247; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 12, 1402.

posti a fondamento del piano, oppure per la mancata venuta a esistenza di altri, nonché per la scoperta di falsità e atti frodatori in genere¹⁹⁸.

A maggior ragione, secondo questo filone interpretativo, i poteri del tribunale dovevano ritenersi ampi, fino a comprendere l'esame della fattibilità, in sede di omologazione. Si giungeva a questa conclusione per vari motivi. Innanzitutto, in considerazione della funzione propria dell'istituto dell'omologazione. Autorevole dottrina, aderente a questo filone interpretativo, ebbe modo di affermare plasticamente che l'omologazione consiste in una verifica di conformità di un atto privato alla legge¹⁹⁹. Stando così le cose, nell'ambito del concordato l'omologazione dovrebbe conseguire all'accertamento giudiziale della rispondenza di proposta e piano all'interesse dei creditori di veder soddisfatti, quantomeno parzialmente, i loro crediti. Dunque, in quest'ottica, mai il tribunale potrebbe omologare un concordato che non possa ritenersi fattibile, proprio perché equivarrebbe a dire che l'organo giurisdizionale concede cittadinanza nell'ordinamento a un concordato non conforme alla legge.

In secondo luogo, altra dottrina sottolineava che, nonostante l'apparente "magrezza" dell'art. 180 l. fall. (prima del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169) in punto di poteri del tribunale, la stessa disposizione indicava come necessario il parere del commissario. Ebbene, a nulla sarebbe valso, secondo questa impostazione, il deposito di un parere se non potesse essere formato su dati ulteriori rispetto al raggiungimento delle maggioranze di approvazione. In altre parole, sarebbe stato inspiegabile che il legislatore richiedesse esclusivamente un parere attestante solo la raggiunta maggioranza²⁰⁰. A ciò sia consentito di aggiungere, a rinforzo, un altro possibile argomento: l'adunanza dei creditori era ed è presieduta ancor oggi dal giudice delegato e le votazioni tardive vengono annotate dal cancelliere

¹⁹⁸ PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 598-601.

¹⁹⁹ VITIELLO, *Il nuovo concordato*, in AMBROSINI (ed.), *La riforma*, 312.

²⁰⁰ PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 603.

in calce al verbale, il che consentirebbe di ritenere come il parere del commissario debba contenere un *quid* in più.

Infine, qualora le argomentazioni su esposte non convincessero, parte della dottrina appartenente a questo filone sottolineava come il giudizio di omologazione sarebbe stato coperto anch'esso dall'art. 173 l. fall. Di conseguenza, anche a non voler riconoscere un potere di controllo circa la fattibilità sulla base delle sole norme relative al giudizio di omologazione, avrebbe comunque sopperito l'art. 173 l. fall., posto che questo prescriveva e prescrive tutt'ora la revoca dell'ammissione quando «in qualunque momento» (compreso perciò quello finale) vengano scoperte dal commissario giudiziale quelle situazioni patologiche indicate dalla disposizione²⁰¹.

La questione che allora si poneva era se il tribunale dovesse d'ufficio rilevare l'infattibilità oppure se si trattasse di eccezione in senso stretto, da contenersi in specifica opposizione del ceto creditorio. Chi propendeva per la prima tesi osservava come, essendo la fattibilità presupposto per l'ammissione – pur demandandosi il suo accertamento al solo attestatore nella fase iniziale –, durante il corso della procedura e nel giudizio di omologazione non poteva negarsi l'importanza del ruolo tutorio (di «eterotutela», secondo la dottrina citata²⁰²) dell'organo giurisdizionale²⁰³. Occorre però segnalare che lo stesso commentatore avrebbe mutato opinione all'indomani del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, in virtù della modifica all'art. 180, comma terzo, l. fall.: la prescrizione di un controllo relativo alla sola regolarità procedurale e al raggiungimento delle maggioranze in assenza di opposizioni avrebbe escluso, all'infuori di specifiche censure di parte, un controllo esteso alla fattibilità²⁰⁴.

²⁰¹ AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in ID. (ed.), *La riforma*, 323-325.

²⁰² LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare*, 361.

²⁰³ AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in ID. (ed.), *La riforma*, 324-326.

²⁰⁴ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 126.

Non mancava però chi ricomprendeva tra le eccezioni in senso stretto quelle relative, appunto, al difetto di fattibilità²⁰⁵. Inevitabile era però rimarcare un profilo, cui peraltro si è già avuto modo di accennare: nell'ipotesi del *cram down*, il tribunale doveva (e deve tutt'ora) comparare la situazione concordataria con le alternative concretamente praticabili (non per forza il fallimento); ebbene, preliminarmente al confronto in termini di convenienza stava (e così ancora oggi) una prognosi di fattibilità della soluzione concordataria e di quelle alternative, non potendosi ragionevolmente sostenere che l'analisi della fattibilità non sia prodromica a quella di convenienza²⁰⁶. Tale prognosi tuttavia doveva essere condotta d'ufficio, a prescindere dal fatto che i creditori dissenzienti avessero, nell'opposizione, sottoposto questo profilo all'attenzione del tribunale; ciò benché, si noti bene, più in generale si ritenesse eccezione in senso stretto quella relativa all'infattibilità del piano²⁰⁷. In aggiunta, la stessa dottrina riconosceva un potere di verificare la fattibilità del piano almeno in altre due ipotesi, pur in assenza di eccezioni specifiche sul punto: innanzitutto, nel caso in cui, dopo la votazione favorevole, il commissario rilevasse fatti sopravvenuti che rendessero del tutto «impossibile» l'adempimento del piano; inoltre, nel caso in cui, proposta al ceto chirografario una percentuale minima, sia messo per ciò solo a repentaglio il pagamento integrale dei privilegiati. In queste due situazioni, la dottrina di cui trattasi riteneva, richiamandosi alla funzione tutoria del tribunale, che vi fosse il potere/dovere di negare l'omologazione per aver rilevato d'ufficio l'infattibilità del piano²⁰⁸.

²⁰⁵ C. MASCARELLO, *L'omologazione del concordato preventivo*, in AMBROSINI (ed.), *La riforma*, 338; A. PENTA, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, in *Fall.*, 2008, 1, 87.

²⁰⁶ PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 603.

²⁰⁷ MASCARELLO, *L'omologazione del concordato*, in AMBROSINI (ed.), *La riforma*, 341.

²⁰⁸ ID., *ivi*, 345-346.

2.4.6. Osservazioni finali sui tre orientamenti

In conclusione alla disamina dei tre filoni interpretativi, non può sottacersi un punto, peraltro sottolineato dalla dottrina²⁰⁹. Questo florilegio di interpretazioni non poteva, almeno in parte, non imputarsi anche a un dettato normativo poco chiaro e per di più mutevole. Come detto, dal 2005 al 2007 ben tre provvedimenti legislativi avevano riformulato le norme relative al concordato preventivo, senza che mai, comunque, potesse dirsi raggiunto un approdo letterale sicuro. Non può essere un caso il fatto che, mentre la tesi del controllo meramente formale sembrerebbe aver lasciato il posto alla sua (secondo taluni) evoluzione, ossia la tesi del controllo di legittimità sostanziale, quest'ultima avrebbe spartito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale con quella del controllo sostanziale anche dopo il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169. V'è stato pertanto in dottrina chi ha ritenuto che, tanto prima quanto dopo l'entrata in vigore di quest'ultimo decreto, ogni prospettazione fosse effettivamente non priva di fondamento. Il fatto che l'art. 163 l. fall. disponesse l'ammissione al procedimento in via residuale rispetto all'inammissibilità nulla diceva circa il tipo di controllo attribuito al giudice, legittimando tanto la tesi del controllo formale quanto quella del controllo sostanziale²¹⁰.

In aggiunta e strettamente collegato all'incertezza del dato normativo v'era e si registra tutt'ora una obiettiva difficoltà nel distinguere i confini dei vari tipi di controllo evidenziati. In dottrina v'è stato chi ha osservato che una censura da parte del tribunale alla motivazione della relazione del professionista, per non essere sufficientemente acclarato quale sia il rapporto tra le risorse a disposizione e gli obiettivi del piano, ben potrebbe in realtà risolversi in una opinione negativa sul merito del piano oggetto dell'attestazione. Dire, in sostanza, che deve essere integrata la relazione del professionista perché non si comprende come possa essere soddisfatta una certa percentuale del credito

²⁰⁹ VACCHIANO, *I poteri di controllo*, in *Fall.*, 2007, 11, 1328-1329; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011, 251.

²¹⁰ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011, 251.

partendo dall'utilizzo di certi elementi attivi, potrebbe anche significare, in quest'ottica, che non si condividono gli obiettivi del piano²¹¹. O ancora, il tribunale che intenda sindacare nel merito il piano potrebbe muovere le sue critiche a quelle parti della motivazione della relazione che considerano proprio i punti non condivisi del piano, così nascondendo un sindacato di merito dietro a uno di legittimità sostanziale²¹². Beninteso, il problema appena evidenziato non è rimasto confinato nella sola teoria. Come si avrà modo di dire nel prossimo capitolo, al par. 4., la Corte di Cassazione è stata talora chiamata a intervenire in casi in cui il giudice di secondo grado aveva malinteso la portata delle censure svolte dal tribunale, scorgendo un controllo diretto sulla fattibilità là ove il giudice di primo grado aveva soltanto sindacato l'idoneità dell'attestazione a svolgere la sua funzione informativa²¹³. A questo si aggiunga poi la considerazione di chi, in dottrina²¹⁴, ha ritenuto che addirittura non si potesse ravvisare differenza fra il controllo di tipo formale-notarile della documentazione e il filone della legittimità sostanziale, nonostante l'esplicito riconoscimento di questa dicotomia (oltreché dalla maggior parte della dottrina, come visto) dalla Corte di Cassazione²¹⁵.

Volendo trarre le conclusioni circa gli orientamenti di cui si è trattato, al fine di creare una necessaria base da cui trarre spunti interpretativi sulla normativa del nuovo Codice, sembra di potersi dire quanto segue. Qualora si voglia aderire a un'impostazione che tenga conto della natura del concordato per risolvere questi problemi esegetici (come del resto ha mostrato di fare anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite²¹⁶), sembrerebbe allora lecito affermare che il controllo di tipo sostanziale sconta uno scollamento rispetto agli obiettivi della riforma del 2005. Infatti, se il legislatore aveva inteso

²¹¹ VACCHIANO, *I poteri di controllo*, in *Fall.*, 2007, 11, 1328.

²¹² ID., *ibidem*.

²¹³ Cass. Civ. Sez. VI, ord., 9 marzo 2018, n. 5825, in *Giur. Comm.*, 2018, 5, 824.

²¹⁴ BOZZA, *Il sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2011, 2, 185.

²¹⁵ Cass. Civ. Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I-1, 110.

²¹⁶ Cass. S. U., 23 gennaio 2015, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 149-150; nello stesso senso anche V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, UTET giuridica, Torino, 2010, 182.

valorizzare il ruolo degli attori privati, l'orientamento in parola continuava ad attribuire al tribunale un controllo che, in sostanza, sminuiva sia l'importanza dell'apporto del professionista attestatore, sia l'autonomia dei creditori nella valutazione dei dati loro forniti. Del resto, proprio una dottrina afferente a questo filone, ritenne non raggiunto l'obiettivo di "privatizzare" il concordato, come già accennato²¹⁷. Comunque, va rimarcato che l'impostazione in parola mostrava senz'ombra di dubbio una notevole sensibilità alla tutela, anche costituzionale, della posizione dei creditori chirografari, specialmente quelli costituenti minoranza dissenziente²¹⁸. Tuttavia, non può nascondersi come la preoccupazione di tutela del ceto creditorio non sia stata prerogativa soltanto di questo orientamento. Soprattutto nel filone di legittimità sostanziale si è valorizzato il ruolo del tribunale, specialmente in sede di omologazione, quale figura garante delle ragioni creditorie²¹⁹. Non solo: si è detto come in dottrina si sia ritenuto che proprio un controllo "di secondo grado" sulla logicità e completezza della relazione del professionista avrebbe consentito adeguata tutela al ceto creditorio. Stante, infatti, l'arretramento dei poteri del tribunale, si argomentava che uno spazio adeguato di controllo dell'organo giurisdizionale dovesse naturalmente individuarsi proprio nella verifica di adeguatezza della relazione rispetto alla sua funzione informativa²²⁰.

Per quel che concerne la tesi del controllo formale, non sembra irrilevante notare come la stessa sia stata sostenuta per poco tempo, essenzialmente nel primissimo vigore della riforma del 2005. Effettivamente, si fondava, in particolare, su un'interpretazione minimalistica dell'art. 162 l. fall., prima della sua riformulazione a opera del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169²²¹; mentre, su un piano più generale, sembrava mossa dall'esigenza di

²¹⁷ ABETE, *Il ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2008, 3, 253 e ss.

²¹⁸ ABETE, *Il ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2008, 3, 255; AZZARO, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2007, 11, 1271; Trib. Roma, decr., 30 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 1, 98.

²¹⁹ VITIELLO, *Il nuovo concordato*, in AMBROSINI (ed.), *La riforma*, 312.

²²⁰ PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 597; Trib. Milano, decr., 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 10, 1218.

²²¹ BOZZA, *La proposta di concordato*, in *Fall.*, 2005, 10, 1213.

valorizzazione della “privatizzazione” della procedura²²². Se appare indubitabile la ripermetroazione, da parte della riforma degli anni 2005 – 2007, delle prerogative del tribunale e degli attori privati, tuttavia un’impostazione che attribuisse all’organo giurisdizionale un controllo «notarile»²²³ non poteva non scontare un problema che appare evidente: in caso di manifesta inadeguatezza del piano a raggiungere gli obiettivi illustrati nella proposta, il tribunale non avrebbe comunque potuto dichiarare l’inammissibilità. Come si è detto, tuttavia, non è mancato in questo filone interpretativo chi ha ritenuto di consentire comunque un qual certo margine di intervento dell’organo giurisdizionale, in particolare nel caso di opposizione dei creditori in punto di fattibilità²²⁴. Se quest’ultima appare un’impostazione più attenta all’esigenza di tutela dei creditori, tuttavia non può nascondersi ciò che sarebbe stato evidente ai fautori della tesi del controllo di legittimità sostanziale: sembrerebbe assurdo *ammettere* un concordato che appaia fin da subito manifestamente impraticabile, per poi dover negare l’omologazione, in accoglimento di un’opposizione creditoria, al termine della procedura.

Infine, la tesi del controllo di legittimità sostanziale appare quella che abbia inteso coniugare le sensibilità di entrambi gli orientamenti predetti. Da un lato, la valorizzazione del ruolo del professionista; dall’altro la sottolineatura di un nuovo e importante compito del tribunale, ossia quello di assicurare che la relazione svolga efficacemente la sua funzione informativa²²⁵. In aggiunta, questo orientamento prendeva atto di un dato, pragmatico, senz’altro rilevante: durante il corso della procedura, il tribunale gode di un bagaglio informativo che va ampliandosi, perciò non è pensabile che in sede di ammissione il sindacato possa essere tanto approfondito come lo è nel corso della procedura o in fase di omologazione²²⁶. Al contrario, recuperando la

²²² PACCHI, *Il nuovo concordato*, 129.

²²³ CENSONI, *Il “nuovo” concordato*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 737.

²²⁴ FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale*, in *Fall.*, 2005, 11, 1302.

²²⁵ ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 175, 185-186.

²²⁶ MANDRIOLI, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2007, 10, 1226.

fattibilità come requisito di ammissibilità, la cui mancanza comporta l'attivazione del rimedio della revoca ai sensi dell'art. 173 l. fall., si mostrava di valorizzare il ruolo del commissario giudiziale, unitamente a quello del giudice, nell'ottica, ovviamente, di tutela del ceto creditorio²²⁷. Non solo: era questo un orientamento che dava risalto anche alla possibilità della concessione al debitore del termine a integrazione della domanda ex art. 162, comma primo, l. fall., così sottolineando come il nuovo assetto di poteri potesse trovare armonia attraverso una leale collaborazione²²⁸. Infine, non di poco conto è il fatto che questo orientamento, quantomeno nelle sue linee essenziali, sembrerebbe esser stato fatto proprio anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite: infatti, non può sottacersi che alcuni tra i punti più chiari della sentenza siano proprio quelli in cui la Corte ha ritenuto che il tribunale debba verificare la congruità motivazionale della relazione del professionista e debba altresì negare l'ammissibilità qualora risulti la manifesta infattibilità²²⁹. In sostanza, questa interpretazione sembra essere stata, fra le tre, la più equilibrata.

Svolte queste considerazioni, risulta necessario render conto delle modifiche normative apportate dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83. Questo intervento del legislatore, infatti, ha arricchito il tessuto normativo del concordato di varie disposizioni: si è già avuto modo di dire, al par. 2.2.1., dell'innalzamento degli *standard* di indipendenza richiesti al professionista attestatore. Occorre ora analizzare come l'introduzione del comma secondo nell'art. 179 l. fall., relativo al mutamento delle condizioni di fattibilità e l'approntamento di una disciplina

²²⁷ AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in AMBROSINI (ed.), *La riforma*, 323. Tuttavia, si noti che, all'interno di questo filone, non tutti si sono orientati nel senso di riconoscere alla fattibilità la qualifica di presupposto di ammissibilità (così ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 184, il quale tuttavia, riconosceva al tribunale la facoltà di revocare il concordato nel caso di sopravvenuta infattibilità del piano *dopo* la votazione, dando così un'interpretazione dell'art. 173 l. fall. che sarebbe apparsa precorritrice dell'introduzione, con la riforma del 2012, dell'art. 179, comma secondo, l. fall.).

²²⁸ A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 1, 47.

²²⁹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 152.

apposita per il concordato con continuità aziendale abbiano inciso nel dibattito dottrinale sul sindacato demandato al tribunale in punto di fattibilità.

3. La riforma del 2012: il mutamento delle condizioni di fattibilità e il concordato con continuità aziendale

Come sopra accennato, nel 2012 è stato aggiunto all'art. 179 l. fall. un secondo comma, che prevede ancor oggi il dovere del commissario giudiziale di render noti ai creditori i mutamenti di fattibilità intervenuti dopo la votazione, così che i creditori possano modificare nell'udienza di omologazione il voto già espresso. Altra novità di enorme rilievo è stata l'introduzione, al nuovo art. 186-*bis* l. fall., della possibilità di presentare un piano che prevedesse non la dismissione integrale dei cespiti bensì la continuazione dell'attività aziendale, purché, tra gli altri documenti aggiuntivi, vi fosse l'attestazione da parte del professionista della funzionalità della continuità al «miglior soddisfacimento dei creditori». Inutile dire che entrambe le modifiche hanno costituito nuova occasione di scontro interpretativo in punto di delimitazione dei poteri del tribunale.

3.1. Il mutamento delle condizioni di fattibilità

Il nuovo comma secondo dell'art. 179 l. fall. ha costituito la base su cui i due schieramenti del controllo di tipo sostanziale e quello di legittimità sostanziale hanno rinsaldato le proprie tesi. L'unico punto di convergenza parrebbe essere, forse paradossalmente, l'individuazione della *ratio* della norma, ossia quella di assicurare la possibilità ai creditori di esprimersi nuovamente²³⁰. Si è detto “forse paradossalmente” perché pur partendo dal

²³⁰ F. IOZZO, *L'espressione del voto nel concordato preventivo*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 486; AMBROSINI, *La deliberazione del concordato*, in VASSALLI – LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato*, 332; F. LAMANNA, *Il controllo*

riconoscimento della stessa *ratio*, la dottrina è giunta, in virtù di interpretazioni sistematiche divergenti, ad attribuire diversi significati alla stessa disposizione.

Parte della dottrina ha ritenuto che la norma andasse nel chiaro senso di sorreggere la tesi del controllo di legittimità sostanziale, come sviluppata anche con riferimento alla fase dell'omologazione. L'argomento più solido pareva essere quello dei naturali destinatari della comunicazione del commissario. Si rilevava infatti che quest'ultimo era chiamato a render noto il mutamento di fattibilità non al tribunale, come nel caso dell'art. 173 l. fall., bensì soltanto ai creditori²³¹. Da ciò si desumeva che il legislatore avesse inteso identificare in questi i soli soggetti legittimati a far naufragare il concordato per valutazioni in punto di fattibilità (senza che ciò potesse in alcun modo contraddire il riconoscimento del potere, esercitabile in fase di ammissione, di controllo di "secondo grado" sulla relazione)²³². Peraltro, appare opportuno anticipare sin d'ora che gli stessi rilievi sarebbero stati sollevati anche dalla Corte di Cassazione della decisione a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521: dalla comunicazione solo ai creditori la Corte avrebbe tratto argomento per sostenere la «indifferenza» del tribunale nei confronti delle vicende attinenti quella fattibilità che avrebbe definito "economica"²³³. Per di più, e in perfetta coerenza con la concezione privatistica del concordato, si aggiungeva che l'aver i creditori deciso di non modificare il voto pur in presenza di un peggioramento delle condizioni di fattibilità avrebbe reso del tutto inconcepibile attribuire al tribunale il potere di por fine al concordato con una revoca *ex art. 173 l. fall.*²³⁴. L'organo giurisdizionale,

giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, in *Osservatorio-oci.org*, 9 novembre 2012, 61.

²³¹ D. FINARDI, *Le modifiche al regime di voto nel concordato preventivo: riflessioni sul d.l. n. 83/2012 convertito con modifiche nella l. n. 134/2012*, in *Fall.*, 2013, 11, 1411.

²³² AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI (ed.), *Trattato*, 361; G.B. NARDECCHIA, *L'art. 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in *Il caso.it*, 2012, II, 315, 8 ottobre 2012, 5.

²³³ Cass. S.U., 15 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 155.

²³⁴ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *Il caso.it*, 2012, II, 303, 1 agosto 2012, 19-20.

in quest'ottica, avrebbe dovuto spiegare un controllo penetrante sulla fattibilità del piano, come risultante dai rilievi del commissario e soltanto sulla base della costituzione dei creditori che, dopo aver votato a favore, avessero deciso di mutare il voto e di opporsi all'omologazione.

La dottrina appartenente a questo filone vedeva in questa nuova norma il raggiungimento di «un punto di equilibrio» fra la connotazione privatistica del concordato e l'esigenza, di sistema, di non dar seguito a concordati dannosi: da un lato infatti si riservava, in un'ottica di autotutela, ai creditori la protezione dei propri interessi; dall'altro si rilevava che l'assenza di opposizioni azionate da questa norma avrebbe precluso, verosimilmente, all'assenza di domande di risoluzione in fase esecutiva²³⁵. A tal proposito, non pare peregrino osservare che, se la conclusione è incontestabile sul piano fattuale (perché sarebbe incomprensibile che il creditore avente la possibilità di opporsi al concordato non lo faccia, così esponendosi al vincolo, salvo poi cercare di sciogliere detto vincolo con lo strumento della risoluzione), tuttavia parrebbe mostrare il fianco al dato normativo, che non impedisce la proposizione della domanda di risoluzione al creditore che non abbia formulato opposizione all'omologazione.

È comunque opportuno rimarcare che parte della dottrina di cui si sta dicendo riconosceva una discrasia tra l'allora nuovo art. 179, comma secondo, l. fall. e l'art. 173 l. fall. Infatti, là ove quest'ultimo prevede una comunicazione al tribunale, il primo, come detto, non contempla analoga soluzione. La presa d'atto di ciò, tuttavia, non mutava la prospettazione della dottrina in parola, anzi, ne rafforzava le conclusioni²³⁶.

Sul versante esattamente opposto si poneva invece altra dottrina, che dalla disposizione in parola traeva conforto per la tesi del controllo diretto del tribunale sulla fattibilità; e vari erano gli argomenti a sostegno. Innanzitutto, si sosteneva che la disposizione non escludeva esplicitamente un controllo

²³⁵ NARDECCHIA, *L'art. 179 l. fall.*, in *Il caso.it*, 2012, II, 315, 8 ottobre 2012, 6.

²³⁶ *ID.*, *ivi*, 5.

siffatto²³⁷. In sostanza, l'attribuzione di un ulteriore potere ai creditori non consentiva, in sé, di escludere altra prerogativa spettante, secondo la dottrina in parola, all'organo giurisdizionale. In aggiunta, si rilevava come la tesi escludente il ruolo del tribunale non tenesse in debito conto un aspetto: la disposizione consente la *modifica* del voto, non una sua espressione *ex novo*, per cui soltanto i creditori che abbiano già votato potrebbero costituirsi in giudizio ai sensi della disposizione di cui si parla. Stando così le cose, un creditore privilegiato che, da proposta, sia soddisfatto per l'intero, non potrebbe certamente sfruttare la previsione per costituirsi in udienza e contestare la fattibilità del piano. In sostanza, la dottrina in parola criticava l'impostazione di chi riteneva di vedere in questa norma un veicolo dell'opposizione in punto di fattibilità disponibile soltanto a taluni creditori²³⁸. L'assurdità di escludere, in ipotesi, i creditori privilegiati da questo mezzo di opposizione rendeva, secondo questa dottrina, insostenibile la tesi di chi riteneva che il tribunale non fosse dotato del potere di sindacare direttamente il profilo della fattibilità.

In definitiva, sembrerebbe che la nuova disposizione non abbia condotto a particolari smottamenti nella disputa interpretativa; semmai, avrebbe fornito a ciascuno dei due orientamenti degli argomenti a proprio vantaggio, prestandosi lo stringato dato normativo a interpretazioni sistematiche in entrambi i sensi sopramenzionati.

3.2. *Il concordato con continuità aziendale*

Non di meno problemi è stata foriera l'introduzione del concordato con continuità aziendale nell'allora nuovo art. 186-*bis* l. fall. Deve fin da subito precisarsi, però, che più che apportare un'innovazione, la riforma del 2012 ha

²³⁷ LAMANNA, *Il controllo giudiziale*, in *Osservatorio-oci.org*, 9 novembre 2012, 60.

²³⁸ ID., *ibidem*.

sancito normativamente ciò che già si era affacciato in prassi antecedentemente, come osserva parte della dottrina²³⁹.

Inoltre, occorre premettere che è apparso, in dottrina e giurisprudenza, che proprio con riferimento al concordato con continuità si pongano i maggiori problemi di fattibilità, specialmente nella sua sottospecie di “fattibilità economica” (seguendo l’indicazione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella già citata sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521). In sostanza, il concordato eminentemente liquidatorio non porrebbe particolari problemi di fattibilità, dal momento che consiste soltanto nel realizzo di liquidi tramite cessione di beni: è naturale che da queste operazioni derivino soltanto poste attive, da utilizzarsi per il pagamento dei crediti. In tal senso si è espressa, infatti, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con il plauso della dottrina²⁴⁰. L’unica questione che potrebbe porsi è quella relativa al raggiungimento di una certa misura di soddisfacimento dei creditori chirografari. In particolare, vi è stato chi, in dottrina, ha ritenuto che la previsione dell’obbligo di raggiungere almeno il venti per cento del valore dei crediti chirografari nel caso di concordato liquidatorio (introdotta, da parte del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, nell’art. 160, ultimo comma, l. fall.) avesse restituito al tribunale, tramite il vaglio dei requisiti di ammissibilità, una valutazione di fattibilità “economica”²⁴¹. Se non può non rilevarsi già in questa sede come la conclusione sia in contrasto con il *dictum* delle Sezioni Unite, cui già si è accennato al cap. I, par. 1., tuttavia appare opportuno rinviare alla sua sede propria (cap. II, par. 3.) la disamina di questa posizione, per un’osservazione a tutto tondo che tenga in considerazione anche la dottrina avversa.

Tornando al concordato con continuità, la possibilità di accedere a questa variante presuppone, ora come allora, l’adempimento di oneri informativi

²³⁹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 10, 1225; FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 187.

²⁴⁰ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 153; G. TERRANOVA, in AA. VV., *Seminario a commento di Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 221.

²⁴¹ LAMANNA, *La legge fallimentare*, 17.

maggiori da parte del debitore (la «indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione» nonché delle «risorse finanziarie» e delle «modalità di copertura»), quali basi (ulteriori alle informazioni di cui all'art. 161 l. fall.) su cui il professionista deve certificare la rispondenza della continuità al miglior soddisfacimento dei creditori. Il primo dato da rilevare, dunque, è l'aumento dei compiti attribuiti al professionista. All'attestazione circa la veridicità dei dati e la fattibilità del piano si aggiunge, in sostanza come sottospecie di quest'ultima, la valutazione prognostica circa l'adeguatezza di quanto prospettato dal debitore a sostenere dal punto di vista economico e finanziario la prosecuzione dell'attività²⁴². Per di più, la dottrina ha avuto anche modo di sottolineare come nelle possibili varianti di attuazione della continuità muti anche il contenuto dell'attestazione: se nel caso della continuità diretta deve certificare la sostenibilità nei termini cui sopra si è accennato, nel caso di continuità indiretta (con conferimento immediato o con affitto d'azienda e successiva cessione) il professionista dovrebbe anche vagliare l'idoneità del cessionario ad assumere la conduzione dell'attività²⁴³. Non solo: il riferimento al "miglior soddisfacimento dei creditori" esige logicamente da parte dell'esperto una valutazione comparativa. Non essendo indicato dalla legge il termine di paragone, in dottrina si è sostenuto variamente che dovrebbe aversi riguardo alle alternative praticabili²⁴⁴, quali che possano essere, oppure all'alternativa liquidatoria²⁴⁵, per taluni anche soltanto fallimentare²⁴⁶. Peraltro, in dottrina si è anche rilevato come sarebbe opportuno tener conto anche dell'eventuale interesse che i creditori, più che da una maggior percentuale di soddisfo, potrebbero nutrire nei confronti della prospettiva di mantenere dei contratti, chiaramente sul presupposto del

²⁴² F.S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2706.

²⁴³ L. QUATTROCCHIO - R. RANALLI, *Speciale Decreto Sviluppo - Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *Il fallimentarista.it*, 3 agosto 2012, 6.

²⁴⁴ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità*, 1227; QUATTROCCHIO- RANALLI, *Speciale Decreto Sviluppo*, in *Il fallimentarista.it*, 3 agosto 2012, 6-7.

²⁴⁵ FILOCAMO *Sub art. 186-bis*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2706.

²⁴⁶ R. TIZZANO, *L'indeterminatezza del giudizio di migliororia e l'attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lett. b), l.fall.*, in *Fall.*, 2014, 2, 145;

recupero *in bonis* dell'azienda²⁴⁷. Quanto al profilo soggettivo, con "creditori" dovrebbe intendersi la totalità di essi²⁴⁸, non essendo abilitato il professionista a compiere osservazioni circa le percentuali di soddisfazione che il debitore abbia inteso riservare a ciascuna classe di creditori²⁴⁹; di conseguenza, l'attestatore dovrebbe prendere atto di un generale miglioramento, anche eventualmente non toccante ogni singolo creditore.

Dal quadro brevemente tratteggiato emerge chiaramente una valorizzazione particolare, nell'ambito del concordato con continuità aziendale, del ruolo del professionista. Resta ovviamente da comprendere se mutino, per il sol fatto dell'adesione al modello dell'art. 186-*bis* l. fall., le considerazioni svolte dagli interpreti in ordine ai poteri del tribunale. Appare opportuno premettere che, a soli sette mesi di distanza dall'introduzione della disposizione di cui s'è detto, sarebbe intervenuta la già ricordata pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che avrebbe posto ulteriori problemi interpretativi e in generale orientato il dibattito, per vero non sopito.

In dottrina, v'è stato chi ha scorto nelle disposizioni relative al concordato con continuità aziendale una riconferma del ruolo preminente del tribunale, chiamato a operare un controllo diretto sulla fattibilità²⁵⁰. Detta impostazione traeva linfa soprattutto dall'ultimo comma dell'art. 186-*bis*, l. fall., che prevede l'attivazione da parte del tribunale del rimedio della revoca *ex art.* 173 l. fall. nel caso in cui cessi, o comunque risulti manifestamente dannosa per le aspettative creditorie, l'attività d'impresa. Ebbene, sostanziando la continuazione dell'attività l'essenza del piano, gli eventi patologici appena menzionati costituirebbero il venir meno della possibilità di adempimento, ossia della fattibilità. Non solo con ciò si affermava il potere del tribunale di vagliare la fattibilità nel concordato con continuità, ma si giungeva anche a rinforzare in generale la tesi del controllo sostanziale, anche nei concordati

²⁴⁷ QUATTROCCHIO - RANALLI, *Speciale Decreto Sviluppo*, in *Il fallimentarista.it*, 3 agosto 2012, 7.

²⁴⁸ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1333.

²⁴⁹ FILOCAMO *Sub art. 186-bis*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2706.

²⁵⁰ LAMANNA, *Il controllo giudiziale*, in *Osservatorio-oci.org*, 9 novembre 2012, 43.

liquidatori. Infatti, un argomento sostenuto da questo punto di vista era che la fattibilità fosse requisito di ammissibilità. La previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 186-bis, l. fall., in quest'ottica, esplicitava la qualifica della fattibilità come presupposto di ammissibilità (proprio perché la sua mancanza avrebbe determinato revoca dell'ammissione). Risultava così, secondo questo orientamento, priva di fondamento la tesi della dottrina avversa che riteneva non vi fosse nella legge alcuna norma che esplicitamente riconducesse la fattibilità ai requisiti di ammissibilità e che su questa base costruiva l'impostazione del controllo di legittimità sostanziale o formale²⁵¹.

D'altro canto, parte della stessa dottrina che aveva sostenuto la tesi del controllo di legittimità sostanziale prima della riforma del 2012 non avrebbe di molto mutato opinione con riguardo al concordato con continuità aziendale (peraltro non senza richiamare a conforto anche gli argomenti della decisione a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521)²⁵². V'è stato infatti chi ha ritenuto di non differenziare la soluzione in punto di perimetro dei poteri del tribunale con riferimento al concordato con continuità²⁵³. Altra dottrina concorde, da un lato, ha qualificato la cessazione dell'attività come manifesta infattibilità ("giuridica"), come tale legittimante il potere del tribunale di attivare il rimedio di cui all'art. 173 l. fall.; dall'altro, in quest'ottica, lo stesso potere si spiegava incasellando la dannosità della prosecuzione dell'attività nella mancanza di una condizione di ammissibilità²⁵⁴.

In conclusione, pare legittimo affermare che i due orientamenti, se distanti sotto un profilo di impostazione generale, tuttavia risultano contigui al momento dell'esito applicativo. Infatti, dire che il tribunale sia chiamato a un vaglio diretto sulla fattibilità e, quindi, sia in dovere di revocare il concordato

²⁵¹ LAMANNA, *Il controllo giudiziale*, in *Osservatorio-oci.org*, 9 novembre 2012, 44.

²⁵² ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 182-186; FABIANI, *Per la chiarezza*, in *Fall.*, 2011, 2, 178-179.

²⁵³ FABIANI, *Fallimento e concordato*, 327, 580; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore nell'evoluzione recente della disciplina*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 168-169.

²⁵⁴ V. ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione per non fattibilità del piano*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 190-191.

in caso di dannosità della prosecuzione dell'attività non porta a esiti molto distanti da quelli risultanti dall'affermazione che l'organo giurisdizionale, in questa situazione, debba parimenti attivare il rimedio di cui all'art. 173 l. fall. per infattibilità "giuridica" dello stesso. Sembrerebbe che a rendere equivalenti i risultati concreti delle due interpretazioni sia il fatto che l'art. 186, ultimo comma, l. fall. preveda la revoca in presenza di una «manifesta» dannosità dell'attività d'impresa. Tale presupposto non richiede un approfondito giudizio prognostico; non è forse un caso, infatti, che la Corte di Cassazione nella decisione a Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521 abbia escluso – come già accennato – il vaglio del tribunale in punto di fattibilità "economica", salvo il caso di manifesta inadeguatezza del piano rispetto agli obiettivi illustrati nella proposta²⁵⁵. Come ha affermato plasticamente la dottrina propendente per un controllo diretto del tribunale sulla fattibilità²⁵⁶:

In definitiva, quando ciò che, secondo la stessa definizione di concordato in continuità e dei particolari elementi che in tal caso connotano il connesso requisito della fattibilità, deve proseguire invece cessa, e ciò che deve essere funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori invece diventa pregiudizievole per essi, viene meno all'evidenza proprio la fattibilità del piano di continuità e per ciò stesso il concordato che su di esso è strutturato.

²⁵⁵ Cass., S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

²⁵⁶ LAMANNA, *Il controllo giudiziale*, in *Osservatorio-oci.org*, 9 novembre 2012, 43.

CAPITOLO II

L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

1. Le sentenze della Corte di Cassazione preparatorie a S. U. 23 gennaio 2013, n. 1521

Stante il prolifico dibattito apertosi in dottrina e giurisprudenza, era inevitabile che intervenisse la Corte di Cassazione sul punto del sindacato attribuito al tribunale. È da premettere però che i plurimi interventi (soprattutto tra il 2010 e il 2011) non risolsero affatto le varie questioni, posto che addirittura si registrarono i contrasti che portarono poi alla necessità di un pronunciamento a Sezioni Unite.

1.1. Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860: l'adesione alla tesi intermedia o a quella del controllo formale?

Uno degli interventi che occorre analizzare è la sentenza di Cass. Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860. Detta pronuncia, originata da un ricorso diretto per cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., avverso un decreto di inammissibilità di un concordato, aveva annullato con rinvio al tribunale il decreto impugnato, per aver l'organo giurisdizionale ecceduto dai suoi poteri.

Occorre premettere che la sentenza non addusse motivazioni chiarissime, tanto da far affermare in dottrina che potesse ravvisarsi addirittura contraddittorietà²⁵⁷. Addirittura, fu incasellata dai commentatori in due diversi filoni: vi fu chi ritenne che la Corte si fosse accostata

²⁵⁷ FABIANI, *Per la chiarezza*, in *Fall.*, 2011, 2, 172.

all'interpretazione che vuole un controllo meramente formale²⁵⁸; e chi, invece, reputò di poterla avvicinare al controllo di legittimità sostanziale²⁵⁹.

Infatti, nella motivazione della sentenza si legge²⁶⁰:

altro orientamento ritiene che il Tribunale, in tale sede, è tenuto ad accertare anche la fattibilità del piano, attraverso un controllo della regolarità e della completezza dei dati aziendali esposti ed attraverso una puntuale verifica dell'iter logico attraverso il quale il professionista è giunto ad affermare la fattibilità del piano, e ciò al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore o la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano [...].

Tale secondo orientamento non appare condivisibile.

Ebbene, va osservato che la Corte, se in un primo momento parlò di accertamento della fattibilità, poi aggiunse la specificazione che si intendeva un controllo centrato sulla «verifica dell'iter logico» del professionista attestatore²⁶¹. Sembrerebbe di poter ravvisare in questa locuzione un richiamo alla tesi del controllo di legittimità sostanziale.

Tuttavia, la Corte poi ritenne di escludere un sindacato sulla fattibilità (non si capiva se in termini diretti o indiretti) in sede di ammissibilità, argomentando *a fortiori* rispetto alla disciplina dell'omologazione. Se in quest'ultima fase la Corte riteneva che non potesse essere riconosciuto alcun potere in punto di fattibilità se non su opposizione specifica dei creditori, tantomeno poteva esservi tale attribuzione in fase di ammissione²⁶². Ciononostante, la Corte – come affermato da parte della dottrina, in «patente contraddizione» con sé stessa²⁶³ – ritenne di concludere²⁶⁴:

Ciò non significa, però, che al tribunale la legge attribuisca il solo controllo formale della completezza della documentazione. Il Tribunale è chiamato ad effettuare una valutazione più penetrante.

²⁵⁸ L. SALVATO, *Puntualizzazioni della corte di cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*, in *Corriere giur.*, 2012, 1, 45.

²⁵⁹ BOZZA, *Il sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2011, 2, 182; C. RAVINA, *Fattibilità*, in *Ilfallimentarista.it*, 14 febbraio 2019, 11.

²⁶⁰ Cass. Civ. Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I-1, 110.

²⁶¹ ID., *ibidem*.

²⁶² ID., *ivi*, 110-111.

²⁶³ G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 2, 185.

²⁶⁴ Cass. Civ. Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I-1, 111.

In sostanza, se in apertura la Corte aveva escluso un controllo di legittimità sostanziale, contrapponendolo invece al controllo formale (e quindi mostrando, implicitamente, di aderire a quest'ultimo) in conclusione rigettava tale impostazione aderendo invece all'idea che al tribunale, in fase di ammissione, spettasse il controllo circa la sussistenza di una «adeguata motivazione» alla relazione dell'attestatore. Questa attribuzione sarebbe stata fondamentale nell'ottica di assicurare che il commissario giudiziale potesse scrutinare, ai fini dell'eventuale attivazione del rimedio *ex art. 173 l. fall.*, una documentazione effettivamente rispondente al tipo legale richiesto²⁶⁵. Sia consentito aggiungere che proprio il richiamo al “tipo legale” non può non ricordare quella parte della dottrina che aveva qualificato il controllo di legittimità sostanziale come controllo di “tipicità”, come si è spiegato al par. 2.4.4. Comunque sia, potrebbe apparire dirimente il fatto che la successiva sentenza Cass. Civ. Sez. I, 16 settembre 2011, n. 18987, chiaramente orientata nel senso di riconoscere un controllo di legittimità sostanziale, abbia richiamato come precedente proprio la sentenza di cui si è detto in questo paragrafo²⁶⁶.

1.2. *Cass. 15 settembre 2011, n. 18864 e Cass. 16 settembre 2011, n. 18987: riconferma del precedente o sua negazione?*

Non meno problematica risultò la lettura delle due sentenze rese a un giorno di distanza l'una dall'altra: Cass. Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864 e Cass. Sez. I, 16 settembre 2011, n. 18987. Benché entrambe le pronunce richiamino il precedente esposto al precedente paragrafo, tuttavia la dottrina non ha esitato a mostrare «sconcerto» per questi provvedimenti, tanto da indurre taluni a ricollegarli a due filoni diversi, seppur contigui²⁶⁷. In dottrina, infatti,

²⁶⁵ Cass. Civ. Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I-1, 112.

²⁶⁶ Cass. Civ. Sez. I, 16 ottobre 2011, n. 18987, in *Foro it.*, 2012, I-1, 140-141.

²⁶⁷ M. FABIANI, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, in *Foro it.* 2012, I, 170.

si collocò la sentenza n. 18864 nel filone del controllo di tipo sostanziale diretto e l'altra nel filone del controllo di legittimità sostanziale²⁶⁸. È da premettere che in realtà la seconda delle due sentenze, se letta in contiguità con quella di cui s'è detto nel precedente paragrafo, non sembra porre problemi rilevanti, posto che avalla pianamente il controllo di legittimità sostanziale²⁶⁹.

Il nodo problematico starebbe nell'aver la prima affermato di non poter risolvere la questione dei limiti posti al tribunale sulla base di sole opzioni ideologiche improntate alla privatizzazione della procedura, salvo poi fare ampio uso degli strumenti del diritto dei contratti per affermare un vaglio sostanziale da parte del tribunale²⁷⁰. In particolare, la sentenza 15 ottobre 2011, n. 18864 mostrò espressamente di aderire alla tesi del controllo di legittimità sostanziale²⁷¹. Non solo, ma richiamò anch'essa il precedente costituito dalla sentenza Cass. Civ. Sez. I, 2010, n. 21860²⁷²; e nel farlo, se da un lato parlò di controllo *direttamente* sul piano di concordato in fase di ammissione, dall'altro limitò questo assunto al solo caso di manifesta inadeguatezza della relazione del professionista. In altre parole, qualora la relazione fosse apparsa immotivata in punto di attestazione di fattibilità, allora il tribunale avrebbe potuto attivare il dialogo con il debitore *ex art.* 162 l. fall. ai fini dell'integrazione del piano. Affermando ciò, tuttavia, secondo parte della dottrina, si sarebbe riconosciuto all'organo giurisdizionale il potere di controllare in modo diretto la fattibilità, perché la richiesta di integrazioni avrebbe condotto il tribunale a non utilizzare più come apporto

²⁶⁸ F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 2; RAVINA, *Fattibilità*, in *Ilfallimentarista.it*, 14 febbraio 2019, 11.

²⁶⁹ Cass. Civ. Sez. I, 16 ottobre 2011, n. 18987, in *Foro it.*, 2012, I-1, 140-141.

²⁷⁰ FABIANI, *I disorientamenti*, 171.

²⁷¹ Cass. Civ. Sez. I, 15 ottobre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I-1, 145-146.

²⁷² ID., *ivi*, 145.

conoscitivo la relazione del professionista, così ammettendo la domanda di concordato sulla base di *proprie* valutazioni in punto di fattibilità²⁷³.

A ciò si aggiunga che la Corte aveva ritenuto di rilevare come l'elemento della infattibilità, in quanto prognosi negativa di realizzazione degli intendimenti del piano, equivaleva, in termini prettamente civilistici, alla impossibilità dell'oggetto del contratto²⁷⁴. A monte stava chiaramente l'equiparazione del piano di concordato all'oggetto del contratto. Di conseguenza, inevitabile corollario era quello per cui il tribunale avrebbe potuto ben rilevare d'ufficio (ai sensi degli artt. 1346, 1418 comma secondo e 1421 c.c.), in sede di omologa e pur in assenza di opposizioni sul punto, l'infattibilità del piano, equivalendo essa alla nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto. Tuttavia, la dottrina critica mostrò di censurare questo ragionamento, poiché la fattibilità, in quanto prognosi di adempimento, non riguarderebbe la fase genetica del contratto e la sua validità, quanto semmai la fase dinamica dello stesso. Il rimedio attivabile perciò non sarebbe consistito nel diniego di ammissione o di omologazione per nullità del contratto, bensì nella risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 186 l. fall.²⁷⁵. Inutile dire che, in quest'ottica, spostando l'attenzione sul momento della risoluzione, si spostava il baricentro sui creditori: il loro voto avrebbe dovuto permettere al concordato di resistere anche alla constatazione, da parte del tribunale, dell'infattibilità del concordato, benché la stessa dottrina non potesse esimersi dal rilevare la paradossalità della soluzione²⁷⁶.

In conclusione, non poteva in sostanza dirsi chiaro il panorama dottrinale e giurisprudenziale attorno al problema di cui trattasi, nemmeno all'indomani di queste iniziali prese di posizione della Corte di Cassazione.

²⁷³ F. LAMANNA, *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva) che rende necessario l'intervento delle SSUU*, in *Il fallimentarista.it*, 11 novembre 2011, 3.

²⁷⁴ Cass. Civ. Sez. I, 15 ottobre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I-1, 145.

²⁷⁵ FABIANI, *I disorientamenti*, in *Foro it.* 2012, I, 172.

²⁷⁶ ID., *ibidem*.

2. L'intervento delle Sezioni Unite

A fronte del dibattito dottrinale e del panorama giurisprudenziale, nonché a seguito dei contrasti evidenziati in seno alla Corte di Cassazione, il 15 dicembre 2011 è stata infine emanata l'ordinanza n. 27063 di rimessione alle Sezioni Unite²⁷⁷. Tenutasi l'udienza il 20 novembre 2012, è stata dunque depositata la sentenza Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521.

Occorre sin d'ora premettere che più voci in dottrina hanno avuto modo di lamentare la mancanza di chiarezza, talora addirittura la contraddittorietà della sentenza²⁷⁸. Varie sono state le critiche che hanno investito la non coincidenza fra la parte motiva e le conclusioni, tanto che si è dubitato che potesse ravvisarsi nomofilachia nel provvedimento²⁷⁹. Tuttavia, in letteratura non è mancato chi ha ritenuto pienamente assolta la funzione di risoluzione dei contrasti interpretativi²⁸⁰.

2.1. Il principio di diritto nell'interesse della legge: i problemi dibattuti

La Corte, rigettando il ricorso avverso la decisione dichiarativa del fallimento, ha pronunciato anche l'inammissibilità del ricorso contro il decreto negativo dell'omologazione del concordato²⁸¹. A ulteriore conferma, però,

²⁷⁷ La rimessione originava da un caso in cui una società aveva proposto ricorso per cassazione prima avverso il decreto di rigetto dell'omologazione del concordato preventivo, emanato dal Tribunale di Cosenza e confermato dalla Corte d'appello di Catanzaro, poi contro la sentenza dichiarativa di fallimento, emessa anch'essa dal Tribunale suddetto. I giudizi sono stati riuniti dalle Sezioni Unite ai fini della decisione.

²⁷⁸ G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, 5, 534; R. SACCHI, in AA. VV., *Seminario a commento di Cass. S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 225; P. MONTALENTI, *ivi*, 233; A. NIGRO, *ivi*, 236; LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 3.

²⁷⁹ L. PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Soc.*, 2013, 5, 578; V. CALANDRA BUONAURA, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 237.

²⁸⁰ M. FABIANI, *Guida alla lettura di Cass. S. U. 1521/2013*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 1.

²⁸¹ L'organo giudicante aveva ritenuto di caducare il criterio di prevenzione tra le due procedure, osservando che tale criterio si basava sull'originaria formulazione dell'art. 160 l. fall., per cui il debitore poteva proporre domanda di accesso al concordato fino a che non fosse stato dichiarato il suo fallimento. Ebbene, espunta questa disposizione già con il d. l.

dell'importanza della questione di cui trattasi, le Sezioni Unite hanno ritenuto di pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363*, terzo comma, c.p.c.

Tre erano i problemi fondamentali e strettamente correlati sui quali la Corte aveva registrato contrasti in dottrina e giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, ossia: quale fosse il rilievo da attribuire alla percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari indicata nella proposta concordataria in funzione della fattibilità; se l'infattibilità potesse determinare l'impossibilità dell'oggetto del concordato e dunque se potesse il giudice rilevare tale vizio; quali fossero, infine, le conseguenze dell'accertata infattibilità del piano che era stato, comunque, approvato dai creditori a causa di un vizio nell'informazione loro fornita²⁸².

2.2. Premesse: la natura del concordato preventivo

Per la soluzione delle questioni, la Corte ha ritenuto di svolgere alcune premesse sulla natura del concordato preventivo, sul ruolo dell'attestatore e sul corretto inquadramento della fattibilità dal punto di vista processualistico. Per quel che riguarda il problema della natura del concordato, le Sezioni Unite hanno osservato come, sotto la vigenza della legge fallimentare originaria, fosse ravvisabile un indubitabile «stampo pubblicistico»; tuttavia, a seguito delle riforme degli anni 2005 – 2007, si era delineata una procedura in cui, stante la completa riscrittura dell'art. 160, l. fall. (come detto al cap. I, par. 2.1.), era stata valorizzata la flessibilità delle soluzioni della crisi, nell'ottica di dare risalto ai «profili negoziali» del concordato²⁸³.

14 marzo 2005, n. 35, non poteva secondo la Corte ritenersi ancora valido il criterio di prevenzione, potendosi invece esaminare prima il ricorso relativo al fallimento (Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, par. 9, p. 24 del testo originale dattiloscritto, in *guidaaldiritto.ilsole24ore.com*).

²⁸² Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 149.

²⁸³ ID., *ivi*, 149-150.

In dottrina vi è stato chi, criticamente, ha ritenuto che la Corte non avesse affatto chiarito quale fosse la natura del concordato preventivo. Infatti, si è osservato che, benché in apertura la Corte avesse mostrato apparentemente di mettere in primo piano la sfera “privatistica” del concordato, in realtà l’introduzione di un controllo giudiziale sulla causa concreta (come si avrà modo di dire in seguito) avrebbe re-inserito nell’ordinamento elementi di «etero-tutela» propri del regime previgente²⁸⁴.

2.3. (Segue). *L’attestatore e la fattibilità come presupposto di ammissibilità*

Le altre premesse esposte dalla Corte hanno riguardato il ruolo del professionista e la qualificazione della fattibilità come presupposto di ammissibilità della procedura concordataria.

Sulla scorta dell’art. 161, comma terzo, l. fall., le Sezioni Unite hanno precisato che al solo professionista attestatore è demandato il compito di certificare la veridicità dei dati e di svolgere la prognosi di fattibilità, ma questo assunto non sgomberava il campo dai dubbi relativi ai poteri del giudice²⁸⁵. Infatti, la Corte ha rilevato come non potesse non prendersi in considerazione anche l’art. 162 l. fall., che, nella lettura delle Sezioni Unite, avrebbe incluso tra i requisiti di ammissibilità del concordato non tanto la relazione del professionista, quanto proprio la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sicché l’accertamento della mancanza di fattibilità avrebbe condotto inevitabilmente alla pronuncia di inammissibilità della domanda²⁸⁶. In aggiunta, la Corte ha statuito che il controllo del tribunale sulla fattibilità non è di secondo grado, cioè basato esclusivamente sulla relazione del professionista²⁸⁷. Questa presa di posizione potrebbe sembrare il disconoscimento di uno dei capisaldi della teoria del controllo di legittimità

²⁸⁴ LO CASCIO, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 5, 534.

²⁸⁵ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 150.

²⁸⁶ ID., *ibidem*.

²⁸⁷ ID., *ibidem*.

sostanziale, a favore di quella del controllo di merito; tuttavia, va osservato come la decisione abbia comunque ritenuto imprescindibile un controllo proprio sulla logicità e completezza della motivazione del professionista, quale fondamentale presupposto a garanzia della corretta informazione della platea dei creditori²⁸⁸. In aggiunta, le Sezioni Unite hanno avvicinato la figura del professionista a quella di ausiliario – e non di consulente tecnico d’ufficio – del giudice, come già accennato al precedente cap., par. 2.2.

Non potevano, però, non rilevarsi delle contraddizioni nel ragionamento della Corte, tant’è che proprio con riferimento a questi specifici argomenti si sono appuntate alcune critiche in dottrina. Non sarebbe possibile, infatti, attribuire al tribunale dapprima un vaglio diretto sulla fattibilità, sottintendendo apparentemente l’accoglimento della tesi del controllo sostanziale, salvo poi specificare che l’organo giurisdizionale debba verificare l’attendibilità della parte motiva della relazione del professionista, mostrando invece adesione alla tesi del controllo di legittimità sostanziale²⁸⁹.

Inoltre, vi sono state voci che hanno disconosciuto la riconducibilità della fattibilità *in sé* ai presupposti di ammissibilità²⁹⁰. In quest’ottica, come presupposto doveva essere intesa la relazione attestante la veridicità e la fattibilità.

Ma non solo: è nel rapporto tra il tribunale e relazione del professionista che si sono appuntati i rilievi maggiori. Taluno ha infatti ritenuto che la Corte abbia dato indicazioni incomplete, dal momento che, se da un lato escludeva che il controllo fosse solo sulla congruità della relazione e, dall’altro, demandava la valutazione circa la fattibilità “economica” ai creditori (su cui si dirà al prossimo paragrafo), in realtà non si capiva dove potesse incunarsi il sindacato dell’organo giurisdizionale²⁹¹. Non sarebbe rinvenibile, secondo questa dottrina, una terza via, un terzo ambito di sindacato che sia a metà fra

²⁸⁸ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 150.

²⁸⁹ LAMANNA, *L’indeterminismo creativo*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 8-9.

²⁹⁰ LO CASCIO, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 5, 531; FABIANI, *Guida rapida*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 3.

²⁹¹ MONTALENTI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 233.

quello indiretto sulla relazione e quello diretto sulla fattibilità. In aggiunta, la valutazione sulla fattibilità demandata ai creditori altro non sarebbe che, in realtà, proprio una valutazione sulla congruità della motivazione della relazione (oltretutto della restante documentazione allegata alla domanda). Precisa infatti l'Autore citato²⁹²:

il giudizio sulla fattibilità, sotto un profilo di legalità sostanziale e quindi di correttezza, è pur sempre un giudizio di ragionevolezza della prognosi, di attendibilità della previsione prospettica, di fondatezza della verificabilità del programma di recupero dell'impresa, sia pure sulla base dei dati disponibili e di una delibazione *prima facie*.

Non sarebbe dunque possibile nemmeno per i creditori, in quest'ottica, scindere l'aspetto della comprensione dell'attestazione da quello della valutazione di fattibilità. La dottrina in parola ha ritenuto che la Corte avrebbe fatto meglio a far uso di alcune clausole generali proprie del diritto commerciale, perché in questo modo si sarebbe evitata la contraddizione suddetta. In particolare, è stata indicata l'espressione contenuta in una disposizione di cui si è già parlato al precedente cap., par. 2.2.1. (n. 54), ossia l'art. 2501-bis c.c. in tema di fusione societaria. Ivi si fa infatti riferimento alla «ragionevolezza» del contenuto del progetto di fusione, attestata, per l'appunto, da un comitato di esperti. A questa si aggiungeva anche il «fondato giudizio» (sulla situazione e sulla prognosi di risultato dell'emittente) contenuto nei prospetti di offerta di prodotti finanziari, di cui all'art. 94, comma secondo, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.I.F.). L'aggancio a questi concetti già assodati nel diritto commerciale avrebbe costituito una piattaforma più solida per gli argomenti delle Sezioni Unite rispetto all'introduzione delle nozioni di fattibilità «giuridica» ed «economica», nonché di «causa in concreto»²⁹³. Sostanzialmente, la Corte avrebbe potuto descrivere il controllo giudiziale come un vaglio sulla ragionevolezza delle conclusioni dell'attestatore, senza svolgere alcuna considerazione relativa ai due tipi di fattibilità e alla causa del concordato.

²⁹² MONTALENTI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in Giur. Comm., 2014, I, 233.

²⁹³ ID., *ivi*, 234.

Anche altra dottrina ha rilevato una contraddizione tra l'attribuzione di un sindacato non soltanto indiretto al giudice e la fattibilità economica ai soli creditori²⁹⁴. L'attribuzione di un vaglio sulla fattibilità non di secondo grado, bensì *diretto*, sarebbe del tutto incompatibile con l'affermazione per cui il tribunale «non può esercitare un controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo»²⁹⁵.

Altra parte della dottrina ha cercato, sotto questo profilo, di spiegare in che modo possa essere inteso il controllo sulla congruità della motivazione della relazione. Sempre nell'ottica di ricondurre le affermazioni delle Sezioni Unite su terreni già noti, si è affermato che il controllo del tribunale sulla relazione (beninteso, quel controllo di secondo grado che non esaurirebbe i poteri dell'organo giurisdizionale ma ne sarebbe comunque parte fondamentale) sarebbe equiparabile al vaglio cui il giudice amministrativo può sottoporre i provvedimenti discrezionali dell'autorità pubblica: se non si può certo scendere nel merito delle decisioni (ossia, nel concordato, dell'*affermazione* di una prognosi positiva di adempimento), tuttavia si deve accertare la «coerenza, logicità e completezza» di quanto certificato dal professionista²⁹⁶; in sostanza, un sindacato circa il corretto adempimento del proprio compito da parte dell'attestatore.

Non sembra, tuttavia, errata l'osservazione di quella dottrina che ha ritenuto non essenziale alle conclusioni della Corte questa premessa sul ruolo del professionista²⁹⁷. Senza escludere, chiaramente, l'importanza che assume la comprensione della posizione dell'attestatore nel complessivo problema dell'ambito del sindacato giudiziale, si è rilevato che le Sezioni Unite avrebbero basato i principi di diritto su elementi ulteriori e diversi, ossia la scissione della fattibilità e la causa in concreto, di cui si provvede ora a trattare.

²⁹⁴ SACCHI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 226-227.

²⁹⁵ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 153.

²⁹⁶ NIGRO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 236.

²⁹⁷ FABIANI, *Guida rapida*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 3-4.

2.4. *La scissione fra fattibilità “giuridica” ed “economica” e la causa in concreto del concordato*

Come già accennato al cap. I, par. 1, la delimitazione dei poteri del tribunale, nell’ottica della Corte, non poteva non passare da una distinzione interna alla categoria della fattibilità.

Intendendosi in generale con il termine “fattibilità” la prognosi di realizzabilità della proposta, in particolare la Corte ha ritenuto di distinguere i due concetti di fattibilità “giuridica” ed “economica”, la prima consistendo nella conformità dei singoli atti del piano alle norme inderogabili dell’ordinamento²⁹⁸. Come tale, la fattibilità giuridica integrerebbe un requisito di ammissibilità e sarebbe compito del solo tribunale verificarne la sussistenza. La Corte ha poi riconosciuto come l’incertezza si registrasse soltanto in punto di “fattibilità economica”, cioè la «verosimiglianza dell’esito» degli atti indicati nel piano²⁹⁹. A ogni modo, le Sezioni Unite hanno ritenuto di escludere che il tribunale avesse il compito di sincerarsi della probabilità di riuscita economica delle operazioni, potendo soltanto rilevare la manifesta inadeguatezza degli atti contenuti nel piano a raggiungere gli obiettivi della proposta; in generale, le valutazioni in punto di fattibilità “economica” sarebbero di pertinenza del solo ceto creditorio.

Ebbene, proprio su questa distinzione si sono appuntate notevoli critiche in dottrina. V’è stato chi ha ritenuto «sorprendente» la scissione³⁰⁰; chi l’ha qualificata come «artificiosa»³⁰¹; chi «discutibile»³⁰². Al di là delle espressioni utilizzate, risultava evidente la contraddizione in cui era incorsa la Corte. Se inizialmente aveva qualificato la fattibilità (senza specificazioni) tra i requisiti di ammissibilità (e l’art. 162 l. fall. prescrive la pronuncia di inammissibilità, immancabilmente, a opera del tribunale); se aveva ritenuto

²⁹⁸ Cass. S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

²⁹⁹ ID., *ibidem*.

³⁰⁰ LAMANNA, *L’indeterminismo creativo*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 9.

³⁰¹ D. GALLETTI, *I molteplici equivoci di una formula ambigua e, forse, inutile: la fattibilità economica e giuridica*, in *Ilfallimentarista.it*, 14 gennaio 2016, 1.

³⁰² SACCHI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 226.

che il tribunale non dovesse concentrarsi soltanto sul vaglio della relazione, ma anche, in modo diretto, sulla fattibilità; allora, di conseguenza, risultava negazione di quanto appena detto l'attribuire le valutazioni sulla fattibilità economica esclusivamente ai creditori³⁰³. Peraltro, nell'ambito di questa dottrina critica si è anche rilevato che, avendo la Corte comunque affermato la necessità di un controllo sulla congruità della motivazione dell'attestazione, allora il tribunale avrebbe potuto recuperare il controllo sulla fattibilità economica censurando, formalmente, la relazione³⁰⁴. In altre parole, qualora l'organo giurisdizionale intendesse eccedere i confini delle sue attribuzioni, potrebbe farlo negando l'ammissione per essere la parte motiva dell'attestazione contraddittoria o incompleta. Si tratta, all'evidenza, di argomentazioni non troppo dissimili da quelle formulate, nel primissimo vigore della riforma del 2005, da parte della dottrina, come si è detto al par. 2.4.3. del cap. precedente. Tale dottrina riteneva, da un lato, che la riforma attribuisse al tribunale soltanto un controllo di tipo formale, ma, dall'altro, che nulla avrebbe impedito all'organo giurisdizionale di far leva sull'inadeguatezza della relazione a soddisfare i requisiti di ammissibilità della domanda di concordato, così permettendo di negare l'ammissione sulla scorta, in realtà, di una prognosi negativa relativa al piano³⁰⁵.

Non solo: la dottrina ha anche avuto modo di sottolineare che, in realtà, la distinzione sarebbe infelice in considerazione del fatto che le due fattibilità sono strettamente correlate. Mai, in sostanza, potrebbe ritenersi fattibile economicamente un piano, qualora gli atti in esso previsti siano contrari a norme inderogabili. La comminata nullità osterebbe al loro compimento e, quindi, alla realizzazione dell'attivo che dovrebbe alimentare il fabbisogno concordatario³⁰⁶. E ancora: sarebbe irrealistico pensare, secondo parte della

³⁰³ LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Il fallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 10-11; MONTALENTI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 233.

³⁰⁴ LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Il fallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 11; analogamente anche I.L. NOCERA, *Causa concreta e fattibilità del concordato preventivo: la persistenza del dubbio*, in *Fall.*, 2018, 1, 62.

³⁰⁵ FABIANI, *Le trasformazioni*, in *Foro it.*, 2005, V, 159.

³⁰⁶ NIGRO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 235.

dottrina, che vi sia una netta divisione, nei fatti, dei compiti del professionista attestatore e dei consulenti legali del debitore. Come il difensore di questi non limita il suo apporto alla sola considerazione della legalità degli atti inseriti nel piano, così l'attestatore non dovrebbe mostrarsi incurante della "fattibilità giuridica"³⁰⁷. A ogni modo, sebbene queste osservazioni della dottrina appaiono incontestabili, ciò non toglie che, da un punto di vista logico, può senz'altro distinguersi tra i due tipi di fattibilità (nell'ottica della Corte). Il fatto che, a monte, il professionista debba interessarsi anche dei profili eminentemente giuridici e che il difensore del debitore debba anche ragionare in termini di realizzo economico non esclude che, a valle, il tribunale possa essere chiamato a controllare un solo profilo e i creditori un altro. Dunque, quello che sembrerebbe effettivamente suggerire questa dottrina è che non sembra opportuno scindere ciò che dovrebbe restare unico, pena l'aumento dell'incertezza e non, invece, la sua eliminazione³⁰⁸.

2.5. (Segue). *La causa concreta del concordato*

L'ulteriore e fondamentale approdo della sentenza è stato quello relativo alla valorizzazione della causa "in concreto" del concordato. Non può sin d'ora non evidenziarsi un punto. Si è già detto al par. 2.1. che la Corte, nel motivare l'attivazione dell'art. 363 c.p.c., ha riferito di tre questioni dibattute, tra le quali ricorreva anche la seguente: se, in caso di infattibilità del piano, si potesse ravvisare impossibilità dell'*oggetto* del concordato³⁰⁹. Questo riferimento sembrerebbe costituire un implicito richiamo alla precedente sentenza Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, di cui si è detto al par. 1.2. È in essa che la Corte aveva parlato di impossibilità dell'*oggetto*³¹⁰. Tuttavia, le

³⁰⁷ GALLETTI, *I molteplici equivoci*, in *Il fallimentarista.it*, 14 gennaio 2016, 1.

³⁰⁸ Nel senso della necessità di «non enfatizzare» la distinzione anche 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"*, in *Fall.*, 2013, 3, 288.

³⁰⁹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, par. 9, p. 34 del testo dattiloscritto originale, in *guidaaldiritto.ilsole24ore.com*.

³¹⁰ Cass. Civ. Sez. I, 15 ottobre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I-1, 145.

Sezioni Unite hanno ritenuto di abbandonare l'elemento contrattualistico dell'oggetto, utilizzando invece quello della causa.

Posto che, in astratto, la causa del concordato consiste nel superamento della crisi attraverso un soddisfacimento, sia pur parziale, dei creditori, le Sezioni Unite hanno aggiunto che il tribunale deve aver riguardo anche alla realizzazione della causa come risultante dalla proposta del caso concreto. La Corte ha così mostrato di essersi inserita pienamente nel solco della giurisprudenza che utilizza come criterio decisionale la causa concreta, la «ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame»³¹¹. La digressione sulla causa in concreto è risultata, nel ragionamento della Corte, strumentale a dare risposta positiva a un quesito, ossia se il tribunale possa sindacare la *manifesta* infattibilità del concordato ad assicurare un soddisfacimento quantomeno minimale al ceto chirografario. Infatti, dopo aver affermato che la verifica sulla fattibilità giuridica è demandata all'organo giurisdizionale, il quale deve anche vagliare l'adeguatezza della relazione a informare i creditori, unici abilitati a svolgere considerazioni in punto di fattibilità economica, la Corte ha ritenuto di precisare che al tribunale «non è inibito prestare attenzione alla fattibilità» (qui intendendosi, parrebbe, quella economica), dovendo anzi verificare che non vi sia «assoluta impossibilità di realizzazione» del piano; proprio l'individuazione della causa concreta sarebbe, in quest'ottica, il mezzo attraverso cui l'organo giurisdizionale può sindacare la manifesta infattibilità, sotto un profilo che però, come è stato evidenziato dalla dottrina (su cui *infra* in questo par.), in realtà attiene alla fattibilità «economica»³¹².

L'indagine circa la causa concreta è stata definita dalle Sezioni Unite come³¹³:

l'accertamento delle 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.

³¹¹ V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA - P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 344.

³¹² Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

³¹³ ID., *ibidem*.

La causa concreta rientrerebbe dunque - come elemento la cui mancanza renderebbe illegittimo l'accordo concordatario - nello spettro della fattibilità giuridica, secondo il ragionamento della Corte³¹⁴. In definitiva, se il tribunale è chiamato a verificare il rispetto delle norme imperative da parte degli atti indicati nel piano, allora dovrà anche sincerarsi che dal complesso di detti atti non risulti minata la causa, concreta oltrech  astratta, del concordato, in ossequio a quella norma imperativa rinvenibile nell'art. 1325 c.c. Ma l'organo giurisdizionale potrebbe sindacare soltanto un'inidoneit  *manifesta* al soddisfacimento minimale dei creditori chirografari e al superamento della crisi, poich , in generale, l'assunzione del rischio di inadempimento sarebbe propria dei soli creditori e il tribunale sarebbe in dovere esclusivamente di mitigare detto rischio³¹⁵.

In dottrina v'  stato chi ha meglio chiarito il rapporto fra gli elementi di cui si   detto (fattibilit  giuridica, causa in concreto, assenza di infattibilit  manifesta)³¹⁶:

il sindacato del giudice dovr  esercitarsi invece nella verifica - perch  in ci  consiste il controllo sulla causa - che il singolo concordato, pur non prevedendo prestazioni illecite o impossibili, non sia comunque inidoneo, in virt  della concreta disciplina dettata dai paciscenti, a realizzare gli interessi programmati dai contraenti stessi.

  di tutta evidenza, in dottrina, come il percorso argomentativo delle Sezioni Unite sia risultato di difficile lettura³¹⁷. Peraltro, sembrerebbe che la stessa Corte non sia stata insensibile alle critiche svolte in letteratura su questo punto, dal momento che pu  ravvisarsi, in pronunce successive confermate del precedente, uno sforzo chiarificatore ulteriore³¹⁸:

quantunque in sede di omologazione le corti di merito siano chiamate a verificare la fattibilit  del concordato, il sindacato su tale punto, nei casi

³¹⁴ A. DI MAJO, *Il percorso "lungo" della fattibilit  del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, 3, 292.

³¹⁵ F. DE SANTIS, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilit  della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Soc.*, 2013, 4, 448.

³¹⁶ PAGNI, *Il controllo di fattibilit *, in *Fall.*, 2013, 3, 290; in termini analoghi anche DI MAJO, *Il percorso "lungo"*, in *Fall.*, 2013, 3, 279-292-293.

³¹⁷ GALLETTI, *Speciale Decreto*, in *Ilfallimentarista.it*, 23 settembre 2015, 1; si veda anche *supra* nn. 275-276.

³¹⁸ Cass. Civ. Sez. I, ord., 9 giugno 2017, n. 14444, par. 7, in *Ilcodicedeconcordati.it*.

in cui, come quello in esame, si discute della fattibilità economica, non può essere esteso oltre la verifica della idoneità della proposta concordataria a realizzare la "causa concreta" della procedura concorsuale minore che si estrinseca nella finalità di assicurare il superamento della crisi attraverso "una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari".

Non può sottacersi come anche il riferimento alla causa concreta abbia suscitato critiche in dottrina (anche in quella che ha accolto con favore la sentenza)³¹⁹. Si è già accennato, nel paragrafo precedente, alla dottrina che ha ritenuto che la Corte avrebbe potuto utilizzare categorie già assodate nel diritto commerciale, invece di scindere la fattibilità e di richiamare la nozione di causa in concreto³²⁰. In aggiunta, non è mancata voce in dottrina che abbia rilevato come parlandosi di una procedura (che indubbiamente ha elementi negoziali, ma che non può ricondursi alla sola figura del contratto) sarebbe stato meglio discorrere di *funzione* e non di causa del concordato³²¹.

È stato, poi, rilevato che la decisione non avrebbe statuito con sufficiente chiarezza fin dove possa spingersi il vaglio giudiziale³²². A monte, infatti, vi sarebbe l'assunto delle Sezioni Unite per cui non potrebbe, in astratto, determinarsi il perimetro del sindacato tribunale, posto che il legislatore ha consentito la massima flessibilità nell'approntamento della proposta e del piano: stando così le cose, sarebbe demandata al giudice, volta per volta, la verifica circa il rispetto della causa concreta³²³. Il problema si porrebbe, sembrerebbe, per il fatto che la Corte non ha dettato particolari criteri che possano guidare i giudici di merito in questo accertamento.

È stato anche ritenuto improprio il richiamo alla causa sulla base di considerazioni proprie del diritto dei contratti³²⁴. A voler infatti paragonare il concordato a un contratto, non potrebbe non nascondersi come la fattibilità, in quanto prognosi di adempimento, si collochi nella dimensione dinamica

³¹⁹ FABIANI, *Guida rapida*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 6-7.

³²⁰ MONTALENTI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 234.

³²¹ NIGRO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 236.

³²² DE SANTIS, *Le Sezioni Unite*, in *Soc.*, 2013, 4, 448.

³²³ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 152.

³²⁴ LO CASCIO, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 5, 534.

del contratto, quella della sua esecuzione. Pertanto, la sua mancanza determinerebbe risoluzione, incidente sul contratto – rapporto; diversamente, la causa, essendo requisito del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c., inerisce alla fase genetica dello stesso e la sua mancanza determina nullità, incidente sul contratto – atto³²⁵. Si tratta di argomentazioni analoghe a quelle già fatte proprie da altra dottrina in commento alla sentenza 15 settembre 2011, n. 18864, in cui la Corte di Cassazione aveva richiamato l'elemento dell'oggetto del contratto³²⁶.

Come è emerso già *in nuce* nelle considerazioni precedenti, i ragionamenti relativi alla causa in concreto avvicinano molto la fattibilità giuridica a quella economica. Benché di primo acchito la distinzione sembri pacifica, tuttavia, nel momento in cui la Corte ha aggiunto l'ulteriore elemento della causa concreta, ha inevitabilmente svolto considerazioni che si pongono sulla linea di confine fra le due fattibilità. Da un lato, il richiamo alla causa coinvolge considerazioni relative alla legittimità del contratto, alla sua validità; dall'altro, tuttavia, detto richiamo è servito proprio a consentire un controllo sulla fattibilità economica, seppur nel limite in cui emerga *prima facie* la sua insussistenza (con riferimento a una percentuale minima per il ceto chirografario). Questa considerazione sembrerebbe incontestabile, dal momento che nella sentenza le Sezioni Unite si interrogano se possa, il tribunale, assumere di propria iniziativa una decisione contrastante con la prognosi dell'attestatore³²⁷. Se ci si pone questa domanda, peraltro appena dopo aver affermato che l'organo giurisdizionale ha il compito di negare l'omologazione in caso di infattibilità “giuridica”, allora significa che si sta dando per scontato che quella di cui si sta trattando sia una valutazione anche di fattibilità “economica”.

³²⁵ ROPPO, *Il contratto*, 681.

³²⁶ FABIANI, *I disorientamenti*, in *Foro it.* 2012, I, 172.

³²⁷ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

Tuttavia, questa attribuzione al tribunale di un'appendice di controllo sui profili economici ha costituito ulteriore motivo di critica in dottrina³²⁸. Innanzitutto, vi è stato chi ha ritenuto l'assunto della Corte addirittura pericoloso, dal momento che porterebbe un elemento di incertezza, foriero a sua volta di disomogeneità applicativa nel territorio³²⁹. Effettivamente, in quest'ottica non può non rilevarsi come né le Sezioni Unite né la legge forniscano delle direttive che permettano di stabilire univocamente quando un piano sia *manifestamente infattibile*. Anzi, è nella stessa sentenza in oggetto che si è affermato che il perimetro di controllo non sarebbe predeterminabile a priori a causa della libertà di forme che può assumere il piano e dell'assenza di criteri direttivi, come già detto³³⁰.

È stato comunque osservato che le Sezioni Unite sarebbero incorse in questo disorientamento interpretativo per assecondare un lodevole intento³³¹. Secondo questa interpretazione, si potrebbe dire che la Corte avesse inteso attribuire al tribunale il compito di sincerarsi che il rispetto della causa non fosse semplicemente *affermato* nella proposta: non sarebbe sufficiente che il debitore formuli una proposta in cui afferma di voler superare la crisi, soddisfacendo i creditori sulla base del piano allegato. Il tribunale, dunque, dovrebbe spingersi a verificare che in concreto sia davvero rispettata la causa. Questa sarebbe la *ratio* lodevole del ricorso alla causa concreta. Purtroppo, la dottrina che si riporta ha rimarcato come questo abbia aperto la strada al controllo in punto, anche, di fattibilità economica, per i motivi già sopra riportati. Il problema di fondo, in sostanza, sarebbe l'annacquamento dei confini tra i due tipi di fattibilità a causa del controllo sulla sussistenza della causa concreta, con conseguente rischio di eccessiva discrezionalità di

³²⁸ CALANDRA BUONAURA, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 237; DE SANTIS, *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, 3, 283; PANZANI, *I nuovi poteri*, in *Soc.*, 2013, 5, 576; LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 13.

³²⁹ SACCHI, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 227-228.

³³⁰ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 152.

³³¹ PANZANI, *I nuovi poteri*, in *Soc.*, 2013, 5, 576.

giudizio in capo all'organo giurisdizionale³³². Peraltro, non è mancato chi, aderendo pienamente a quanto appena detto, abbia ravvisato il rischio che la sentenza potesse essere interpretata accentuando oltremodo questo sfioramento nella fattibilità economica³³³.

L'impostazione in parola, per cui sarebbe apprezzabile l'intento di consentire un vaglio non di mero rispetto delle norme imperative, non era peraltro isolata. Nello stesso senso si sono espresse anche altre voci, che, pur mostrando di non gradire particolarmente la locuzione "causa concreta", hanno sottolineato come questa dovrebbe essere intesa come chiave interpretativa necessaria per catturare le ipotesi di abuso del concordato³³⁴. In sostanza, nel contesto di un dato normativo che non prevede con sufficiente grado di dettaglio i controlli del tribunale, il richiamo alla causa concreta consentirebbe la necessaria elasticità che porti l'organo giurisdizionale a sanzionare con inammissibilità, revoca o diniego di omologazione i concordati senza dubbio infattibili, che come tali danneggerebbero, con la loro prosecuzione, le ragioni creditorie.

In conclusione sul punto, merita inevitabilmente riferire della dottrina che ha ritenuto che si rendesse doverosa una lettura «minimalista» della sentenza, perché questa impostazione sembrerebbe quella che, in aderenza peraltro alla decisione della Corte, abbia individuato il punto di equilibrio: da un lato non si è ignorato il significato della causa concreta, dall'altro si è inteso valorizzare il ruolo comunque riservato ai creditori³³⁵. Sostanzialmente, sarebbe opportuno che l'interprete si concentrasse più sull'espressione "manifesta infattibilità" che non sulla "causa concreta". L'inammissibilità, la revoca o il diniego di omologazione potrebbero fondarsi sulla mancanza di

³³² PANZANI, *I nuovi poteri*, in *Soc.*, 2013, 5, 576.

³³³ CALANDRA BUONAURA, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 237.

³³⁴ A. GAMBINO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 240; A. BASSI, *ivi*, 241.

³³⁵ FABIANI, *Guida rapida*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 7; in termini analoghi anche CALANDRA BUONAURA, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 237.

causa concreta soltanto nei casi più conclamati di inidoneità del piano a essere realizzato in alcuna misura utile ai creditori chirografari. Questo sarebbe l'unico atteggiamento che consentirebbe ai creditori di mantenere intatto il loro diritto di esprimersi sulla proposta con il voto, senza che però venga sottoposto alla loro attenzione un concordato che non abbia alcuna speranza di realizzazione. Il fondamento di questa lettura minimalista starebbe nell'aver la Corte al proposito parlato di rilevabilità «*prima facie*» di un'infattibilità economica siffatta³³⁶.

2.6. *Fattibilità economica nel concordato liquidatorio*

Le Sezioni Unite hanno addotto, tra i vari argomenti a sostegno della tesi per cui il tribunale non è investito del controllo sull'esito fausto del piano dal punto di vista economico, anche quello per cui non si sarebbe potuta individuare nell'ordinamento concorsuale alcuna norma che obblighi il debitore a indicare una specifica percentuale di soddisfacimento assicurata, che valga come condizione di ammissibilità del concordato³³⁷. Si dirà nel successivo par. 3 come la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie avrebbero poi ritenuto di poter conciliare l'insegnamento della Corte con l'inserimento, a opera della riforma del 2015, della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari; non si mancherà, peraltro, di riportare gli argomenti di quella posizione minoritaria che avrebbe invece ritenuto superata l'impostazione delle Sezioni Unite in forza di detta novità legislativa. Appare quindi congruo non dilungarsi qui sul punto, rimandando al par. 3., salvo ora accennare al fatto che la dottrina, nei primissimi commenti alla sentenza di cui trattasi, non ha prestato particolare attenzione a questo passaggio argomentativo. Soltanto una voce, concorde, ha esplicitato il pensiero della Corte, nel senso che nell'assenza di una previsione normativa quale quella dell'attuale art. 160, comma quarto, l. fall., l'unico problema che poteva porsi

³³⁶ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 152.

³³⁷ *ID.*, *ivi*, 153.

era quello della convenienza della proposta, valutazione pacificamente demandata ai soli creditori³³⁸.

2.7. I tre momenti del controllo di fattibilità da parte del tribunale

Tra gli ultimi passaggi significativi della sentenza si registra una presa di posizione circa il perimetro dei poteri giudiziali nelle diverse fasi del concordato. La Corte ha infatti affermato che, stante la specularità fra i termini utilizzati nelle norme relative all'ammissione e quelle relative alla revoca della stessa (artt. 161, 162 e 173 l. fall.), si dovrebbe desumere anche l'identità dei poteri in queste due fasi; quanto invece al giudizio di omologazione, il controllo di regolarità della procedura coprirebbe indubbiamente la fattibilità giuridica e, attraverso la lente della causa in concreto, il profilo dell'inidoneità del piano emergente *ictu oculi*³³⁹.

In dottrina vi è stato chi ha mostrato perplessità anche per queste conclusioni, quantomeno con riferimento alla revoca ai sensi dell'art. 173 l. fall.³⁴⁰. Per comprendere il motivo di questo scetticismo bisogna, a monte, capire quale sia il tipo di valutazione svolta dal commissario giudiziale nell'attivazione del rimedio della revoca dell'ammissione. Volendo ritenere che il commissario compia un vaglio sulla fattibilità economica (senza comunque che gli sia sottratto quello sulla giuridica, per non menzionare poi gli specifici controlli di cui al comma primo della disposizione), allora potrebbe sostenersi una critica alla posizione delle Sezioni Unite, ossia che il tribunale, attivato l'art. 173 l. fall., sarebbe comunque re-investito della valutazione sulla fattibilità economica. Questa posizione dottrinale premetteva al proprio ragionamento la prassi giurisprudenziale (appartenente al filone del controllo sostanziale)

³³⁸ CALANDRA BUONAURA, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 238.

³³⁹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 154.

³⁴⁰ JORIO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 217; in senso analogo anche AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, in *Dir. Fall.*, 2014, 5, 509 (si veda però l'orientamento successivo dello stesso A. nella n. 341); FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 567-568.

precedente alla sentenza in commento, che vedeva, in sostanza, un'identità di estensione dell'ambito cognitivo del tribunale e del commissario giudiziale. Tuttavia, non sembra peregrina l'affermazione per cui, per assicurare coerenza alle considerazioni della Corte, basterebbe ritenere che il commissario giudiziale debba mostrare il proprio scetticismo in punto di fattibilità economica soprattutto nelle relazioni e nel parere di cui agli artt. 172, 179 e 180 l. fall., mostrando invece le sue perplessità su questo profilo del piano al tribunale solo nei casi in cui vi sia *manifesta* infattibilità economica³⁴¹; eppure, questo bilanciamento è stato rigettato dall'impostazione in parola, a causa della riconduzione della inidoneità del piano rilevabile *prima facie* nella infattibilità giuridica³⁴². A maggior rinforzo, invece, della soluzione di equilibrio prospettata, starebbe anche l'ulteriore affermazione della Corte, per la quale nel caso di attivazione del rimedio di cui all'art. 179 l. fall. il commissario rivolge l'informativa ai creditori, disposizione dalla quale si dedurrebbe che il tribunale non riceve alcuna notizia sul punto³⁴³. Ebbene, in quest'ottica allora si riconfermerebbe l'impianto generale della sentenza: nei casi di manifesta irrealizzabilità della causa concreta (per lampante infattibilità economica), il tribunale conserverebbe il potere di negare l'ammissione, revocarla o non omologare³⁴⁴; nelle ipotesi di infattibilità economica non palese, invece, la valutazione sul punto sarebbe rimessa al commissario giudiziale e ai creditori.

2.7.1. *L'opposizione in punto di fattibilità*

Il richiamo alla revoca del voto *ex art.* 179, comma secondo, l. fall. ha costituito lo spunto, in parte della dottrina, per negare che il tribunale possa conoscere della fattibilità economica in sede di omologazione, in quanto il riconoscimento del potere del creditore di modificare il voto per questioni

³⁴¹ AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in ID. (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 171.

³⁴² JORIO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 217.

³⁴³ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 155.

³⁴⁴ AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in ID. (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 171.

relative alla fattibilità economica impedirebbe allo stesso creditore di svolgere opposizione sul punto: lo strumento corretto, insomma, per lamentare l'infattibilità economica del concordato sarebbe la revoca del voto, non l'opposizione³⁴⁵. Semmai, secondo questa tesi, un'opposizione potrebbe validamente fondarsi non sulla mancanza di fattibilità economica, quanto piuttosto sull'assenza di una corretta informazione sul punto³⁴⁶: quest'impostazione sembrerebbe a prima vista conforme con l'assunto delle Sezioni Unite, per cui i profili di realizzabilità economica sono demandati ai soli creditori, purché l'apporto informativo di cui godono sia congruo³⁴⁷.

Ciò non toglie, tuttavia, che la dottrina maggioritaria, non senza il conforto della giurisprudenza di legittimità, sia contraria all'impostazione che non riconosce l'infattibilità quale valido motivo di opposizione³⁴⁸. Non può dimenticarsi che la pronuncia delle Sezioni Unite non si era affatto espressa circa una ri-espansione del sindacato del tribunale in caso di opposizioni sul punto. Non casualmente, è servita una successiva pronuncia dello stesso anno per affermare il principio per cui l'intervento giurisdizionale sul punto sarebbe ontologicamente legato al ruolo del tribunale quale «risolutore di conflitti», sollecitabile soltanto da apposita opposizione di uno o più creditori dissenzienti³⁴⁹. Va opportunamente anticipato che proprio la possibilità che il tribunale vagli la fattibilità del piano, se non d'ufficio quantomeno su opposizione di parte, consentendo lo spiegamento del diritto di difesa, è un utile argomento che può consentire di non aderire pienamente alla critica

³⁴⁵ FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 579-580.

³⁴⁶ AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, in *Dir. Fall.*, 2014, 5, I, 504; G. MINUTOLI, *La fattibilità del concordato nella "terra di mezzo" dei sequestri preventivi e di prevenzione: prove critiche di tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2017, 6, 680 e ss.

³⁴⁷ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 155.

³⁴⁸ GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 911 e ss.; GUGLIELMUCCI, *La riforma*, 109-110; JORIO, *Fattibilità del piano*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, 1113; PACCHI, *Il concordato preventivo*, in BERTACCHINI, *Manuale di diritto fallimentare*, 517; PAGNI, *Contratto e processo*, in BUONOCORE – BASSI (ed.), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, 583; TEDOLDI, *Appunti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 664; Cass. Civ. Sez. I, 26 settembre 2013, n. 22083, in *Fall.*, 2014, 7, 824; Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, I, 2308; Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, *ibidem*.

³⁴⁹ Cass. Civ. Sez. I, 26 settembre 2013, n. 22083, in *Fall.*, 2014, 7, 824.

dottrinale secondo cui la scelta del legislatore dell'ultima riforma di attribuire il controllo in punto di fattibilità al tribunale sarebbe scelta non congrua, dal momento che lo stesso non sarebbe organo tecnicamente competente³⁵⁰. Se è vero, come detto, che le valutazioni di fattibilità economica richiedono competenze extra-giuridiche, tuttavia è anche vero che il tribunale gode dell'apporto informativo fornito dal professionista prima e dal commissario poi, alla stregua delle consulenze tecniche previste in generale per il procedimento ordinario di cognizione, nonché, chiaramente, degli altri mezzi di prova richiesti dalle parti o disposti d'ufficio (art. 180, comma quarto, l. fall e art. 48, comma terzo, CCII). Semmai, si può porre in discussione l'opportunità che l'organo giurisdizionale intercetti il concordato anche nell'assenza di opposizioni di parte, ma la critica alla scelta legislativa non sembra potersi fondare sulla mancanza di competenze tecniche *ad hoc*.

2.8. Considerazioni conclusive

Sembra di potersi pacificamente concordare con quei commentatori che hanno messo in luce la tortuosità delle argomentazioni della Corte³⁵¹. Ciò non toglie, tuttavia, che alcuni punti restano incontestabili. In particolare, al tribunale, nell'ottica della Corte, spetta senz'altro un controllo sul rispetto, da parte degli atti indicati nel piano, delle norme inderogabili dell'ordinamento³⁵². D'altro canto, l'organo giurisdizionale non può, nella generalità dei casi, compiere una prognosi di realizzabilità degli intendimenti del debitore da un punto di vista economico, essendo questa valutazione, unitamente a quella di convenienza, demandata ai soli creditori (che possono però investire della questione il tribunale tramite specifica opposizione)³⁵³. In aggiunta, indubbiamente l'organo giurisdizionale deve assicurarsi che la

³⁵⁰ STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449 e ss.

³⁵¹ Su tutti JORIO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 215; altri riferimenti sono già nella note 279 e 280.

³⁵² Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

³⁵³ ID., *ibidem*.

relazione del professionista sia congruamente motivata, così che i creditori possano correttamente informarsi circa la fattibilità economica e votare consapevolmente³⁵⁴.

All'infuori di queste considerazioni, si pone, problematicamente, il ruolo della causa concreta. Si è visto infatti, al par. 2.5., che più di una voce ha ravvisato il rischio che questa costituisca la chiave per un vaglio anche in punto di fattibilità economica: per questo motivo, si è ritenuto che l'assunto della Corte andasse inteso in senso minimale, limitando il controllo del tribunale ai soli casi di manifesta inidoneità del piano a raggiungere gli obiettivi proposti (benché la Corte riferisca tale inidoneità alla proposta)³⁵⁵. Non è un caso che la Corte di Cassazione, in una recente decisione, abbia ulteriormente chiarito il significato del precedente, ammettendo pacificamente che al tribunale è consentito negare l'ammissione del concordato qualora sia conclamata l'infattibilità economica del piano³⁵⁶.

È di tutta evidenza che questa impostazione ha inteso valorizzare i profili "privatistici" del concordato, in particolar modo riconoscendo ai creditori lo spazio di un'autotutela dei propri interessi, senza però dimenticare l'importanza del ruolo del tribunale nell'assicurare la conformità della procedura alla legge, segnatamente sotto il profilo della corrispondenza dell'attestazione del professionista alla sua *ratio*³⁵⁷. Gli unici, fondamentali, baluardi di etero-tutela sarebbero dunque due: quello dell'intercettazione, già in fase di ammissibilità, delle proposte basate su piani manifestamente inidonei a soddisfarle; quello consistente nell'assicurare la congruità della relazione e della documentazione fornita dal debitore rispetto alla loro funzione informativa³⁵⁸. Solo in presenza di queste condizioni, i creditori potrebbero fondatamente esercitare il diritto di voto.

³⁵⁴ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 150.

³⁵⁵ FABIANI, *Guida rapida*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 7.

³⁵⁶ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Fall.*, 2017, 8-9, 923.

³⁵⁷ FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 564.

³⁵⁸ ID., *ivi*, 560.

Non può però sottacersi che l'impostazione della Corte, su questi stessi profili, ha portato parte della dottrina a svolgere critiche molto severe alla sentenza. Non si comprenderebbe, in particolare, come mai il tribunale non possa essere dotato del controllo sulla fattibilità economica, non essendo dirimente, secondo questa impostazione, l'opzione per la concezione "privatistica" del concordato³⁵⁹. Questa dottrina ha aggiunto che, anche qualora si volesse ritenere il tribunale organo non tecnicamente abilitato a svolgere complesse considerazioni economico-aziendalistiche, non si riuscirebbe a spiegare come mai nella l. fall. originaria l'organo giurisdizionale avesse il compito di vagliare questi stessi profili, peraltro coadiuvato dal solo commissario e senza l'apporto informativo preliminare dell'attestatore³⁶⁰. Per di più, l'affermazione nella sentenza per cui il rischio dell'inadempimento dovrebbe essere assunto dai creditori rivelerebbe, secondo questa dottrina, una latente sfiducia anche nella capacità certificativa dell'attestazione: da ciò, la dottrina in parola ha avuto modo di concludere che, stando così le cose, non vi sarebbe motivo di mantenere la figura dell'attestatore³⁶¹. E ancora: non vi sarebbe in realtà alcun appiglio normativo che consenta (aderendo all'impostazione per cui il richiamo alla causa concreta attribuisce al tribunale una valutazione che è di fattibilità economica) di ritenere che l'infattibilità economica, ove manifesta, possa essere rilevata dal tribunale, mentre laddove non abbia carattere conclamato sarebbe di esclusiva pertinenza dei creditori³⁶².

Sulla scorta della dottrina esaminata, pare di potersi fondatamente affermare che l'origine del problema sia stata (e sia tutt'ora) la non univoca formulazione del dato normativo. Effettivamente, l'art. 162, comma secondo, l. fall. richiama apoditticamente i presupposti di cui agli artt. 160, comma primo e secondo, e 161. Non è tuttavia acclarato se dell'art. 161, comma terzo, debba intendersi richiamata l'attestazione di fattibilità del piano oppure la

³⁵⁹ LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Il fallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 19.

³⁶⁰ ID., *ibidem*.

³⁶¹ ID., *ivi*, 19-20.

³⁶² ID., *ivi*, 11.

fattibilità *in sé*. In aggiunta, l'art. 163 l. fall. ancora oggi si limita a prescrivere l'ammissione in via residuale rispetto al caso di inammissibilità, così non fornendo elementi utili a dirimere la questione. È opportuno ricordare, infatti, come una dottrina, precedentemente alla sentenza delle Sezioni Unite, abbia affermato³⁶³:

A nostro parere, la modifica dell'art. 163 disposta con il decreto correttivo non ha reso più agevole l'interpretazione della norma sui poteri del tribunale, perché disporre l'apertura della procedura, ove non si sia provveduto ai sensi dell'art. 162, può significare compiere qualsiasi giudizio, sia formale sia sostanziale.

Come detto al par. 2.3., le Sezioni Unite hanno ritenuto che sia la fattibilità *in sé* a costituire requisito di fattibilità, non senza incorrere nelle critiche della dottrina³⁶⁴. Qualora si acceda dunque a questa opzione, risulta logico e naturale attribuire il controllo sulla fattibilità al tribunale. Senonché, la Corte, dopo aver ricondotto la fattibilità (senza specificazioni) ai requisiti di ammissibilità, ha poi scisso la nozione in due, escludendo che in via generale il tribunale possa sindacare quella economica (salvo i casi di manifesta infattibilità economica, come detto). È incontestabile che di tale divisione non vi sia traccia esplicita nel tessuto normativo. Non sembra, pertanto, inutile sottolineare quel che è stato messo in luce da parte di attenta dottrina³⁶⁵:

La Cassazione [...] ha già dato, come ricordato, una netta risposta ribadita anche di recente, sulla rilevanza, ai fini dell'ammissibilità, della sola fattibilità giuridica ma in realtà assume questa affermazione come un postulato dal momento che non ritiene di dover esplicitamente motivare sul punto.

Per questo motivo, l'unico modo per ritenere condivisibili gli assunti della Corte sarebbe quello di valorizzare, nell'incertezza legislativa, i profili negoziali del concordato (ossia il ruolo di primo piano dei creditori) senza però dimenticare il fondamentale compito del tribunale, chiamato a garantire

³⁶³ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011, 251.

³⁶⁴ LO CASCIO, *Concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 5, 531; FABIANI, *Guida rapida*, in *Il caso.it*, 30 gennaio 2013, 3.

³⁶⁵ V. ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione per non fattibilità del piano*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 183.

che l'autonomia privata possa esplicitarsi a fronte di un adeguato contesto informativo³⁶⁶.

Non può però sottacersi come, in realtà, anche l'aderire all'una o all'altra concezione della natura del concordato preventivo non sia opzione semplice. Effettivamente, se da un lato è innegabile l'importante posizione degli attori privati, soprattutto se vista in contropiede rispetto alla situazione sotto la vigenza della l. fall. originaria (che prevedeva una presenza del tribunale ben più incisiva rispetto all'attuale), dall'altro è innegabile che l'intervento giurisdizionale resta tutt'ora considerevole (a prescindere dal tema della fattibilità, si pensi alla valutazione di convenienza in caso di *cram down*) e che i dissenzienti restano comunque vincolati all'accordo preso *a maggioranza* e omologato dall'organo giurisdizionale, dinamica del tutto estranea al diritto dei contratti. Di conseguenza – e appare questo un punto fondamentale – non risulta del tutto agevole basare le conclusioni in tema di controllo del tribunale in punto di fattibilità sull'elemento della natura del concordato, stante, oltre alla non chiarezza delle norme specificamente coinvolte, il difficile inquadramento ontologico di questo istituto³⁶⁷. Proprio per questo motivo, potrebbe leggersi nella sentenza della Corte una valorizzazione della concezione “privatistica”, ma comunque all'interno di una soluzione bilanciata, che non dimentica affatto, come sopra accennato, l'importante ruolo dell'organo giurisdizionale. Come ha affermato parte della dottrina, è al fine di consentire agli attori privati di esercitare consapevolmente e con efficacia le proprie prerogative che si rende necessario un intervento del tribunale, che assicuri la correttezza degli apporti informativi e impedisca gli abusi dello strumento concordatario³⁶⁸.

³⁶⁶ FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 562.

³⁶⁷ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011, 150; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 123-124.

³⁶⁸ PAGNI, *Il controllo di fattibilità*, in *Fall.*, 2013, 3, 288; FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, 562.

3. La riapertura del dibattito: la soglia minima di soddisfacimento nel concordato liquidatorio

Merita ora accennare a un altro tema, ossia quello della soglia minima di soddisfacimento nel concordato non in continuità aziendale. Con il Decreto Legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito con Legge 6 agosto 2015, n. 132, si è inserito nell'art. 160 l. fall. un quarto comma, che prevede l'obbligo del debitore di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento del totale dei crediti chirografari. Dall'ambito di applicazione della norma è espressamente escluso il concordato in continuità³⁶⁹.

Sebbene il tema in oggetto non abbia determinato un mutamento di giurisprudenza, dal momento che è rimasta minoritaria e per lo più confinata in dottrina l'opinione che riteneva di poter ravvisare nella nuova disposizione un mezzo per consentire il controllo di fattibilità al tribunale, tuttavia si tratta di un argomento rilevante, quantomeno per il fatto che le Sezioni Unite avevano escluso il controllo giudiziale sulla fattibilità "economica" anche sulla base dell'assenza, nel 2013, di una previsione siffatta³⁷⁰. Peraltro, il limitato scontro interpretativo ha comunque permesso di mettere in luce come, anche all'indomani della pronuncia a Sezioni Unite, non potesse dirsi del tutto risolta la questione dei poteri del tribunale.

Il problema è capire se l'innovazione legislativa di cui si sta discorrendo abbia smentito, effettivamente, l'impostazione della Corte di Cassazione. Si tratta allora di comprendere se la raggiungibilità della soglia del venti per cento debba essere ricompresa in quella fattibilità "giuridica", della cui esistenza

³⁶⁹ È inevitabile rilevare un dato, ossia il fatto che si tratta di una previsione apparentemente non molto distante da quella che il nostro ordinamento già ospitava sotto la vigenza della l. fall. originaria. Come detto al cap. I, par. 2.1., n. 49, prima della riforma del 2005 il debitore doveva approntare una proposta di concordato che garantisse il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati e quello parziale, di almeno il quaranta per cento, dei creditori chirografari, sia che optasse per un concordato per garanzie sia che scegliesse quello liquidatorio. Tuttavia, in dottrina si è anche ritenuto che le due disposizioni siano profondamente diverse, nonostante l'apparente vicinanza (sul punto, par. 3.1.).

³⁷⁰ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 153.

l'organo giurisdizionale è chiamato a sincerarsi ai fini dell'ammissione, oppure nella fattibilità "economica", di pertinenza dei soli creditori.

Peraltro, non vanno sottaciute anche altre innovazioni apportate con questa riforma, dal momento che risultano strettamente connesse con la soglia minima di soddisfacimento. All'art. 161, comma secondo, lett. e) è stato aggiunto l'inciso per cui nella proposta deve essere indicata «l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore».

Inoltre, con questo intervento legislativo è stata introdotta, all'art. 163 l. fall., la facoltà per i creditori – purché rappresentanti almeno il dieci per cento dell'ammontare dei crediti – di presentare proposte di concordato concorrenti. La connessione con il tema di cui va trattandosi risulta evidente nel momento in cui si considera la particolare causa di inammissibilità di queste proposte concorrenti, costituita dall'aver il debitore assicurato, nella proposta, un risultato pari ad almeno il quaranta per cento del fabbisogno chirografario (il trenta in caso di concordato con continuità aziendale): si tratta, nella sostanza, di un'ulteriore soglia minima, da garantirsi qualora si intenda impedire il cumulo di proposte.

3.1. L'orientamento maggioritario: l'applicazione dell'insegnamento delle Sezioni Unite alla riforma del 2015

È doveroso premettere all'analisi dell'impostazione maggioritaria che, se il problema principale resta uno soltanto, ossia se al tribunale sia consentito, in sede di ammissione, revoca e omologazione, sindacare l'infattibilità del piano (qui con specifico riferimento alla raggiungibilità della soglia del venti per cento), purtuttavia in seno a questo orientamento si è registrata una divisione su un tema ulteriore. La questione, sulla quale peraltro ha preso posizione anche la Corte di Cassazione, era ed è se l'indicazione della soglia minima nella proposta determini o meno l'assunzione di una specifica obbligazione di assicurare la soddisfazione del fabbisogno in quella misura, oppure se al

debitore sia soltanto imposto di porre a disposizione la massa dei beni, il cui valore di realizzo consenta di giungere alla soglia prescritta. Nonostante la divaricazione delle interpretazioni su questo punto specifico, in generale pare possibile delineare i contorni dell'orientamento maggioritario, secondo cui il tribunale non potrebbe sindacare la raggiungibilità della soglia del venti per cento, salvo che sia manifesta l'irrealizzabilità di un siffatto esito.

Come appena detto, la dottrina maggioritaria, non senza il conforto della giurisprudenza, si è orientata nel senso che il tribunale non dovrebbe vagliare l'obiettivo raggiungibilità della soglia, rientrando questa valutazione nella fattibilità "economica" che la Corte aveva mostrato di attribuire esclusivamente ai creditori³⁷¹. È indubbio che l'indicazione della soglia minima sia un contenuto obbligatorio della proposta (benché la dottrina in parola, pragmaticamente, abbia ritenuto che il debitore possa limitarsi a indicare una «forbice» circoscritta)³⁷². Ciononostante, secondo l'impostazione maggioritaria il tribunale sarebbe chiamato esclusivamente a verificare che tale soglia sia prevista e che non sia manifestamente irraggiungibile sulla base dei documenti prodotti e del contenuto del piano³⁷³.

Altra dottrina, comunque concorde, è pervenuta alle stesse conclusioni sulla base anche di una chirurgica delimitazione delle norme in tema di ammissibilità, integrata dal ricorso all'analogia. Tale impostazione ha ritenuto che l'indicazione della soglia rientri nei presupposti di ammissibilità del concordato, benché l'art. 162, comma secondo, l. fall. indichi come tali solo quelli degli artt. 160, comma primo e secondo e 161, l. fall., non

³⁷¹ S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015*, in *Dir. Fall.*, 2015, 5, I, 359 e ss.; M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 1, 10 e ss.; G.B. NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 201-202; C. TRENTINI, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un "ritorno" legittimo?*, in *Fall.*, 2017, 11, 1217 e ss.; ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 181 e ss.; C. App. Genova, 23 novembre 2018, in *Ilcaso.it*.

³⁷² AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, in *Dir. Fall.*, 2015, 5, I, 359 e ss..

³⁷³ ID., *ibidem*; M. TERENGGI, *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*, in *Fall.*, 2017, 8-9, 923 e ss.; Trib. Bergamo, 24 novembre 2016, in *Ilcaso.it*; C. App. Firenze, 6 dicembre 2016, in *Fall.*, 2017, 3, 355.

menzionando invece il comma quarto dell'art. 160; a supplire vi sarebbe, infatti, la possibilità di un'interpretazione analogica, essendo la *ratio* della soglia minima la stessa delle norme richiamate, ossia quella di assicurare che la domanda di concordato risponda a delle minime «esigenze non negoziabili»³⁷⁴. In definitiva, l'*indicazione* della soglia minima costituirebbe uno di quegli elementi che, al pari della documentazione allegata al piano e dell'attestazione di veridicità e fattibilità, rendono accettabile per l'ordinamento l'avvio della procedura concordataria, garantendo infatti la serietà degli intendimenti del debitore. Si noti, peraltro, che in dottrina si è anche al proposito ritenuto che si sia trattato di un mero difetto di coordinamento legislativo³⁷⁵. In questo senso, nell'*intentio legis* vi sarebbe la collocazione della soglia minima tra i presupposti di ammissibilità, benché tale volontà sia rimasta inespressa a causa di una semplice svista; nel silenzio della legge, in sostanza, non andrebbe ravvisato alcun significato diverso.

Tuttavia, la riconduzione della soglia minima ai presupposti di ammissibilità non consentirebbe al tribunale di effettuare una prognosi circa il suo raggiungimento, in forza di una specifica interpretazione del verbo «assicurare» di cui all'art. 160, comma quarto, l. fall. Secondo l'impostazione in parola, con questo termine il legislatore non avrebbe voluto che il debitore *si impegni*, assuma l'obbligazione di pagare almeno il venti per cento del fabbisogno chirografario, altrimenti avrebbe utilizzato un'espressione di questo tipo³⁷⁶. Ma, sempre secondo questa tesi, anche qualora si ritenesse prescritta l'assunzione di un'obbligazione, allora basterebbe che tale impegno sia esplicitato nella proposta e l'eventuale mancato raggiungimento della percentuale indicata porterebbe a risoluzione

³⁷⁴ ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 186.

³⁷⁵ FABIANI, *Riflessioni sistematiche in Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 1, 10 e ss.; ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 186; analogamente (ma orientato nel senso che la riforma abbia riconsegnato al tribunale il controllo sulla fattibilità economica) anche LAMANNA, *La legge fallimentare*, 18.

³⁷⁶ ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 187; analogamente anche Trib. Firenze, decr., 8 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 3, 373.

ai sensi dell'art. 186 l. fall., non a inammissibilità³⁷⁷. In quest'ottica, dunque, non trattandosi di disposizione che impone l'assunzione di un obbligo, sembrerebbe semmai prescritto l'approntamento di un piano da cui i creditori (e l'attestatore), non il tribunale, possano trarre la convinzione che al venti per cento si giungerà, come risultato «assolutamente certo»³⁷⁸.

Parrebbe essere questa la posizione condivisa anche dalla Corte di Cassazione. In una recente decisione, infatti, la Corte ha avuto modo di precisare che nel concordato liquidatorio l'indicazione della soglia minima (o anche di una soglia superiore) non comporterebbe affatto l'assunzione di un preciso obbligo da parte del debitore. Al contrario, l'unica obbligazione veramente identificabile in questi casi sarebbe quella di porre a disposizione del fabbisogno concordatario l'intera massa di beni³⁷⁹.

Semberebbe lecito dire che gli apporti di cui si è appena detto abbiano cercato di conciliare il nuovo dato normativo, per vero non sufficientemente esplicito sul punto, con la sentenza delle Sezioni Unite. In sostanza, non avendo la riforma del 2015 preso espressamente posizione nel senso di smentire la decisione suddetta (diversamente dal CCII, come si dirà nel cap. III) e in considerazione del fatto che le norme in tema di ammissibilità, sotto la vigenza delle quali era stata emessa la sentenza, non erano state modificate (peraltro con il difetto di coordinamento summenzionato), allora risultava naturale fornire un'interpretazione che applicasse l'insegnamento della Corte di Cassazione anche al nuovo parametro.

Non può però sottacersi, a questo punto, il dato cui si è accennato in apertura a questo paragrafo, poiché è simbolo dell'incertezza normativa in quest'ambito. Si tratta di un tema incidentale rispetto a quello del presente elaborato, eppure appare importante riferirne, dal momento che le varie posizioni enucleate in questo paragrafo e nel successivo prendono le mosse

³⁷⁷ ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 187.

³⁷⁸ ID., *ibidem.*

³⁷⁹ Cass. Civ. Sez. I, ord., 9 giugno 2017, n. 14444, in *Il codice dei concordati*.

anche da esso. Infatti, all'interno del filone interpretativo maggioritario di cui si è appena detto, taluno (non senza il conforto della Corte di Cassazione) ha ritenuto che il debitore non sia obbligato propriamente ad assumere l'impegno di pagare almeno il venti per cento del fabbisogno chirografario; al contrario, dovrebbe approntare un piano che consenta ai creditori di ritenere, fondatamente, che a tale percentuale si giungerà senza dubbio alcuno, senza che il tribunale possa spingersi oltre un vaglio sulla fattibilità "giuridica" e sulla non manifesta irrealizzabilità "economica"³⁸⁰.

Diversamente, altra dottrina, comunque concorde nella conclusione per cui al tribunale non spetterebbe alcun vaglio di fattibilità "economica" a causa dell'art. 160, comma quarto, l. fall., ha sostenuto che il debitore sia invece chiamato ad assumere specificamente l'obbligazione del pagamento minimo (fermo restando che la valutazione circa la raggiungibilità della soglia sarebbe questione di fattibilità "economica", demandata ai creditori e incidente sulla fase di esecuzione, non su quella di ammissione, revoca o omologazione del concordato)³⁸¹. Tale conclusione sarebbe supportata, in quest'ottica, dalla considerazione che la disposizione richiede il *pagamento*, non una generica soddisfazione, nella misura della soglia minima, mentre la versione del concordato per *cessio bonorum* nella l. fall. originaria prevedeva, per l'appunto, l'assunzione dell'obbligazione di cedere tutti i beni³⁸².

In aggiunta – ed è qui che si manifesta in tutta la sua evidenza la mancata chiarezza del dato normativo – non può dimenticarsi che l'idea per cui il legislatore avrebbe introdotto uno specifico impegno al pagamento nella misura minima è risultata condivisa anche da quella dottrina che ha ritenuto, invece, che la riforma del 2015 avesse re-introdotto il controllo da parte del

³⁸⁰ ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 187; Trib. Firenze, decr., 8 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 3, 373 .

³⁸¹ AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, in *Dir. Fall.*, 2015, 5, I, 359 e ss.; nello stesso senso anche NARDECCHIA, *Le modifiche alla proposta*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 199; M. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fall.*, 2016, 5, 569 e ss.; Trib. Mantova, 2 marzo 2017, in *Fall.*, 2017, 7, 861.

³⁸² FABIANI, *I nuovi vincoli*, in *Fall.*, 2016, 5, 569 e ss.

tribunale sulla fattibilità (anche “economica”)³⁸³. Queste considerazioni permettono di evidenziare quanto già sostenuto nel cap. I, par. 2.4.6. e quanto ribadito in questo capitolo, al par. 2.8.: la formulazione delle disposizioni non poteva e non può dirsi tutt’ora univoca; ne sarebbe prova il fatto che gli interpreti talora concordano sul risultato ma non sulle premesse, mentre talaltre volte partono dalle stesse considerazioni iniziali ma giungono a conclusioni diametralmente opposte.

3.2. La dottrina minoritaria: la fattibilità economica al tribunale

Occorre ora, dunque, render conto di quella dottrina minoritaria che ha ritenuto che potesse dirsi superata l’impostazione delle Sezioni Unite, proprio sulla scorta della novità legislativa del 2015.

L’argomento principe per sostenere un controllo esteso alla fattibilità da parte del tribunale è stato, in quest’ottica, quello della riconducibilità della soglia minima ai presupposti di ammissibilità, argomento fatto proprio anche da parte, altrettanto minoritaria, della giurisprudenza³⁸⁴. È questo un dato, si è visto al par. precedente, pacifico anche in quella dottrina che ha escluso e continua a escludere ancor oggi un controllo sui profili economici da parte dell’organo giurisdizionale. La divaricazione fra i due orientamenti starebbe in questo: mentre la dottrina maggioritaria sostiene che la valutazione della raggiungibilità di questa soglia sia, semmai, un profilo attinente la fattibilità “economica”, come tale demandato al ceto creditorio, l’opinione minoritaria ha ritenuto che, se proprio si volesse ricondurla alle categorie introdotte dalle Sezioni Unite, sarebbe collocabile nella fattibilità “giuridica”, di pertinenza del tribunale. In sostanza, non si potrebbe ritenere sufficiente che il debitore

³⁸³ LAMANNA, *La legge fallimentare*, 24-25.

³⁸⁴ ID., *ivi*, 17; G. BOZZA, *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*, in *Il caso.it*, 28 febbraio 2017, 35; Trib. Ravenna, 27 novembre 2015, decr., in *Dir. Fall.*, 2016, 3-4, 1003; Trib. Belluno, 17 febbraio 2017, in *Fall.*, 2017, 11, 1217.

assuma nella proposta l'obbligo di pagare i chirografari nella misura minima; il tribunale dovrebbe verificare che il venti per cento sia effettivamente raggiungibile, costituendo uno di quei presupposti "giuridici" della cui sussistenza deve sincerarsi l'organo giurisdizionale. A sostegno di ciò vi sarebbe anche l'argomento per cui si rinverrebbe nell'art. 160, comma quarto, l. fall., la prescrizione di uno specifico impegno, una specifica obbligazione cui è tenuto il debitore, costituendo ciò un profilo sicuramente "giuridico"³⁸⁵.

Non va sottaciuto, peraltro, che in questa letteratura (come in quella cui si è già accennato al par. 2.4.) si è avuto modo di mostrare perplessità circa la scissione della nozione di fattibilità³⁸⁶:

La verità è che di fattibilità ce n'è una sola (e basta e avanza), ed in ogni caso su di essa – quale presupposto di ammissibilità – è chiamato a pronunciarsi il tribunale, dovendo questo valutare [...] se sia in concreto realizzabile la promessa di pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari.

In aggiunta, si è osservato che il controllo tribunale sulla fattibilità impedirebbe comportamenti abusivi da parte del debitore. Infatti, questi potrebbe indicare nella proposta una soglia del quaranta o del trenta per cento per impedire ai creditori chirografari di presentare proposte concorrenti. Qualora, però, non si consentisse al tribunale di sindacare la raggiungibilità di quelle percentuali, allora si pregiudicherebbe irrimediabilmente quel diritto che l'ordinamento riconosce al ceto creditorio³⁸⁷. Non può peraltro nascondersi, come sottolineato da parte della dottrina, che l'importanza delle proposte concorrenti sarebbe da rinvenirsi senz'altro nell'art. 41, comma secondo, Cost. In sostanza, l'istituto costituirebbe uno di quegli strumenti atti a impedire che la libera iniziativa economica (del debitore) contrasti con l'utilità sociale, pregiudicando i creditori senza che questi abbiano strumenti della stessa natura per difendere le proprie ragioni³⁸⁸. Non solo: in dottrina si

³⁸⁵ LAMANNA, *La legge fallimentare*, 23-24.

³⁸⁶ ID., *ivi*, 17-18.

³⁸⁷ D. GALLETI, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 3/2015 – È ancora attuale dopo la riforma "d'urgenza" il tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, in *Il fallimentarista.it*, 23 settembre 2015, 3.

³⁸⁸ M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il caso.it*, 6 agosto 2015, 9-10.

è anche precisato che sarebbe ravvisabile una lesione dell'eguaglianza sostanziale (dunque, dell'art. 3 Cost.) laddove l'ordinamento consentisse all'imprenditore non solo di stralciare parte considerevole dei suoi debiti, ma anche di impedire che i creditori, direttamente interessati, possano proporre soluzioni alternative, senza che il tribunale sia abilitato in alcun modo a verificare che il sacrificio sia giustificato ai termini di legge³⁸⁹. Va soggiunto, tuttavia, che mai la Corte Costituzionale è stata investita di questioni di costituzionalità riferite ai problemi evidenziati dalla dottrina citata, in considerazione del fatto, sembrerebbe, che la giurisprudenza di merito ha per lo più mostrato di allinearsi alla sentenza delle Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521.

Queste ultime considerazioni risultano di fondamentale importanza, perché permettono di rimarcare la stretta connessione che lega il tema dei poteri del tribunale con quello dell'abuso dello strumento concordatario, su cui si tornerà al cap. III par. 2.3.1.). Infatti, la dottrina minoritaria di cui si è detto ha avuto modo di precisare che un controllo limitato alla sola fattibilità "giuridica", non esteso alla prognosi di realizzazione di quella soglia atta a impedire le proposte concorrenti, non consentirebbe di catturare le ipotesi in cui il debitore, appunto, assicuri una percentuale che sa essere irraggiungibile, così distorcendo lo strumento concordatario dalla sua *ratio*, cioè realizzando un abuso.

Appare fondamentale accennare, in conclusione, a un ulteriore argomento portato a sostegno di questa impostazione minoritaria. Come anticipato al par. 3., uno degli elementi posti a fondamento dell'orientamento delle Sezioni Unite consisteva proprio nell'assenza, ai tempi, di una disposizione che prescrivesse il raggiungimento di una certa percentuale di soddisfacimento³⁹⁰. Non essendovi allora nel dettato legislativo alcun obbligo di indicare uno specifico *quantum* di risultato, bastando la messa a disposizione della generalità dei beni, non poteva ravvisarsi alcun profilo di fattibilità

³⁸⁹ GALLETTI, *Speciale Decreto*, in *Il fallimentarista.it*, 23 settembre 2015, 5.

³⁹⁰ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 153.

“giuridica” demandato al tribunale sul punto. Ebbene, secondo l’orientamento minoritario di cui al presente paragrafo, proprio il sopraggiungere di un’espressa indicazione in tal senso avrebbe consentito la «disarticolazione (con efficacia abrogativa) della tesi affermata dalla S. Corte»³⁹¹.

4. L’assestamento dell’orientamento della Corte di Cassazione

Si è visto, dunque, come la decisione delle Sezioni Unite abbia sollevato ulteriori problemi, fonte di incertezze nella dottrina a commento. Ciononostante, in generale la giurisprudenza di merito ha mostrato di far applicazione pedissequa dei principi enunciati dalla Corte, intendendo, in particolare, il controllo sul rispetto della causa concreta come lo strumento attraverso il quale accertare che non vi sia infattibilità economica manifesta³⁹².

Non può però dimenticarsi che la Corte di Cassazione è dovuta intervenire di recente al fine di chiarire alcuni punti del precedente a Sezioni Unite. Queste ultime prese di posizione si sono rese necessarie dal momento che, talora, nella giurisprudenza di merito sono emerse interpretazioni troppo restrittive del dettato della sentenza. In particolare, all’origine delle errate decisioni di merito vi sarebbe stata l’eccessiva valorizzazione dell’esclusione del sindacato giudiziale sulla fattibilità economica, senza un’adeguata considerazione dello spazio comunque riservato al giudice in caso di irrealizzabilità del piano se risultante *prima facie*. In questo senso, le sentenze di cui si dirà in questo paragrafo risultano di primario interesse, perché

³⁹¹ GALLETTI, *Speciale Decreto*, in *Ilfallimentarista.it*, 23 settembre 2015, 4-5; tra le caporali, LAMANNA, *La legge fallimentare*, 17.

³⁹² TERENGI, *Verso un superamento*, in *Fall.*, 2017, 8-9, 923 e ss.; C. App. Milano, 8 maggio 2013, in *Fall.*, 2013, 8, 1102; Trib. Roma, 29 gennaio 2014, decr., in *Fall.*, 2014, 4, 479; Trib. Ancona, 29 gennaio 2015, decr., in *Fall.*, 2015, 6, 746; C. App. Firenze, 29 settembre 2015, in *Fall.*, 2016, 2, 238; Trib. Pavia, 14 ottobre 2016, decr., in *Fall.*, 2017, 1, 118; Trib. Rimini, Sez. Fall., 20 luglio 2017, decr., in *Il caso.it*; Trib. Monza, 11 ottobre 2017, in *Fall.*, 2018, 2, 256.

consentono di delineare più precisamente i contorni, definiti tortuosamente dalle Sezioni Unite, del controllo demandato all'organo giurisdizionale, come ancora richiesto fino all'entrata in vigore del CCII.

4.1. *Puntualizzazioni sui piani del tutto inconsistenti*

Una delle decisioni che occorre inevitabilmente considerare è la sentenza 27 febbraio 2017, n. 4915³⁹³.

A proporre ricorso per cassazione era stata la curatela del fallimento di una s.p.a., a seguito della revoca del fallimento stesso da parte della Corte di Appello di Catanzaro, disposta per aver il Tribunale di Vibo Valentia, nella prospettazione del giudice del reclamo, ecceduto dai poteri conferitigli dalla legge. Il tribunale aveva dichiarato inammissibile la domanda di concordato, a causa della genericità del piano e dell'attestazione; questo difetto avrebbe palesato, in sostanza, una manifesta infattibilità³⁹⁴. Ebbene, su questo punto avrebbe insistito la decisione della Corte di Appello: la valutazione compiuta dal giudice di primo grado avrebbe avuto a oggetto il rischio economico delle operazioni prospettate dal debitore, ossia l'area di fattibilità economica demandata dalle Sezioni Unite ai soli creditori.

Ma occorre concentrarsi sui motivi addotti dal tribunale per comprendere la legittimità della sua decisione: la società debitrice si era limitata a prospettare la continuità tramite costituzione di una *joint venture* con una società estera, senza però addurre indicazioni circa la veste giuridica dell'ente programmato, gli apporti finanziari necessari, la consistenza delle partecipazioni e addirittura senza produrre documenti attestanti l'assunzione di alcun impegno da parte della società estera³⁹⁵. Appare di tutta evidenza come, in sostanza, mancassero del tutto informazioni fondamentali, non differenziandosi il piano da una semplice prospettazione di intenti, per vero fumosi. In aggiunta, la

³⁹³ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119.

³⁹⁴ ID., *ibidem*.

³⁹⁵ ID., *ibidem*.

curatela aveva avuto modo di sottoporre all'attenzione della Corte d'Appello il fatto che la stessa società debitrice non disponeva in alcun modo di risorse finanziarie tali da sostenere la continuità aziendale (fatto decisivo di cui si lamentava per cassazione l'omesso esame). A tutto ciò si aggiunga che anche l'attestazione non rispondeva alla sua funzione, perché lungi dal costituire un adeguato supporto informativo, non aveva compensato le aporie del piano: in essa, insomma, non si ravvisava affatto la certificazione di veridicità dei dati e tantomeno di fattibilità del piano, per non aver il debitore prodotto alcunché a monte³⁹⁶.

Di conseguenza, appare del tutto congrua la decisione della Corte di Cassazione di cassare con rinvio il provvedimento della Corte d'appello, perché il Tribunale non aveva compiuto una generica valutazione di fattibilità economica, del tipo di quella di pertinenza dei creditori. Aveva, invece, applicato quella parte della sentenza delle Sezioni Unite che prescrive l'inammissibilità in caso di infattibilità risultante «*prima facie*»³⁹⁷. Sembra, in sostanza, che questa decisione possa risultare utile, nel discorso complessivo di cui al presente elaborato, per comprendere le coordinate dei poteri che tutt'oggi il tribunale è chiamato a esercitare.

Infine, non può non rilevarsi un dato fondamentale, quantomeno perché rappresenta il tentativo della Corte di Cassazione di dipanare i dubbi che si erano creati attorno alla parte motiva della sentenza. L'ultimo orientamento della Corte è infatti quello di chiarire come non sia fondamentale il riferimento alla fattibilità giuridica o a quella economica; l'importante è che si comprenda la sostanza del sindacato giudiziale, a prescindere dalle definizioni. È proprio in quest'ottica di accantonamento della divisione tra le due fattibilità che la Corte giunge a fornire una chiarissima delimitazione dei poteri del tribunale. Si afferma, infatti, nella sentenza in oggetto che la dicotomia non può essere posta acriticamente alla base delle decisioni dei

³⁹⁶ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119.

³⁹⁷ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

giudici di merito, come se il controllo sulla fattibilità economica fosse «sempre vietato»³⁹⁸; al contrario³⁹⁹:

può essere svolto 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.

Inutile aggiungere come sia stata salutata con favore in dottrina questa presa di posizione⁴⁰⁰. È d'altronde inevitabile che vengano apprezzate le decisioni della Corte in cui si mostra espressamente come non debba essere valorizzata quella distinzione fra i due tipi di fattibilità, da molti criticata.

4.2. (Segue). *Il vaglio sull'attestazione*

Non può non ricordarsi un'ulteriore, recente, presa di posizione, relativa al tipo di controllo che il tribunale, ancora oggi, deve compiere sull'attestazione del professionista. È argomento che sarà fondamentale, ovviamente, anche a partire dall'entrata in vigore del CCII, essendo naufragata l'ipotesi, pur paventata, di eliminare la figura del professionista nel nuovo sistema. Al contrario, avendo il legislatore deposto per il mantenimento dell'apporto dell'attestatore, il tribunale dovrà continuare a controllare la relazione; si dirà poi nel prossimo capitolo, al par. 2.3., come potrà condursi questo vaglio e come potrà coordinarsi con quello *diretto* sulla fattibilità economica assegnata all'organo giurisdizionale.

Il provvedimento di cui occorre ora render conto è l'ordinanza della Sezione VI Civile, 9 marzo 2018, n. 5825⁴⁰¹. A monte vi era il ricorso del fallimento

³⁹⁸ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119; citando pedissequamente, Cass. Civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Ilcodicedeiconcordati.it*, 8.

³⁹⁹ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119.

⁴⁰⁰ TERENGHI, *Verso un superamento*, in *Fall.*, 2017, 8-9, 923 e ss.; M. SPIOTTA, *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica - il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, in *Giur. it.*, 2017, 5, 1119 e ss..

⁴⁰¹ Cass. Civ. Sez. VI, ord., 9 marzo 2018, n. 5825, in *Giur. Comm.*, 2018, 5, 824.

di una società avverso la revoca del fallimento da parte della Corte d'Appello di Roma, che aveva ritenuto che il giudice di primo grado avesse esorbitato dai propri poteri. Il tribunale aveva negato l'ammissione della domanda di concordato (e contestualmente aperto la procedura fallimentare), sulla scorta di serie carenze nell'attestazione del professionista: in particolare, questi aveva affermato apoditticamente di non essere in grado di disattendere le stime dei beni indicate nel piano. Tuttavia, il giudice del reclamo aveva ravvisato in ciò un controllo non sulla relazione, bensì direttamente sulla fattibilità economica del piano: per questo motivo, aveva revocato la dichiarazione di fallimento. In realtà, come rilevato dalla Corte di Cassazione, il tribunale si era concentrato sulle criticità dell'attestazione; di conseguenza, era risultato inevitabile l'accoglimento per manifesta fondatezza del motivo di ricorso (basato sulla falsa applicazione dell'art. 161, comma terzo, l. fall.).

Si è già intravisto al par. precedente come il giudice sia chiamato a sincerarsi che non si nasconda, nella relazione del professionista, una mera riproposizione acritica del piano. Nell'ordinanza di cui va trattandosi ora, si arricchisce e precisa il tipo di controllo giudiziale sull'attestazione. Viene specificato infatti che il tribunale deve vagliare la completezza dei dati contenuti nell'attestazione, nonché la comprensibilità dei criteri di giudizio adottati nella certificazione di veridicità e fattibilità, il tutto al fine di sincerarsi della congruità della motivazione rispetto alle premesse e ai dati rilevati⁴⁰².

Ma v'è di più: al fine di evitare che vi sia "appiattimento" della relazione sul piano (come già detto nel precedente di cui al par. 4.1.⁴⁰³), il professionista non potrebbe basare la prognosi positiva di fattibilità sulla mancanza di sue competenze specifiche⁴⁰⁴. Infatti, nel caso di specie, l'attestatore aveva affermato di non possedere competenze tecniche che gli consentissero di smentire le stime, risultanti dal piano, dei valori dei beni destinati alla

⁴⁰² Cass. Civ. Sez. VI, ord., 9 marzo 2018, n. 5825, in *Giur. Comm.*, 2018, 5, 824.

⁴⁰³ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119.

⁴⁰⁴ Cass. Civ. Sez. VI, ord., 9 marzo 2018, n. 5825, in *Giur. Comm.*, 2018, 5, 824.

liquidazione. È di tutta evidenza come in una situazione siffatta o il professionista intende con quella affermazione adoperare una mera clausola di stile (come a voler dire che, pur essendo esperto nel settore di vendita di quel tipo di beni, non vede come possa giungersi a valorizzazioni diverse); oppure l'attestatore ammette di non avere le competenze tecniche necessarie a svolgere il compito affidatogli. Pare che in questo caso la Corte abbia intravisto la seconda delle due situazioni descritte; pertanto, ben si spiega l'annullamento della revoca del fallimento. Infatti, in presenza di impedimenti di questo tipo, il professionista dovrebbe o non accettare l'incarico, oppure affidarsi a soggetti terzi che possano fornire un utile apporto conoscitivo⁴⁰⁵. Qualora ciò non avvenga, non è mancato chi, in dottrina, ha ravvisato il rischio che il tribunale non svolga il suo ruolo fondamentale ove non neghi l'ammissione della domanda di concordato⁴⁰⁶. Non a caso, in letteratura si è anche sottolineato come quest'ultima pronuncia si inserisca in un filone giurisprudenziale che intende rispondere, oltretutto a interpretazioni minimalistiche del dettato della sentenza a Sezioni Unite, anche alla prassi negativa di presentare attestazioni insoddisfacenti, che non adempiono correttamente la loro funzione informativa: proprio la sottolineatura dei poteri del tribunale circa il controllo attento della relazione, consentirebbe di rassicurare i creditori anche in quell'area di controllo normalmente scoperta dal vaglio giudiziale⁴⁰⁷. In altre parole, premettendo che il controllo diretto sulla fattibilità economica è consentito al tribunale solo nei limiti in cui vi sia un difetto palese della stessa, i creditori non sarebbero per il resto in completa balia del debitore, dato che l'organo giurisdizionale è chiamato a sincerarsi che gli stessi possano fare affidamento sull'attestazione per quella parte di fattibilità che non è sottoposta al diretto controllo giudiziario.

⁴⁰⁵ M. SPIOTTA, *I giudici si riappropriano della loro basilare funzione*, in *Giur. Comm.*, 2018, 5, 824.

⁴⁰⁶ ID., *ibidem*.

⁴⁰⁷ L.A. BOTTAI, *Opportune precisazioni sull'attestazione ex art. 161 l.fall. e sul controllo di fattibilità*, in *Fall.*, 2018, 8-9, 972.

4.3. Osservazioni conclusive sull'assestamento interpretativo

A conclusione delle osservazioni svolte negli due ultimi paragrafi, sembra lecito aggiungere quanto segue. Posto che il controllo sulla fattibilità giuridica non ha mai destato particolari problemi, è emersa incertezza, nell'applicazione del *dictum* delle Sezioni Unite, soltanto con riferimento al confine fra, da un lato, le valutazioni circa la fattibilità economica e, dall'altro, l'accertamento della non manifesta infattibilità. L'analisi degli ultimi interventi della Corte di Cassazione, pertanto, consente di chiarire questi aspetti che erano rimasti incerti⁴⁰⁸. Peraltro, l'aver accennato alle fattispecie concrete sottostanti permette di comprendere plasticamente i termini della questione. Infatti, nel primo caso, esemplificativo, emergono in maniera lampante i caratteri di un piano manifestamente infattibile, stante l'assoluta genericità della programmazione e l'assenza conclamata di risorse finanziarie che possano sostenere la continuità⁴⁰⁹; in aggiunta, dall'esame di entrambe le puntualizzazioni della Corte emerge chiaramente come il controllo di secondo grado sull'attestazione debba concentrarsi sulla congruità della motivazione, tale da render certo che il professionista si sia autonomamente formato un'opinione attendibile sulla fattibilità (partendo da un altrettanto indipendente e completa verifica di veridicità dei dati aziendali), senza limitarsi a riproporre acriticamente quanto prospettato dal debitore.

Così precisati i contorni del controllo demandato al tribunale, possono svolgersi due considerazioni, l'una che, retrospettivamente, cerca di coniugare gli ultimi approdi della Corte con precedenti importanti della

⁴⁰⁸ BOTTAI, *Opportune precisazioni*, in *Fall.*, 2018, 8-9, 972; TERENGLI, *Verso un superamento*, in *Fall.*, 2017, 8-9, 923 e ss.

⁴⁰⁹ In aggiunta a Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, può ricordarsi anche la già citata sentenza Cass. Civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Ilcodicedeconcordati.it*, 10, in cui la Corte ha ritenuto legittimo il controllo del tribunale che aveva rilevato la manifesta infattibilità del piano, stante l'opacità dei bilanci, l'assenza di apporti finanziari e la totale mancanza, nel piano, di una programmazione differente rispetto a quella che aveva portato il debitore all'insolvenza.

giurisprudenza di merito; l'altra, invece, che funga da ponte rispetto a quanto si dirà nel prossimo capitolo relativamente al CCII.

Si è detto, infatti, che nelle ultime prese di posizione la Corte di Cassazione ha sottolineato come non sia fondamentale il concentrarsi attorno la distinzione nominalistica tra i due tipi di fattibilità (“giuridica” ed “economica”), quanto il comprendere fin dove si estenda quella propaggine di controllo giudiziale sulla fattibilità economica costituita dalla rilevanza dell’infattibilità manifesta⁴¹⁰. Di questo problema, si è già detto al par. 4.1. e poco sopra. Ebbene, per quella parte di fattibilità non coperta da controllo giudiziale diretto, si è soggiunto che risulta fondamentale il vaglio sull’idoneità dell’attestazione a svolgere la sua funzione informativa. In quest’ottica, non sembrerebbe insensato – per arricchire di elementi il quadro complessivo sul punto – richiamare quella giurisprudenza di merito che, anche prima dell’intervento delle Sezioni Unite, aveva ben descritto il grado di certezza con cui il professionista è chiamato ad attestare la fattibilità. È stato infatti affermato che l’attestatore dovrebbe assicurare ai creditori uno *standard* piuttosto elevato, rasente la «concreta verosimiglianza»⁴¹¹, se non, addirittura, la «verosimile certezza»⁴¹². Una prognosi che non raggiunga questi livelli non sarebbe conforme al tipo legale, pertanto non potrebbe che condurre all’inammissibilità della domanda di concordato, salvo opportune integrazioni nel termine di cui all’art. 162, comma primo, l. fall.⁴¹³. In quest’ottica, la mancata rispondenza al modello legislativo sarebbe basata sul fatto che una prognosi formulata in termini di possibilità o di probabilità non potrebbe in alcun modo soddisfare la funzione informativa nei confronti dei creditori, dal momento che quanto rimane relegato al livello della probabilità non consente la formazione di un vero consenso informato, bensì semmai di una mera speranza. È doveroso notare che la certezza assoluta non può in alcun modo essere richiesta, ovviamente; pertanto, non va dimenticato che in

⁴¹⁰ Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119.

⁴¹¹ Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *Il caso.it*.

⁴¹² Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, in *Il caso.it*.

⁴¹³ ID., *ivi*.

giurisprudenza è stato anche puntualizzato che l'attestatore deve tenere in considerazione anche i possibili eventi negativi, esterni al piano, che potrebbero inficiarne la fattibilità⁴¹⁴.

L'ulteriore considerazione, svolta dalla dottrina in ottica prospettica, riguarda l'elemento, già messo in luce, del superamento della dicotomia fra i due tipi di fattibilità. In dottrina, infatti, è stata intravista nelle ultime prese di posizione della Corte di Cassazione un'anticipazione dell'innovazione legislativa consistente nell'attribuzione espressa al tribunale del controllo anche sulla fattibilità economica del piano, senza limitazioni di sorta (art. 48, comma terzo, CCII)⁴¹⁵. Alla base dell'approdo giurisprudenziale, prima, e di quello legislativo, poi, vi sarebbe, secondo parte della dottrina, la presa d'atto delle difficoltà interpretative sorte per effetto della distinzione operata dalle Sezioni Unite nel 2013⁴¹⁶. L'intenzione del legislatore sembrerebbe, dunque, quello di recidere le incertezze, riscontratesi soprattutto, come detto, nella difficile distinzione tra quella parte di fattibilità economica di cui può conoscere anche il tribunale e quella demandata in via esclusiva ai creditori. Occorre, dunque, nel prossimo capitolo, rendere conto delle possibili problematiche che si presenteranno con l'entrata in vigore del CCII.

⁴¹⁴ Trib. Milano, decr., 5 luglio 2018, in *Il caso.it*.

⁴¹⁵ BOTTAI, *Opportune precisazioni*, in *Fall.*, 2018, 8-9, 972 e ss.

⁴¹⁶ SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. it.*, 2017, 5, 1119 e ss.

CAPITOLO III

LA FATTIBILITÀ NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

1. La Direttiva UE 2019/1023 e il controllo giudiziale di fattibilità

Prima di analizzare compiutamente la disciplina propria del CCII, occorre risolvere una questione che si pone a monte, ossia quella della sua eventuale non conformità rispetto al diritto dell'Unione, questione effettivamente già prospettata in parte della dottrina. Occorre capire, in particolare, se la previsione dell'art. 48, comma terzo, in tema di omologazione del concordato preventivo, per cui il tribunale «verifica la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale», sia conforme oppure si ponga in contrasto con la Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che ha come obiettivo quello di uniformare la disciplina degli Stati Membri in punto di «quadri di ristrutturazione preventiva», ossia le misure che consentano alle imprese in crisi di risanare la propria posizione, evitando le procedure liquidatorie.

Per quel che concerne il problema affrontato nel presente elaborato, l'art. 10, comma terzo, della Direttiva prevede che, qualora la procedura nazionale preveda l'omologazione di un piano di ristrutturazione:

Gli Stati membri assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa.

In dottrina non manca voce che ravvisi, nel confronto fra la normativa italiana e quella europea un difetto di conformità⁴¹⁷. In questo senso, nel diniego di omologazione per assenza di una «prospettiva ragionevole» di risoluzione della crisi sarebbe ravvisabile la possibilità di un controllo giudiziale soltanto sulla ricorrenza di un'infattibilità manifesta, al pari, in sostanza, di quanto espresso nell'insegnamento delle Sezioni Unite del 2013. Ora, per capire se questa sia la corretta interpretazione – e, dunque, se il legislatore delegato con legge 8 marzo 2019, n. 20, debba modificare il CCII di conseguenza – va data risposta ad alcune domande. Bisogna innanzitutto chiedersi se, effettivamente, l'espressione utilizzata dal legislatore europeo significhi un controllo limitato alla infattibilità rilevabile *prima facie*; in caso affermativo, occorre poi domandarsi se il diritto di uno Stato Membro che preveda un grado maggiore di intensità nel controllo sia da emendarsi oppure se la Direttiva consenta siffatta soluzione: in altre parole, la questione da risolversi è se il livello stabilito dal diritto europeo costituisca un limite massimo invalicabile dagli Stati o, piuttosto, un limite minimo da assicurarsi, fatte salve soluzioni più incisive.

Ora, che nella lettera della norma europea possa leggersi una presa di posizione espressa a favore di un controllo esteso oppure circoscritto è quantomeno incerto. Dire che l'autorità debba negare l'omologazione quando manca la ragionevole prospettiva di adempimento, se da un lato non implica che il controllo debba essere solo volto a rilevare l'infattibilità manifesta, dall'altro non esclude che il sindacato si possa spingere oltre il dato emergente a prima vista. La lettera della norma impone soltanto che l'autorità accerti che vi sia ragionevole prospettiva di adempimento. Un piano infattibile è tale per cui è irragionevole pensare che possa essere portato a compimento: che

⁴¹⁷ STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449 e ss; I. PAGNI, *Codice della Crisi e dell'Insolvenza: il procedimento unitario*, in *Corr. Giur.*, 2019, 10, 1157 e ss.; *contra*, L.A. BOTTAI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 223.

questo sia comprensibile già con una delibazione sommaria o solo a seguito di un approfondito scrutinio non rileva affatto⁴¹⁸.

A ogni modo, anche qualora si volesse aderire all'impostazione per cui la Direttiva prevede un controllo volto ad accertare soltanto l'infattibilità manifesta, può comunque ritenersi che il CCII non si ponga in contrasto insanabile con l'ordinamento europeo, in forza delle considerazioni seguenti. Innanzitutto, la Direttiva mira, come suaccennato, ad avvicinare gli ordinamenti degli Stati Membri in punto di "quadri di ristrutturazione preventiva" volti a evitare l'insolvenza. Per questo motivo, le procedure liquidatorie non sono ricomprese nel suo ambito oggettivo di applicabilità⁴¹⁹. Pertanto, può già escludersi che un controllo giudiziale approfondito sulla fattibilità di un concordato preventivo di tipo liquidatorio sia in contrasto con il diritto sovranazionale, dal momento che quest'ultimo non disciplina ipotesi siffatte. Non solo, ma sembra non irragionevole pensare che anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti e ai concordati con continuità aziendale, ricompresi nell'ambito della Direttiva, non si ponga alcun contrasto insanabile.

Infatti, l'impostazione generale della fonte europea è quella di un approccio minimale. Come si legge nella Relazione illustrativa alla proposta di Direttiva, stante il fatto che «l'attuale diversità dei sistemi giuridici degli Stati membri in materia di procedure di insolvenza appare troppo grande per poter essere colmata» la Direttiva intende fornire un quadro generale entro cui gli Stati Membri possano legiferare flessibilmente⁴²⁰. Di conseguenza, deve

⁴¹⁸ Né può ritenersi risolutivo uno sguardo alla Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014. Essa, al punto 23, recita: «Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché il giudice possa respingere il piano di ristrutturazione che manifestamente non ha nessuna prospettiva di impedire l'insolvenza del debitore né di garantire la redditività dell'impresa [...]». La Raccomandazione, in sostanza, ripropone esattamente lo stesso insegnamento delle Sezioni Unite del 2013. Tuttavia, in primo luogo si tratta, com'è ovvio, di fonte non vincolante, di *soft law*; in secondo luogo, potrebbe ritenersi rilevante se mai la Direttiva avesse richiamato la Raccomandazione come strumento di ausilio interpretativo, cosa che però non è.

⁴¹⁹ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall.*, 2019, 6, 1259, n. 14.

⁴²⁰ *Relazione alla proposta di Direttiva COM (2016) 723*, 6-7, in *ec.europa.eu*.

propendersi per la seconda delle due alternative sopra prospettate: anche qualora si intenda la disposizione di cui all'art. 10, comma terzo, della Direttiva come prescrivente un controllo limitato alla infattibilità rilevabile *prima facie*, tuttavia deve con ciò intendersi un livello minimo da assicurare, certamente superabile dal diritto di uno Stato Membro. In conclusione, le disposizioni del CCII non devono propriamente ritenersi in contrasto con il diritto dell'Unione, dal momento che quest'ultimo consente, sul punto, un sindacato più ampio di quello indicato nella Direttiva.

2. Il controllo di fattibilità nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Superata la questione relativa alla conformità del CCII rispetto al Diritto Europeo sopravvenuto, occorre ora concentrarsi sui suoi contenuti specifici in punto di controllo di fattibilità nel concordato preventivo. Prima di ciò, tuttavia, è opportuno concludere il ragionamento relativo agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

2.1. La fattibilità degli accordi di ristrutturazione nel CCII

Uno dei tratti caratteristici dell'ultima riforma è, per l'appunto, l'estensione espressa del sindacato del tribunale, oltre che alla «ammissibilità giuridica della proposta», anche alla «fattibilità economica del piano» di concordato, tanto in sede di ammissione quanto in sede di omologazione (artt. 47, comma primo, CCII e 48, comma terzo, CCII).

Occorre premettere che un altro elemento fondamentale apportato dalla riforma è il “procedimento unitario”, ossia la tendenziale uniformazione delle fasi di accesso alle varie procedure di regolazione della crisi. In dottrina, tuttavia, si sottolinea come in realtà possano, inevitabilmente, ravvisarsi

notevoli divergenze tra le varie procedure⁴²¹. L'art. 48 del CCII, rubricato "Omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti", benché preveda la verifica giudiziale sulla fattibilità economica del piano di concordato (comma terzo), non ripropone *espressamente* la stessa soluzione con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Anzi, il comma quarto sembra riprodurre, salve talune modifiche, l'ancora vigente comma quarto dell'art. 182-*bis* l. fall. Infatti: corretta l'imprecisione sottolineata da parte della dottrina relativa alla «pubblicazione» dell'accordo nel registro delle imprese⁴²²; precisato che il termine per l'opposizione è sospeso nel periodo feriale; e, infine, sostituito il decreto di omologazione con la sentenza, la nuova norma statuisce, come quella attuale, che «il tribunale, decise le opposizioni in camera di consiglio, provvede all'omologazione». Sembrerebbe, in sostanza, riproposta la situazione normativa non univoca che si aveva prima dei recenti interventi della Corte di Cassazione (di cui si è detto nel cap. I, par. 2.3.1.), salvo, chiaramente, lo spunto interpretativo che può derivare dal terzo comma della disposizione in esame. Pertanto, la questione che si pone è se possa ritenersi estendibile tale comma, riferito al concordato preventivo, anche agli accordi.

Non può sottacersi infatti che, nello schema di decreto legislativo del 22 dicembre 2017, nell'art. 52 dedicato all'omologazione del concordato e degli accordi si prevedeva l'identità di controlli del tribunale in entrambe le procedure, finanche in punto di fattibilità economica⁴²³. Tuttavia, è da rilevare

⁴²¹ M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 5, 563 e ss.

⁴²² LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 700.

⁴²³ L'articolo in parola recitava:

1. Se il concordato è stato approvato dai creditori, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti.

2. Le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato devono essere proposte con memoria depositata entro il termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima dell'udienza. Il debitore può depositare memorie fino a due giorni prima dell'udienza.

che nella legge 19 ottobre 2017, n. 155, mentre il Parlamento aveva delegato il Governo a estendere il sindacato del tribunale alla fattibilità economica nel concordato (art. 6, lett. e), nulla aveva previsto sul punto nell'art. 5 relativo agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Pertanto, le soluzioni possibili paiono essere due: o si ritiene che il silenzio sul punto sia espressione di una precisa scelta legislativa di escludere il controllo giudiziale sulla fattibilità negli accordi, oppure si reputa che si tratti di un errore di coordinamento occorso in sede di definitiva formulazione del Codice e che, quindi, anche negli accordi il tribunale sia chiamato a vagliare la fattibilità.

Sembra ragionevole che la soluzione corretta sia la seconda, per i motivi che seguono, attinenti, soprattutto, la necessità di un'interpretazione conforme con il diritto dell'Unione, corroborata dalla persistente validità dell'orientamento della Corte di Cassazione, la quale ha predicato recentemente l'identità di soluzioni sul punto tanto nel concordato quanto negli accordi.

Innanzitutto, in dottrina, v'è chi ritiene che sia ravvisabile in questo caso un difetto di coordinamento tra i vari passaggi che hanno portato all'approvazione del testo definitivo⁴²⁴. In quest'ottica, il tribunale sarà chiamato a sindacare la fattibilità economica dell'accordo, con specifico riferimento anche, se non soprattutto, al pagamento integrale dei non aderenti.

Anche qualora non si volesse aderire a questa impostazione, la stessa dottrina suggerisce una lettura conforme al diritto dell'Unione, in particolare con riferimento al già esaminato art. 10, comma terzo, della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019⁴²⁵.

3. Il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, anche con riferimento alla fattibilità del piano e tenuto conto dei rilievi del commissario giudiziale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio, provvede con sentenza sull'omologazione del concordato.

4. Nello stesso modo il tribunale provvede sull'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

[...].

⁴²⁴ A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, 8-9, 993.

⁴²⁵ ID, *ibidem*.

Stanti le considerazioni svolte al precedente par. 1., si potrebbe ragionevolmente concludere che anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti si renda necessario un controllo di fattibilità svolto dall'organo giurisdizionale. Infatti, è pur vero che la Direttiva richiede, al suo art. 4, comma quinto, che gli ordinamenti nazionali presentino *almeno una* procedura conforme alle sue disposizioni, salve le altre già preesistenti o ulteriori⁴²⁶; ragion per cui potrebbe anche astrattamente pensarsi che, stante la conformità della disciplina del concordato all'art. 10, comma terzo, della Direttiva, allora gli accordi potrebbero non richiedere un vaglio giurisdizionale di fattibilità. Tuttavia, la soluzione non appare ragionevole per le considerazioni che seguono e che consentono di corroborare la tesi qui sostenuta.

Il CCII regola gli aspetti procedurali degli accordi di ristrutturazione nel Titolo III della Parte Prima, dedicato espressamente alle «Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza» (e non potrebbe essere diversamente, stante l'intento di approntare un procedimento unitario). Dunque, può asserirsi che il legislatore ritenga l'accordo di ristrutturazione dei debiti una procedura⁴²⁷. Se così è, allora sembrerebbe avallata legislativamente la presa di posizione della Corte di Cassazione relativa alla natura degli accordi. Ma, come detto al cap. I, par. 2.3.1., è proprio sull'identità di natura che la Corte ha fondato la conformità delle soluzioni in punto di ampiezza del sindacato del tribunale. Pertanto, non si vede, in quest'ottica, come potrebbe giustificarsi nel CCII la disparità di disciplina fra concordato e accordi: se nel primo l'organo giurisdizionale sarà chiamato a vagliare la fattibilità anche economica del piano (senza limiti di sorta) e se, a causa della stessa natura "procedurale" la Corte predica lo stesso tipo di controllo giudiziale nei secondi, allora dovrebbe propendersi per un altrettanto ampio controllo tribunale sulla fattibilità economica anche negli

⁴²⁶ P. DE CESARI, *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – I tempi per l'entrata in applicazione della Dir. n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni*, in *Fall.*, 2019, 12, 1564.

⁴²⁷ FABIANI, *La nomenclatura*, in *Fall.*, 2018, 3, 285 e ss.

accordi di ristrutturazione. Né dovrebbe questa conclusione apparire contraddittoria. È vero che la Corte di Cassazione era giunta a limitare, non a espandere, il controllo del tribunale; tuttavia è altrettanto indubitabile che quella presa di posizione si basava unicamente sulla similitudine della natura di concordato e accordi. Essendo questo l'unico argomento addotto dalla Corte, tale da far sì che gli accordi siano attratti dalla disciplina del concordato, allora ben si comprende come mai, mutata la regolazione di quest'ultimo, gli accordi di ristrutturazione debbano seguirne la sorte. Se, al contrario, la Corte avesse addotto a fondamento della propria sentenza argomenti ulteriori, legati a caratteri propri degli accordi di ristrutturazione, allora la soluzione del problema avrebbe potuto essere diversa; ma così non è stato.

In conclusione, può agevolmente ritenersi che negli accordi il tribunale, anche a prescindere da specifiche opposizioni sul punto, dovrà vagliare la fattibilità, perché ciò è suggerito, oltretutto da una ragionevole interpretazione dell'art. 48, CCII (tale da superare l'apparente divaricazione legislativa), anche da un'interpretazione conforme alla Direttiva UE 2019/1023 e dalla persistente validità dei recenti assunti della Corte di Cassazione.

2.2. (Segue). Contiguità interpretativa fra accordi e concordato

Sembra, dunque, ragionevole affermarsi che – ai fini dell'argomentazione qui condotta – il rapporto tra concordato e accordi si sia invertito. Prima dell'ultima riforma, infatti, dagli accordi di ristrutturazione potevano trarsi utili spunti per il concordato, sul piano di un generale assetto delle prerogative dei creditori concordatari rispetto ai mezzi loro forniti per la valutazione di fattibilità. Il minor grado di partecipazione dei creditori non aderenti all'accordo di ristrutturazione e l'assenza di una figura quale quella del commissario giudiziale erano elementi alla base di quell'orientamento nutrito che predicava la necessità di un controllo officioso del tribunale in punto di

fattibilità degli accordi, a prescindere dalla proposizione di opposizioni⁴²⁸. Proprio il maggior grado di completezza dell'informazione ai creditori che si poteva ravvisare nel concordato (basti pensare all'ipotesi di cui all'art. 179, comma secondo, l. fall.) permetteva, invece, di meglio comprendere l'assunto delle Sezioni Unite secondo cui la valutazione di fattibilità del piano⁴²⁹:

presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio [...]. È pertanto ragionevole [...] che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto.

Proprio il confronto fra le due procedure, in sostanza, consentiva di meglio comprendere come non fosse soltanto la “privatizzazione” del concordato in sé a comportare l'attribuzione del controllo di fattibilità ai creditori e non al tribunale; piuttosto, la questione veniva risolta dalla Suprema Corte constatando come l'ordinamento consentiva (e consente tutt'ora) un adeguato apporto informativo ai creditori, specialmente da parte del commissario giudiziale. A nulla sarebbe valsa la sottolineatura della connotazione più privatistica del concordato rispetto al regime della l. fall. originaria, se non fosse stata accompagnata dall'evidenziazione del corretto flusso informativo approntato dalla disciplina a favore dei creditori concordatari. Sarebbe, in sostanza, l'elemento dell'informazione a essere determinante quando si tratta di fattibilità: quanto più i creditori concordatari sono messi correttamente a parte della situazione del debitore e della correttezza delle previsioni del professionista, tanto più il loro voto è genuino e meno si avverte la necessità dell'intervento diretto del tribunale sulla fattibilità⁴³⁰. Sono queste

⁴²⁸ E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, CEDAM, Padova, 2009, 160-161; LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 704-705; NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 2, 195; PACCHI, *Il nuovo concordato*, 311; PRESTI, *L'art. 182 bis*, in *Fall.*, 2006, 2, 169; RAGO, *Primi problemi applicativi*, in *Fall.*, 2006, 3, 287; VALENSISE, *Sub Art. 182-bis*, in NIGRO - SANDULLI, *La riforma*, 1102; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 617; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, 1, 2, 64; C. App. Bari, 9 ottobre 2017, in *Fall.*, 2018, 2, 257.

⁴²⁹ Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

⁴³⁰ FABIANI, *Il concordato preventivo*, in DE NOVA (ed.), *Commentario*, 561-562.

considerazioni non di poco conto, sol che si consideri che parte della dottrina aspramente critica la scelta contenuta nel CCII proprio sulla base di esse⁴³¹.

Al contrario, con l'entrata in vigore del CCII, introdotta la figura del commissario negli accordi – sebbene in via eventuale – e acquisito che il tribunale dovrà vagliare la fattibilità degli stessi, l'elaborazione pregressa nell'ambito del concordato potrebbe costituire la guida per gli accordi, nei termini che seguono.

Infatti, il CCII prevede, all'art 44, comma quarto, la nomina del commissario giudiziale anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti, qualora siano state presentate domande di liquidazione giudiziale. Tuttavia, il legislatore non ha provveduto a specificare di quali compiti sia investito. Nel silenzio normativo, sembra di potersi concludere che debba svolgere le stesse incombenze, in quanto compatibili, già presenti nel concordato; più precisamente, ci si riferisce a quelle che sono correlate allo sviluppo del “procedimento unitario”. In questo senso, potrebbe ritenersi compatibile con gli accordi il suo ruolo di vigilanza durante la fase di “pre-accordo” o di “concordato in bianco” (art. 44, comma primo, lett. b) e c), CCII), dal momento che tale incombenza è prescritta nella stessa disposizione che prevede la sua nomina sia negli accordi sia nel concordato. Si noti bene che tale controllo del commissario è funzionale, in fase di ammissione al concordato, a consentire al tribunale di dichiarare l'inammissibilità nel caso di infattibilità, sulla scorta, per l'appunto, di un suo «parere» (art. 47, comma primo, CCII). In aggiunta, non sembra azzardato affermare che il commissario debba anche depositare un «motivato parere» sull'accordo, non in sede di ammissione (inesistente per gli accordi), ma in vista del giudizio di omologazione. Tuttavia, parte della dottrina ritiene che, stante la presenza di una siffatta disposizione in tema di concordato (art. 48, comma secondo, CCII), senza una riproposizione espressa in tema di accordi, allora in questi

⁴³¹ P.F. CENSONI, *La “controriforma” della disciplina del concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2018, 25.

ultimi il commissario non potrebbe depositare alcunché⁴³². Volendo resistere a questa lettura, potrebbe obiettarsi che, avendo il legislatore voluto introdurre un “procedimento unitario”, non sarebbe stata sensata la ripetizione della stessa disposizione; anzi, altra voce in dottrina ritiene, per l’appunto, che il deposito del parere sia necessitato anche negli accordi⁴³³.

In quest’ottica, ricapitolando, il commissario giudiziale dovrebbe depositare il suo motivato parere sull’accordo (entro il quinto giorno antecedente l’udienza di omologazione); e, per colmare il silenzio legislativo circa il contenuto, pare naturale a questo punto far applicazione di quanto acquisito in tema di concordato⁴³⁴: tale parere dovrebbe prendere posizione anche circa la fattibilità (soprattutto con riferimento all’idoneità a pagare integralmente i creditori non aderenti). In questo modo, il commissario adempirebbe all’importante ruolo informativo, a supporto dei creditori e del tribunale, che già svolge e svolgerà ancora nel concordato.

A rinforzo delle conclusioni appena svolte, sembra opportuno anche sottolineare che la nomina del commissario è prevista come necessaria nel caso in cui siano state presentate domande per l’apertura della liquidazione giudiziale. Ebbene, sembra ragionevole pensare che a depositare siffatte domande possano essere i creditori non convinti del buon esito dell’accordo, ossia i creditori dissenzienti rispetto allo stesso; pertanto, risulterebbe coerente che vi sia una figura chiamata ad esprimersi sulla fattibilità dell’accordo, coadiuvando in ciò il tribunale e fornendo informazioni che i creditori possano porre a fondamento delle proprie opposizioni ai sensi dell’art. 48, comma quarto, l. fall. Se così fosse, allora potrebbe accadere che l’opposizione venga accolta e contestualmente sia aperta la liquidazione giudiziale (art. 48, comma settimo, CCII). Questo meccanismo consentirebbe ai creditori dissenzienti, coadiuvati dal commissario, di impedire che si omologhi un accordo non fattibile, i cui atti di esecuzione, da un lato, si

⁴³² MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario*, in *Fall.*, 2019, 5, 563 e ss.

⁴³³ PAGNI, *Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 10, 1157 e ss.

⁴³⁴ PICA, *Il concordato preventivo*, in CELENTANO - FORGILLO, (ed.), *Fallimento e concordati*, 1104.

rivelerebbero deleteri per il complesso della massa attiva e, dall'altro, sarebbero coperti dall'esenzione da azione revocatoria nella eventuale e successiva liquidazione giudiziale (art. 166, comma terzo, lett. e), CCII) – recuperando così osservazioni già espresse dalla dottrina sotto la vigenza della l. fall⁴³⁵. In altre parole, la tesi secondo cui il commissario debba depositare il parere anche negli accordi permetterebbe ai creditori dissenzienti di attingere a una solida piattaforma informativa per proporre le proprie opposizioni all'omologazione (ovviamente nel caso in cui il parere sia negativo in punto di fattibilità), unendo la propria voce a quella del commissario nell'ottica di fronteggiare il seguente rischio: che i creditori assenzienti godano degli effetti a sé favorevoli di un accordo omologato ma destinato a “ naufragare ” in fase di esecuzione; che gli atti e pagamenti da cui scaturiscono quegli effetti siano coperti da esenzione da azione revocatoria nella liquidazione giudiziale che dovesse aprirsi a seguito della mancata esecuzione del piano; e che, in definitiva, la massa attiva cui si possa attingere nella liquidazione risulti inferiore rispetto a quella che si avrebbe avuto qualora l'accordo non fosse stato omologato e la procedura liquidatoria fosse stata aperta fin da subito. In sostanza, se l'obbiettivo dei creditori che propongono domanda per l'apertura della liquidazione è quello di ottenere soddisfacimento dei propri crediti, evitando un ulteriore e irreversibile depauperamento della massa attiva che potrebbe derivare dall'esecuzione di un accordo non fattibile, allora il parere del commissario è uno degli imprescindibili strumenti utili allo scopo.

Tuttavia, a ben vedere, la funzione informativa del parere in alcuni casi potrebbe essere più utile al tribunale che non ai creditori. Infatti, si è detto che in dottrina si ritiene che il «contraddittorio sfalsato» proprio del concordato (art. 48, comma secondo, CCII) debba essere replicato negli accordi⁴³⁶. Con questa espressione si intende la successione di termini differenti per il deposito degli atti propri di ciascuna parte del giudizio di omologazione:

⁴³⁵ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 176; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 617, cui si è già accennato nella n. 116.

⁴³⁶ PAGNI, *Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 10, 1157 e ss.

infatti, in virtù dell' art. 48, comma secondo, CCII i creditori devono depositare le memorie entro il decimo giorno antecedente l'udienza; dopodiché spira il termine per il deposito del parere del commissario, fissato nel quinto giorno antecedente; infine, il debitore può depositare memorie di replica entro il secondo giorno antecedente l'udienza. Stando così le cose, allora, ben potrebbe darsi il caso che il parere sia depositato dopo il termine ultimo per la presentazione di opposizioni: pertanto, in una simile evenienza le opposizioni potrebbero ben fondarsi sull'infattibilità dell'accordo, ma non grazie all'apporto del commissario, bensì sulla scorta di fatti altrimenti noti ai creditori; sarebbe invece il tribunale a non omologare l'accordo per mancanza di fattibilità sulla base, anche, della ricognizione fornita nel parere. In conclusione sul punto, può dirsi che, da un lato, la tesi dottrinale secondo cui il commissario dovrà svolgere negli accordi la stessa fondamentale funzione informativa cui già adempie nel concordato permette di arricchire gli strumenti a disposizione dei creditori dissenzienti per la proposizione di opposizioni, a tutto beneficio della completezza del quadro istruttorio; dall'altro lato, tuttavia, c'è il rischio che talora i creditori non possano beneficiare di questo apporto informativo, ove il parere venga depositato dopo il termine per la proposizione di opposizioni. A ogni modo, ciò non toglie che i creditori potranno in giudizio aderire ai rilievi commissariali. Quel che potrebbe emergere, in definitiva, sarebbe la centralità della figura del commissario nell'ambito degli accordi, approdo chiaramente fondamentale vista l'espansione dell'ambito del sindacato giudiziale in virtù del CCII.

2.3. La fattibilità nel concordato preventivo

Può, dunque, procedersi all'esame del tema della fattibilità nel concordato preventivo sotto la vigenza del CCII. Si è detto che la questione di chi – attestatore, commissario, creditori, tribunale – avesse l'ultima parola in punto di fattibilità del piano era già stata risolta dalle Sezioni Unite, le quali avevano attribuito tale prerogativa ai creditori (salvo il caso di opposizioni presentate

nel giudizio di omologazione)⁴³⁷. Ebbene, come anticipato fin dall'introduzione, la stessa questione è stata disciplinata in maniera diametralmente opposta nel Codice. Il legislatore, a prescindere da qualsiasi gradazione nel controllo (manifesta o non manifesta infattibilità), attribuisce al tribunale il compito di vagliare la fattibilità economica del piano, tanto in sede di ammissione, quanto nel giudizio di omologazione, pur in assenza di specifiche opposizioni sul punto. In sostanza, sembra riproposta una disciplina quale era quella che poteva evincersi dall'interpretazione fornita, soprattutto dai giudici del merito, all'indomani della riforma del 2005 e catalogata come "controllo sostanziale" (su cui si è detto nel cap. I, par. 2.4.1. e 2.4.2.).

La questione che si pone non è più, dunque, quella del soggetto a cui è demandato il controllo. Nondimeno, se ne presenteranno altre e più precisamente:

- a) in presenza di quali presupposti possa il tribunale disattendere le indicazioni fornite dal commissario giudiziale in punto di fattibilità e quali siano le conseguenze;
- b) se sia ancora compatibile con il nuovo Codice l'assunto delle Sezioni Unite per cui il controllo sulla fattibilità si esercita secondo lo stesso parametro in tutte le fasi della procedura;
- c) se, riscontrato il tribunale in fase di ammissione un sensibile scostamento rispetto a quanto prospettato dall'attestatore, la pronuncia di inammissibilità sia scelta obbligata oppure si dia spazio a qualche rimedio, in particolare la concessione di un termine a integrazione;
- d) se alla luce della sua nuova attribuzione il tribunale possa sempre revocare l'ammissione del concordato in presenza di mutamenti delle condizioni di fattibilità occorsi dopo la votazione;

⁴³⁷ Cass. S. U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 149.

e) se, nell'assenza di criteri direttivi posti dal legislatore, pur invocati dalla dottrina, possa ravvisarsi nella disposizione relativa alla risoluzione per inadempimento (art. 119 CCII) una guida per l'intensità del sindacato⁴³⁸.

Preliminarmente occorre, però, render conto di come l'attribuzione del vaglio di fattibilità al tribunale si inserisca nel generale disegno della riforma, quale utile disamina per comprendere, sulla scorta degli apporti dottrinali emersi, le motivazioni di politica legislativa che abbiano indotto a questa scelta.

2.3.1. *Il disfavore verso il concordato e il problema dell'abuso*

In generale, la riforma del CCII si caratterizza per una "chiusura" nei confronti del concordato, soprattutto *sub specie* di concordato liquidatorio. Sono vari gli elementi innovativi che, secondo parte della dottrina, costituiranno ostacoli all'accesso al concordato.

Per quel che riguarda il concordato di tipo liquidatorio, l'effetto è ancor più marcato e sembra realizzare l'ultima sezione di quella «parabola» discendente cui si è riferita, nel tempo, la dottrina⁴³⁹. In particolare, si sottolinea come alla già presente soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari al venti per cento si aggiunge, all'art. 84, comma quarto, CCII, come condizione di ammissibilità, che il piano preveda l'apporto di finanza nuova che incrementi di almeno il dieci per cento il soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria. Non v'è chi non veda in ciò, in dottrina, una disposizione che certamente renderà più arduo l'accesso a tale forma di

⁴³⁸ Si è già trattato al par. 1. della questione relativa alla conformità delle nuove norme del CCII rispetto all'art. 10, comma terzo, della Direttiva UE 2019/1023. In particolare, si è detto che non si pongono problemi di non conformità, dal momento che la Direttiva detta degli *standard* minimi che non escludono l'adozione di misure più incisive da parte degli Stati Membri.

⁴³⁹ A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. Comm.*, 2016, 1, 17 e ss.. Peraltro, nello schema di decreto legislativo originariamente sottoposto all'attenzione del Governo dalla Commissione Rordorf si prevedeva, addirittura, l'espunzione di tale tipo di concordato dall'ordinamento.

concordato, dischiudendo le porte della liquidazione giudiziale⁴⁴⁰. Effettivamente, emerge anche dalla Relazione illustrativa l'*intentio legis* di consentire la «sopravvivenza» del concordato liquidatorio soltanto quando possa senza dubbio offrire un soddisfacimento maggiore rispetto alla liquidazione, in considerazione dei minori costi di procedura che fino a oggi hanno tendenzialmente caratterizzato il fallimento⁴⁴¹. Con riferimento invece al concordato con continuità, a dispetto dell'intento dichiarato nella stessa Relazione illustrativa di favorirlo, in dottrina si è già avuto modo di sottolineare come, in realtà, la “clausola occupazionale” contenuta nello stesso art. 84, comma secondo, CCII, costituisca un elemento che renderà più difficile il ricorso alla continuità indiretta, dal momento che il terzo cessionario dell'azienda dovrà disporre di risorse tali da mantenere per un anno dall'omologazione almeno la metà della media dei dipendenti presenti nei due esercizi anteriori il deposito del ricorso per l'accesso al concordato⁴⁴².

Il panorama dottrinale si divide, poi, per quel che riguarda l'attribuzione del sindacato di fattibilità all'organo giurisdizionale. In realtà, come anticipato al par. 2.7.1. del precedente capitolo, l'innovazione sta nel fatto che il vaglio debba esercitarsi *d'ufficio* e non soltanto su opposizione di un creditore, come

⁴⁴⁰ U. APICE, *Il codice della crisi e dell'insolvenza: ovvero prove tecniche di requiem*, in *Dir. Fall.*, 2018, 3-4, 654 e ss.; S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, “presupposti” e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *Il caso.it*, 25 febbraio 2019, 5; R. BROGI, *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 1; FABIANI, *Il diritto della crisi*, 622; JORIO, *La parabola del concordato*, in *Giur. Comm.*, 2016, 1, 17 e ss.; G. PARISI, *Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: riforma o controriforma?*, in *Osservatorio-oci.org*, giugno 2019, 5; P. RINALDI, *La finanza esterna nel concordato liquidatorio: incentivi e istruzioni per l'uso*, in *Il fallimentarista.it*, 1 aprile 2019, 7; STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449 e ss.

⁴⁴¹ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Osservatorio-oci.org*, 89-90; *contra*, nel senso che non sia affatto provato che i costi della procedura fallimentare siano sempre inferiori rispetto a quelli del concordato PARISI, *Il Codice della Crisi*, in *Osservatorio-oci.org*, giugno 2019, 5; STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449 e ss.

⁴⁴² STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449, secondo cui, peraltro, l'aver il legislatore optato per il criterio della prevalenza delle risorse come discrimine fra i due tipi di concordato consentirà soltanto alle imprese con un patrimonio limitato l'accesso al concordato con continuità, impedendolo invece a quelle con notevoli valori immobiliari da liquidare al fine di realizzare finanza da destinare ai creditori e alla continuità.

ammesso dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della l. fall. anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite⁴⁴³. A ogni modo, si può riscontrare un primo orientamento critico verso la scelta legislativa⁴⁴⁴. In quest'ottica, la cifra caratteristica del controllo giudiziale sul punto sarebbe eminentemente quella di rendere secondaria la procedura concordataria⁴⁴⁵. Questa opinione, peraltro, lamenta anche che il controllo sulla fattibilità richiede, inevitabilmente, approfondite conoscenze economico-aziendalistiche; tale circostanza renderebbe quantomeno inopportuna, secondo questa tesi, la scelta di affidare il controllo all'organo giurisdizionale⁴⁴⁶. In quest'ottica, v'è anche chi ritiene sarebbe stata scelta consona quella di rendere mista la composizione del tribunale fallimentare (*recte*, della liquidazione giudiziale e delle altre procedure concorsuali), con membri non togati dotati delle necessarie competenze economico-aziendalistiche⁴⁴⁷. Ora, quanto al primo profilo è indubitabile che le nuove disposizioni introducano un filtro che, in quanto tale, non può che contribuire a diminuire la percentuale di concordati omologati. Non può ragionevolmente porsi in discussione il fatto che all'aumentare dei controlli un maggior numero di procedure sarà intercettato. Tuttavia, sul versante dell'idoneità dell'organo giurisdizionale a conoscere della fattibilità, non può non ricordarsi come già prima della riforma del 2005 il tribunale era chiamato a svolgere tale controllo (sebbene non se ne trattasse in questi termini), per l'ovvia ragione che era una valutazione preliminare a quella di convenienza – della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare – espressamente attribuitagli dall'allora art. 181 l. fall., come asserito, del resto, dalla giurisprudenza di legittimità e ricordato dalla dottrina critica verso l'arresto delle Sezioni Unite⁴⁴⁸. Potrebbe pensarsi, dunque, che

⁴⁴³ Cass. Civ. Sez. I, 26 settembre 2013, n. n. 22083, in *Fall.*, 2014, 7, 824.

⁴⁴⁴ BROGI, *La procedura di concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 18 e 22-23; CENSONI, *La "controriforma"*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2018, 19; FABIANI, *Il diritto della crisi*, 622; STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449, e ss..

⁴⁴⁵ STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449, e ss.

⁴⁴⁶ ID. *ibidem*.

⁴⁴⁷ S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2017, 6, 1291 e ss.

⁴⁴⁸ Cass. Civ. Sez. I, 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, 1248; LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Il fallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 19.

quella critica formulata dalla dottrina in parola possa ritenersi più puntuale con riferimento al concordato con continuità aziendale, rispetto al quale, si è detto al cap. I., par. 1.3., gli elementi che influiscono sulla fattibilità del piano sono molteplici e maggiormente connotati da tecnicità; ed essa potrebbe apparire ancor più centrata sol che si consideri che il legislatore delegato non ha fissato dei parametri per lo svolgimento della prognosi di fattibilità, benché invocati dalla dottrina (su tale difetto e sui possibili rimedi interpretativi si tornerà nel par. 2.3.2.5.)⁴⁴⁹. Ma, a ogni modo, è incidentalmente da osservare che il tribunale, per gli aspetti e le valutazioni che non rientrano nelle sue competenze, godrà pur sempre dell'apporto fondamentale del commissario giudiziale (sull'eventuale contrasto di vedute tra questi due organi si dirà al par. 2.3.2.1.) e degli ulteriori mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio ai sensi dell'art. 48, comma terzo, CCII. E ancora, non va dimenticato che la stessa Corte di Cassazione, pochi mesi dopo la pronuncia a Sezioni Unite, aveva puntualizzato che il tribunale può comunque svolgere un sindacato sulla fattibilità del piano qualora vi sia specifica opposizione sul punto⁴⁵⁰. Perciò (come già osservato al cap. precedente, par. 2.7.1.) questa critica potrebbe avere fondamento se il tribunale non disponesse di strumenti idonei a integrare le fisiologiche lacune extra-giuridiche, cosa che però non è, sicché questa posizione dottrinale non sembra pienamente condivisibile.

Eppure, non può sottacersi come la sottolineatura della necessità di conoscenze interdisciplinari proviene anche da parte di chi maggiormente ha contribuito alla redazione del nuovo Codice⁴⁵¹. Ci si riferisce a chi lamenta la scelta del legislatore delegato di non dar seguito all'indicazione contenuta nella legge delega (art. 2, lett. n), n. 3, l. 19 ottobre 2017, n. 155) e consistente nel prevedere la competenza, per questi procedimenti, soltanto in capo ad alcuni tribunali di maggiori dimensioni, al fine di favorire la specializzazione; questa critica, per l'appunto, è motivata anche dall'ampliamento del

⁴⁴⁹ BROGI, *La procedura di concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 22-23.

⁴⁵⁰ Cass. Civ. Sez. I, 26 settembre 2013, n. 22083, in *Fall.*, 2014, 7, 824.

⁴⁵¹ R. RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 2, 129 e ss.

perimetro del sindacato dell'organo giurisdizionale. In altre parole, il non aver previsto la concentrazione (per vero realizzata dall'art. 27 CCII solo parzialmente, con riferimento ai procedimenti di amministrazione straordinaria e quelli riguardanti i gruppi di maggiori dimensioni), non sembrerebbe, in quest'ottica, scelta consona, in quanto non consentirebbe la trattazione da parte di sedi specializzate, fornite di una, in questo senso, necessaria competenza multidisciplinare.

Quindi, se da un lato la dottrina più critica mette in luce come la novità legislativa concorrerà a ridurre l'accesso allo strumento concordatario, senza che, secondo questa tesi, possa ritenersi una scelta congrua (in ragione delle competenze extra-giuridiche necessarie per svolgere la prognosi), dall'altro lato si pone la dottrina che loda l'approdo cui è giunto il CCII⁴⁵². Questa posizione condivide la scelta del legislatore in forza di una considerazione attinente alle situazioni patologiche con cui talora, in prassi, si sono scontrate le procedure di concordato. Ci si riferisce, in sostanza, a quel che in dottrina è stato chiamato "abuso del concordato"⁴⁵³. Non è il caso di addentrarsi nella questione se questa espressione sia congrua, nel senso se possa o meno, nell'ipotesi di cui si va dicendo, configurarsi un vero e proprio abuso del diritto tradizionalmente inteso⁴⁵⁴. Basta qui rilevare come sia stata avvertita

⁴⁵² R. AMATORE, *Poteri di controllo del tribunale e giudizio di fattibilità economica del piano*, in *Ilfallimentarista.it*, 19 dicembre 2017, 1; C. RAVINA, *I poteri del tribunale nella valutazione di fattibilità del piano concordatario secondo la legge delega*, in *Ilfallimentarista.it*, 18 dicembre 2017, 4; F. LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf*, in *Ilfallimentarista.it*, 22 settembre 2016, 8;

⁴⁵³ E. BERTACCHINI, *I creditori sono gli unici giudici della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. Fall.*, 2011, 6, II, 615 e ss.; JORIO, *La parabola del concordato*, in *Giur. Comm.*, 2016, 1, 15 e ss.; G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 8, 891 e ss.; LAMANNA, *L'indeterminismo creativo*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, 20; FABIANI, *L'ipertrofica legislazione*, in *Il caso.it*, 6 agosto 2015, 6; A. FERRETTI, *La relazione del commissario giudiziale nel novellato art. 172 legge fallimentare*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 513; Trib. Napoli, 25 febbraio 2015, in *Dir. Fall.*, 2016, 1, 301; A. MOSCARIELLO, *Il controllo del Tribunale sulla "fattibilità economica" del piano di concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2019, 1, 213 e ss.; R. SANTAGATA, «Concordato preventivo» meramente dilatorio e nuovo "Codice della crisi e dell'insolvenza": verso il tramonto dell'abuso di diritto (o del processo)?, in *Dir. Fall.*, 2019, 2, 333 e ss.

⁴⁵⁴ V'è infatti chi ritiene che non possa parlarsi, con riguardo alle ipotesi di concordati sorretti da piani infattibili e ciononostante ammessi (GALLETTI, *Speciale decreto "contendibilità"*, in *Ilfallimentarista.it*, 23 settembre 2015, 5), di "abuso del diritto". Se si intende il diritto in

nella giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, e in parte della dottrina l'esigenza di intercettare i concordati il cui piano fosse palesemente non fattibile, perché già solo l'ammissione, per quanto seguita da una revoca o da un diniego di omologazione, comporterebbe una perdita di tempo per i creditori, abbinata all'erosione di risorse economiche, specialmente in caso di concordato con continuità (s'intende, basato su un piano industriale non in grado di rimediare alle cause della crisi)⁴⁵⁵. Il ritardo nella dichiarazione di fallimento, oltre a portare a una diretta erosione della massa attiva, può anche impedire, per il decorso della prescrizione, l'eventuale esperimento di azioni revocatorie⁴⁵⁶. In sostanza, la motivazione di politica legislativa che starebbe dietro l'estensione del controllo del tribunale, in quest'ottica, sarebbe quella di scoraggiare l'uso eminentemente dilatorio del concordato, cioè al sol fine di ritardare il fallimento (segnatamente qualora vi sia, a monte, una domanda di concordato in bianco), o al limite di porvi rimedio fin dall'ammissione⁴⁵⁷.

Dunque e in conclusione sul punto, può ben dirsi che il controllo di fattibilità rientri tra quelle novità volte a rendere più stringenti i criteri per l'accesso e l'omologazione del concordato, specialmente quello liquidatorio, in forza dell'esigenza, avvertita dal legislatore delegato (ma non esplicitata nella Relazione illustrativa al Codice), di intercettare quanto prima e contrastare i tentativi di utilizzare il concordato abusivamente, cioè con il solo fine di ritardare la dichiarazione di fallimento (*recte*, nella riforma, l'apertura della liquidazione giudiziale). A prescindere dalla questione se la scelta sia congrua o meno, è interessante accennare brevemente a quella voce che, in dottrina,

parola con quello proprio del debitore consistente nell'ottenere la regolazione con lo strumento concordatario invece che con il fallimento, tale tesi si basa sul fatto che se un piano è infattibile, allora, raccogliendo l'insegnamento delle Sezioni Unite, è carente di causa e, conseguentemente, è inficiato sul profilo della validità. In questo senso, non ci sarebbe alcun diritto di cui si fa abuso, dal momento che il diritto non è nemmeno sorto.

⁴⁵⁵ Cass. Civ. Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I-1, 145; SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. it.*, 2017, 5, 1119 e ss.

⁴⁵⁶ F. CASA, *Le (impercettibili) correzioni della Corte di Cassazione in tema di causa del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, 8-9, 950.

⁴⁵⁷ G. BOZZA, *Il ritorno del giudice sulla scena del concordato il tramonto di una stella polare; ovvero una indagine sulla attualità dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1521 del 2013*, in *Il caso.it*, 28 febbraio 2017, 36-37; C. App. Firenze, 2 novembre 2015, in *Fall.*, 2016, 8-9, 945.

l'ha criticata, in quanto basa le proprie affermazioni sulla valorizzazione dell'elemento dell'informazione; elemento che, come visto in controluce rispetto agli accordi di ristrutturazione dei debiti nel par. 2.2., poteva costituire una chiave di volta per la comprensione del problema del soggetto abilitato a svolgere considerazioni in punto di fattibilità. Infatti, v'è chi ritiene che il legislatore avrebbe dovuto individuare una qualche forma di responsabilizzazione del ceto creditorio, perché ciò sarebbe stato più in linea con l'idea, propria delle riforme degli anni 2005 – 2007, di “privatizzazione” della procedura⁴⁵⁸. Queste affermazioni risultano tanto più comprensibili quanto più si ritenga, a monte, che non vi sia un'inidoneità dei creditori a compiere la valutazione di fattibilità; considerazione, peraltro, rafforzata dall'inciso delle Sezioni Unite secondo cui tale scrutinio appartiene quasi ontologicamente al ceto creditorio, poiché destinatario della proposta⁴⁵⁹. Al contrario, l'ultima riforma, come accennato, è volta nella direzione esattamente opposta (quantomeno sotto il profilo dell'ambito dei controlli del tribunale) di diminuzione del ruolo degli attori privati a favore di un eterotutela di fonte giurisdizionale.

2.3.2. *Il controllo giudiziale*

Inquadrata la scelta di politica legislativa sottostante l'estensione del perimetro di controllo del tribunale alla fattibilità *tout-court*, senza limiti di sorta, occorre esaminare le questioni poste dalla nuova normativa, già elencate al par. 2.3.

⁴⁵⁸ FABIANI, *Il diritto della crisi*, 622.

⁴⁵⁹ Cass. S. U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151. Non è forse un caso, in questo senso, che nel progetto di riforma inizialmente elaborato (d.d.l. 3671, presentato alla Camera dei Deputati in data 11 marzo 2016) si prevedesse un controllo di fattibilità aderente al dettato delle Sezioni Unite del 2013.

2.3.2.1. *Il dissenso fra tribunale e commissario*

Innanzitutto, occorre prendere atto che il CCII, là ove prevede il controllo del tribunale sulla fattibilità, lo abbina sempre all'apporto del commissario giudiziale: in fase di apertura, questi fornisce un «parere» (art. 47, comma primo, CCII); nel giudizio di omologazione, l'organo giurisdizionale vaglia la fattibilità del piano «tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale» (art. 48, comma terzo, CCII). È indubitabile che il tribunale non possa dirsi vincolato a quanto ritenuto dal commissario: sotto questo profilo non pare infatti che possa seriamente ritenersi che il parere del commissario (così come quello del professionista attestatore) possa assumere un rilievo diverso da quello proprio delle valutazioni di un consulente tecnico nell'ambito di un processo di cognizione⁴⁶⁰. È vero che le Sezioni Unite vedevano nel professionista una figura più propriamente assimilabile a quella dell'ausiliario e non a quella di un c.t.u., ma ciò perché la nomina non è del tribunale, bensì del debitore⁴⁶¹; ma non è questo ciò che rileva, bensì lo è il fatto che asserissero la facoltà dell'organo giurisdizionale di discostarsi dalle risultanze della relazione. Ma allora, se è data questa possibilità al tribunale e si ritiene (come mostra di fare la dottrina) che su questo specifico profilo l'apporto del professionista e quello del commissario siano sovrapponibili, allora può ricercarsi nell'elaborazione pregressa in punto di sindacato sulla relazione qualche elemento utile per capire in che termini possa l'organo giurisdizionale disattendere quanto ritenuto dal commissario. In altre parole, è necessario per la delineazione dei poteri del tribunale ipotizzare gli scenari in cui l'organo giurisdizionale si discosti dal parere e dai rilievi del commissario e in ciò si rivela utile l'esame dell'*acquis* giurisprudenziale pregresso.

In questo senso, va ricordato come il vaglio, sempre consentito già solo ai fini dell'ammissibilità del concordato, sulla relazione del professionista deve, per

⁴⁶⁰ AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 e ss.; JORIO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 217.

⁴⁶¹ Cass. S.U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

giurisprudenza e dottrina unanimi, appuntarsi soprattutto sulla motivazione della relazione stessa. In particolare, non deve rintracciarsi contraddizione fra i dati accertati come veridici e le conclusioni tratte in punto di fattibilità; e ancora, non deve esservi illogicità intrinseca nella parte motiva; infine, deve potersi desumere dalla motivazione che tutti i possibili elementi rilevanti per la fattibilità siano stati presi in considerazione, non essendo dunque la relazione inficiata da incompletezza⁴⁶². Ebbene, sembra ragionevole concludere che quanto detto con riferimento alla relazione del professionista possa essere trasposto anche con riferimento al parere del commissario. Anche con riferimento a questi, in sostanza, il tribunale sarà chiamato a sincerarsi della congruità delle loro motivazioni. Infatti, posto che il CCII attribuisce la verifica di fattibilità al tribunale, non sembra di potersi fondatamente ritenere che lo stesso possa *acriticamente* porre a base del decreto di ammissione o della sentenza di omologazione quanto relazionato dal commissario: potrà senz'altro riprendere sul punto il testo del suo parere, purché dalla motivazione del provvedimento giurisdizionale emerga l'adesione a quella prospettazione⁴⁶³. Ciò non implica, volendo ritenere applicabili sul punto le norme del c.p.c. in tema di consulenza tecnica (come fatto dalle Sezioni Unite del 2013), che debba essere disatteso l'orientamento di legittimità per cui, in assenza di censure di parte, il giudice può limitarsi a motivare *per relationem* richiamando, in questo caso, il parere del commissario⁴⁶⁴; quel che si intende dire è, invece, che nel tener conto dei rilievi del commissario il tribunale dovrà, come livello minimo, applicare gli stessi filtri adoperati, fino a oggi, per il vaglio dell'attestazione del professionista, dal momento che con essa condivide (come sottolineato ampiamente al cap. I, par. 2.2.) la funzione informativa nei confronti dei creditori, ai fini del corretto esercizio del voto (dando per assunto che non vi siano scostamenti tra la relazione di cui all'art. 105 CCII e quella depositata

⁴⁶² JORIO, in AA. VV., *Seminario a commento*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 216; SACCHI, *ivi*, 229; Cass. S. U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 152; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 10, 1218.

⁴⁶³ Cass. Civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Ilcodicedeiconcordati.it*, 11.

⁴⁶⁴ Cass. Civ. Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10937, in *Dir. Industriale*, 2017, 4, 373.

in vista dell'omologazione). Ma non solo: tale tipo di sindacato aveva (e avrà fino all'entrata in vigore del CCII) come obiettivo quello di garantire la formazione di un consenso informato nei creditori, in un sistema che demanda soltanto a questi le valutazioni di fattibilità; con il CCII non sarà più così, sicché non può escludersi una disamina approfondita di ogni aspetto posto dal commissario a base della sua prognosi di fattibilità (o non fattibilità). Ciò potrebbe avvenire non solo su iniziativa del tribunale stesso, disponendo d'ufficio mezzi di prova in sede di omologazione qualora ritenga di non condividere alcune conclusioni, bensì anche e soprattutto in forza di specifiche obiezioni mosse dai creditori in detto giudizio. In altre parole, potrebbe ben verificarsi il caso che il commissario depositi un parere favorevole in vista dell'omologazione, ma che siano anche svolte opposizioni da parte dei creditori, che contestano la fattibilità del piano per non condivise valutazioni contenute nel parere. In siffatta evenienza, volendo ancora recuperare i principi espressi dalla Corte di Cassazione in tema di c.t.u., il tribunale dovrà inevitabilmente approfondire il proprio sindacato sulla scorta di quanto prodotto dalle parti e nella sentenza che decide dell'omologazione adeguatamente motivare, non bastando più il ricorso alla motivazione *per relationem*⁴⁶⁵.

Tuttavia, occorre rilevare che il termine finale per la proposizione delle opposizioni scade prima di quello per il deposito del parere (rispettivamente, il decimo e il quinto giorno antecedente l'udienza, *ex art. 48, comma secondo, CCII*), ragion per cui potrebbe anche ritenersi che, quando il parere non sia effettivamente stato depositato prima del termine ultimo per le opposizioni, allora i creditori non potrebbero muovere specifiche critiche allo stesso⁴⁶⁶. Ciò però non toglie che, in realtà, detto parere tendenzialmente coinciderà sul punto con quanto riportato già nella relazione redatta in vista del voto; infatti,

⁴⁶⁵ Cass. Civ. Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10937, in *Dir. Industriale*, 2017, 4, 373.

⁴⁶⁶ Si noti, peraltro, che in dottrina all'indomani della riforma del 2007 v'era chi sottolineava come l'aver previsto prima il deposito delle opposizioni e dopo quello del parere non era stata scelta congrua, dal momento che per i creditori sarebbe più confacente avere a disposizione il parere del commissario, quale ulteriore piattaforma informativa su cui basare le proprie opposizioni (AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 130).

qualora le valutazioni del commissario mutino dopo la votazione, sopperisce la comunicazione *ad hoc* di cui all'art. 110, comma terzo, CCII (l'attuale art. 179, comma secondo, l. fall.). Pertanto, i creditori dissenzienti saranno comunque messi in condizione di muover critiche puntuali all'apporto del commissario.

Si noti bene, in conclusione, che queste considerazioni valgono anche per il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Infatti, ove sia nominato il commissario (necessariamente, come già detto, in caso di contestuale deposito di domande di apertura della liquidazione giudiziale) e ove si ritenga (come sostenuto al par. 2.2.) che questi sia chiamato a depositare un motivato parere in vista dell'omologazione, ebbene il tribunale non potrà fondatamente ritenersi vincolato a detto parere, potendo invece decidere difformemente, in forza di un diverso convincimento fondato su prove la cui assunzione sia disposta d'ufficio o su richiesta di parte. L'unico scostamento consiste in ciò: negli accordi manca una relazione anteriore rispetto al parere reso in sede di omologazione, per l'ovvio motivo che in essi manca il voto. Pertanto, qualora il parere del commissario sia depositato dopo il termine per la proposizione di opposizioni, queste dovranno essere fondate solo sulla base di notizie acquisite dai creditori dissenzienti *aliunde* e criticando la sola relazione del professionista attestatore, ma i creditori stessi potranno poi certamente aderire ai rilievi del commissario nel corso del giudizio ed eventualmente farli propri.

Considerato quanto detto, può concludersi come segue. Il tribunale non sarà vincolato a quanto ritenuto dal commissario in nessun momento della procedura, benché, inevitabilmente, non possa negarsi la primaria importanza di detto apporto per l'organo giurisdizionale. In aggiunta, sembrerebbe ragionevole che il tribunale, proprio perché chiamato dal CCII a verificare la fattibilità del piano, vagli quantomeno la congruità della motivazione delle conclusioni del commissario, sotto i profili della sua completezza, logicità e coerenza con i dati accertati come veridici, al pari di quel che avviene ancor oggi per la relazione del professionista, dal momento che non pare corretta

una recezione acritica del parere⁴⁶⁷. Nulla osterà, tuttavia, a un esame più approfondito in sede di omologazione, sia su iniziativa del tribunale, sia – se non soprattutto – perché in tal senso sollecitato dai creditori oppositori; detto esame potrà essere condotto con qualsiasi mezzo di prova ritenuto necessario (stante l'assenza di limitazioni nell'art. 48, comma terzo, CCII).

Svolte queste considerazioni, emerge chiaramente un punto sottolineato dalla dottrina più recente (che si raccorda a voci critiche già citate) e che sarà ripreso nelle considerazioni conclusive. Infatti, già in passato in dottrina si è ritenuto che vi fosse un'inutile sovrapposizione di ruoli tra le due figure, tale da legittimare, *de jure condendo*, la nomina di un solo soggetto controllore da parte del tribunale⁴⁶⁸; tale critica viene riproposta, a maggior ragione, ancor oggi: v'è infatti chi osserva che la compresenza di professionista e commissario giudiziale ben si comprende in un sistema, quale quello ancora vigente, che demanda la valutazione di fattibilità ai soli creditori, ma non si giustificerebbe, invece, sotto la vigenza del CCII⁴⁶⁹. Le motivazioni alla base di questa opinione dottrinale critica sono due: da un lato, l'esigenza del contenimento dei costi della procedura, tra le cui voci si annoverano, chiaramente, i compensi dell'attestatore e del commissario; dall'altro, il ritenuto *deficit* di indipendenza del professionista rispetto al debitore⁴⁷⁰. Tuttavia, non può non rilevarsi che il legislatore, nel corso degli anni, ha provveduto ad arricchire più volte le disposizioni inerenti i requisiti di capacità e indipendenza dell'attestatore, tutelando l'interesse alla veridicità della sua relazione addirittura con la sanzione penale (come tratteggiato nel cap. I, par. 2.2.1.)⁴⁷¹. Per di più, (come si sottolineerà anche nel successivo paragrafo) il professionista svolge senz'altro un compito di fondamentale

⁴⁶⁷ D'altronde, nulla avrebbe impedito al legislatore di rendere vincolante il parere del commissario (salve le opposizioni). L'intenzione del legislatore, dunque, sembrerebbe quella di promuovere un *autonomo* convincimento circa la fattibilità del piano da parte del tribunale.

⁴⁶⁸ LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1336-1337.

⁴⁶⁹ BROGI, *La procedura di concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, 24.

⁴⁷⁰ LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega*, in *Ilfallimentarista.it*, 22 settembre 2016, 4-8.

⁴⁷¹ AMBROSINI, *Il concordato giudiziale*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 176.

importanza, soprattutto nella fase di ammissione, poiché la sua relazione costituisce pur sempre il primo strumento attraverso cui il commissario e il tribunale scrutinano, con occhio critico, la fattibilità del piano. In altre parole, si potrebbe anche sostenere che il professionista attestatore, lungi dal risultare superfluo nel nuovo sistema, acquisisca invece una più intensa utilità, dal momento che la sua relazione non servirà soltanto a fornire informazioni ai creditori ai fini del voto, ma soprattutto costituirà strumento imprescindibile per il sindacato ancor più ampio del tribunale.

2.3.2.2. *La modulazione del controllo in corso di procedura. L'ammissione*

Uno degli elementi costituenti l'*acquis* giurisprudenziale sulla fattibilità, ancor oggi valido, è che il sindacato del tribunale si esercita nei tre momenti (ammissione, eventuale revoca e omologazione) secondo il «medesimo parametro valutativo», cioè non potendo spingersi oltre la rilevazione dell'infattibilità manifesta⁴⁷². Ora, occorre chiedersi se questo principio possa valere, con riferimento invece a un controllo approfondito e pervasivo, anche sotto la vigenza del CCII. È questione non da poco in realtà, sol che si consideri che, mentre un vaglio “minimale” può sempre essere operato, un sindacato penetrante invece potrebbe apparentemente richiedere un accumulo di conoscenze, esigenza da soddisfarsi in corso di procedura. Ma non è soltanto questo il problema relativo ai momenti del controllo: è anche da chiedersi quale sia la disposizione prevalente tra l'art. 106 e l'art. 110, comma terzo, CCII nel segmento procedurale tra la votazione e l'omologazione (e se la soluzione possa essere differenziata) e se a quella tripartizione suaccennata possa aggiungersi il controllo in un'ulteriore fase, ossia, in particolare, durante l'esecuzione.

Per quel che riguarda la fase dell'ammissione, occorre dapprima esaminare il caso in cui sia stata depositata, oltre alla domanda di accesso al concordato,

⁴⁷² Cass. S. U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 154.

anche una domanda di apertura della liquidazione giudiziale. A tal proposito, il legislatore – sulla scia dell’orientamento della Corte di Cassazione per cui la pendenza del procedimento concordatario (o di una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione), pur non rendendo improcedibile la fase pre-fallimentare, «impedisce temporaneamente» la dichiarazione di fallimento, fino all’eventuale naufragio della procedura negoziata (per inammissibilità, revoca o, come nel caso anche degli accordi, diniego di omologazione)⁴⁷³ – ha previsto tra i principi di carattere processuale quello della precedenza nella trattazione delle domande per l’accesso a procedure diverse dalla liquidazione giudiziale (art. 7, comma secondo, CCII).

Tale anticipazione, tuttavia, non è assoluta, richiedendo il rispetto di taluni parametri, la cui sussistenza il tribunale deve accertare: il piano deve indicare la convenienza per i creditori e, in aggiunta, la domanda non deve risultare *manifestamente* inammissibile o manifestamente infondata (art. 7, comma secondo, CCII). Ebbene, se è indubitabile ormai che la fattibilità sia autonomo requisito di ammissibilità, risulta altrettanto evidente che il suo vaglio sia necessitato in questa primissima fase di valutazione circa la trattazione anticipata. Pertanto, il tribunale, in presenza di domande per l’apertura della liquidazione giudiziale e di ammissione al concordato, dovrà limitarsi ad accertare che non vi sia una *infattibilità manifesta* del piano, risultando invece precluso un sindacato penetrante sul punto, per esigenze di speditezza. La *ratio* della norma appare evidente: non si vuole che, in presenza di creditori (o del pubblico ministero, o delle autorità amministrative di vigilanza, ex art. 37, comma secondo, CCII) già allarmati per uno stato che ritengono sia di insolvenza, la tutela degli stessi venga frustrata (per la perdita di tempo e risorse che potrebbe derivare da una trattazione anticipata della domanda di concordato) in forza di un’iniziativa del debitore che risulti palesemente inaccettabile per l’ordinamento.

⁴⁷³ Cass. S. U., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Foro it.*, 2015, 7-8, 2323; Cass. Civ. Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13850, in *Fall.*, 2019, 7, 882.

Quindi, nel caso risulti la *manifesta* infattibilità (o inammissibilità per altri motivi) del piano, il tribunale deve pronunciarsi in tal senso e vagliare i presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale, in forza degli artt. 7, comma terzo e 47, comma terzo, CCII. In caso contrario, sembrerebbe che debba anche sindacare più approfonditamente i requisiti di ammissibilità la cui mancanza non appaia *manifesta*. Tuttavia, occorre interrogarsi sul grado di pervasività che può realmente assumere il sindacato di fattibilità in fase di ammissione (anche a prescindere dalla concorrenza di ulteriori domande), per comprendere se possa davvero essere diverso. Si ritiene in dottrina, infatti, che in realtà in essa non vi sia concretamente modo di svolgere uno scrutinio approfondito sul punto⁴⁷⁴. In fase di ammissione, il tribunale ha a disposizione solo il piano e l'attestazione; il commissario, qualora nominato nella fase di "pre-concordato", benché chiamato a vigilare su «ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi» (art. 44, comma primo, lett. b), CCII) e autorizzato ad acquisire i dati indicati nell'art. 49, comma terzo, lett. f), CCII, difficilmente potrà maturare un convincimento circa la fattibilità più accurato di quello che sarà contenuto nel parere depositato in vista dell'omologazione⁴⁷⁵. Pertanto, svolte queste considerazioni, sembra di potersi dire che ai fini della trattazione prioritaria della domanda di concordato e anche della sua ammissione il tribunale non possa spingersi oltre un vaglio di *manifesta* infattibilità, non godendo di un apporto informativo compiuto quale quello che può attendersi dal commissario in corso di procedura o in sede di omologazione. Tale scelta risulta obbligata se, come evidenziato in più punti in questo elaborato, l'ordinamento riconosce un ruolo informativo imprescindibile al commissario.

⁴⁷⁴ AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 e ss.

⁴⁷⁵ A. PALETTA, *Consulenza all'imprenditore in crisi e attestazioni del professionista: un inquadramento economico-aziendale*, in D'ORAZIO - FILOCAMO - PALETTA (ed.), *Attestazioni e controllo giudiziario*, 70-71, con riferimento al professionista attestatore durante la fase di "pre-accordo", ragionamento tuttavia estendibile al commissario giudiziale nella stessa fase e fino al momento in cui viene depositato il piano.

Dunque, qualora il tribunale ravvisi la suddetta manifesta infattibilità, dovrà pronunciare l'inammissibilità del concordato. Purtuttavia, in dottrina v'è chi ritiene che l'organo giurisdizionale possa sollecitare integrazioni del piano da parte del debitore, benché la disposizione di cui all'art. 162, comma secondo, l. fall., non sia stata riprodotta all'interno del CCII⁴⁷⁶. Infatti, potrebbe agevolmente supplire il comma terzo dell'art. 47, là ove prevede che il debitore debba comunque essere sentito prima della pronuncia di inammissibilità. In tal modo, il debitore potrebbe apportare le opportune modifiche al piano o, qualora ciò non basti a comprimere l'evidente scostamento fra le percentuali proposte e quelle pronosticate dal tribunale, addirittura rivedere al ribasso la proposta stessa, nel rispetto dei limiti minimi richiesti (in particolare, la soglia minima di soddisfacimento dei chirografari e la finanza esterna nel concordato liquidatorio), essendo tale facoltà prevista dall'art. 87, comma secondo, CCII.

2.3.2.3. (Segue). *Il corso della procedura e l'omologazione*

Com'è ovvio, in corso di procedura le informazioni disponibili non potranno che aumentare. In questo senso, sarà certamente un veicolo idoneo alla rilevazione dell'infattibilità l'art. 106, comma secondo, CCII, che ripropone il contenuto dell'art. 173, comma terzo, l. fall. Pertanto, qualora il commissario, vagliato il piano, ravvisi la sua infattibilità, dovrà comunicare la mancanza di tale condizione di ammissibilità al tribunale, al fine della revoca⁴⁷⁷. Come in fase di ammissione, però, il “naufragio” della procedura non dovrebbe ritenersi esito scontato. Infatti, in dottrina già oggi si consente una modifica del piano da parte del debitore convocato ai sensi dell'art. 173 l. fall., al fine di sopperire alle manchevolezze evidenziate dal commissario⁴⁷⁸; ebbene, non si vede perché tale soluzione non possa

⁴⁷⁶ AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, in *Il caso.it*, 25 febbraio 2019, 13-14.

⁴⁷⁷ CENSONI, *La “controriforma”*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2018, 24.

⁴⁷⁸ ID., *ivi*, 21-22; ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione*, in AMBROSINI (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate*, 190-191.

applicarsi anche sotto il vigore del CCII, non ostandovi alcuna disposizione e anzi essendo conforme al generale *favor* per le soluzioni concordate della crisi.

All'infuori di questa ipotesi, occorre considerare un nodo problematico, ossia cosa accada qualora, dopo la votazione favorevole, sopravvenga un mutamento peggiorativo delle condizioni di fattibilità. L'ipotesi è regolata nel CCII con disposizione analoga a quella attualmente vigente: tanto l'art. 179, comma secondo, l. fall. quanto l'art. 110, comma terzo, CCII, prevedono che il commissario debba comunicare tale avvenimento ai creditori, i quali possono perciò costituirsi in sede di omologazione per la modifica del voto. Questo meccanismo certamente ben si attaglia a un sistema in cui sono i creditori gli unici soggetti deputati a vagliare la fattibilità economica; non a caso, le stesse Sezioni Unite avevano richiamato tale disposizione a conforto della propria decisione⁴⁷⁹. Tale norma rischia di stridere con il nuovo assetto, segnatamente con la appena citata disposizione dell'art. 106, comma secondo, CCII: le questioni sono se, in sostanza, il commissario debba comunicare il mutamento delle condizioni di fattibilità sia ai creditori sia al tribunale; e se, in caso affermativo, il tribunale sia abilitato a revocare il concordato, intercettando "a monte" la possibilità di modifica del voto. Nel tentativo di dare una risposta, può risultare utile uno sguardo all'elaborazione pregressa, nei termini che seguono.

Per quel che riguarda il primo problema, l'ambito di applicazione della disposizione sulla revoca copre certamente anche quel segmento procedurale che va dalla votazione al giudizio di omologazione. Infatti, l'art. 106 CCII prevede la comunicazione al tribunale quando «in ogni momento» della procedura vengono meno le condizioni di ammissibilità e la procedura (cui si riferisce la rubrica) si chiude espressamente con la sentenza di omologazione (art. 113 CCII, attuale art. 181 l. fall.). Ciò detto, sembra non potersi negare

⁴⁷⁹ Cass. S. U., 21 gennaio 2013, in *Fall.*, 2013, 2, 155. Al proposito, proprio dalla non sindacabilità della fattibilità da parte del tribunale veniva tratta la «indifferenza» al mutamento delle condizioni di fattibilità dopo il voto.

che il tribunale debba essere informato dal commissario tramite questo meccanismo. La vera questione è se possa fin da subito revocare l'ammissione del concordato, dal momento che potrebbe senza dubbio esercitare questo potere in sede di omologazione. Potrebbe asserirsi che l'art. 110, comma terzo, CCII sia norma speciale rispetto all'altra, sicché sarebbe necessario lasciare che i creditori esercitino la loro facoltà. Seppur la soluzione possa apparire congrua, tuttavia residua un inconveniente: qualora il tribunale, raggiunto da questa notizia, si convinca della non fattibilità del piano, potrebbe tranquillamente negare l'omologazione anche in presenza di una maggioranza favorevole ancora salda; conclusione che, in sostanza, vanificherebbe del tutto il potere di modifica del voto dei creditori.

Purtuttavia, sembra possibile prospettare una soluzione che punti al contempo a salvaguardare questa facoltà dei creditori e a porre le basi per un giudizio dalla piattaforma informativa più completa. Questa soluzione si divarica in due ipotesi. Nel caso in cui la non fattibilità sopravvenuta abbia carattere manifesto e inconfutabile, allora pare ragionevole concludere che il tribunale possa revocare il concordato, senza consentire ai creditori alcuna valutazione. Infatti, se, come si è detto, in forza di un vizio eclatante è consentito negare già l'ammissione (così impedendo il voto), non si vede perché non la si possa anche revocare – con ciò anticipando, si potrebbe aggiungere, un probabile esito dell'esercizio del potere di modifica del voto.

Diversa è l'ipotesi in cui il mutamento non renda certa la non fattibilità, ma semmai comporti un apprezzabile scostamento nelle probabilità di adempimento, tanto da poter ritenere che il piano votato sia oggettivamente cosa diversa rispetto a quello attualmente ipotizzabile. Ebbene, in questo caso sembra soluzione più confacente quella di consentire ai creditori di modificare (o no) il voto, anche qualora il tribunale si convinca della non fattibilità. Così opinando, si consentirebbe al debitore di spiegare attività difensiva durante il giudizio, arricchendo la piattaforma probatoria su cui il tribunale possa svolgere le proprie considerazioni. Non solo: questa soluzione consente di “rimettere al centro” i creditori, quali soggetti primariamente

interessati all'esito della procedura. Si dà infatti per acquisito che, oltre all'adunanza (peraltro sostituita dall'art. 107 CCII con uno scambio telematico di comunicazioni e votazione), momento principe per il contraddittorio sia il giudizio di omologazione, con possibilità, largamente condivisa, di costituzione dei creditori assenzienti con intervento adesivo dipendente rispetto a quello del debitore, in quanto soggetti portatori dell'interesse all'omologazione⁴⁸⁰. Ebbene, detti creditori ben potrebbero sfruttare questa possibilità per sostenere la posizione del debitore: infatti, qualora la maggioranza sia ancora salda, nonostante il mutamento di voto di parte degli assenzienti, non per ciò solo il buon esito del concordato può dirsi assicurato: nulla vieta che il tribunale neghi l'omologazione anche in presenza di una maggioranza che, benché eventualmente incisa, sussista ancora, dal momento che il Codice riconosce pur sempre allo stesso tribunale la prerogativa di sindacare la fattibilità. Ben si comprende, dunque, come in questa situazione i creditori ancora convinti dell'esito fausto del concordato e interessati all'omologazione potrebbero costituirsi con un intervento adesivo rispetto alla posizione del debitore. In tal modo, il tribunale avrebbe certamente maggior contezza di tutti gli elementi che incidono o sostengono una prognosi favorevole; e si tratterebbe di apporti sicuramente utili, dal momento che non si tratta qui di un'infattibilità manifesta, bensì di una prognosi incerta che dà adito a diverse plausibili valutazioni.

Allora ben si comprende quale sia l'utilità della duplice soluzione prospettata: là ove non v'è a tutt'oggi ostacolo al dispiegarsi del potere ostativo del tribunale, cioè in presenza di una infattibilità manifesta, conclamata e irreversibile, allora non c'è naturalmente spazio per discussione alcuna e il giudizio di omologazione non ha senso di svolgersi, lasciando il posto alla revoca dell'ammissione; al contrario, sembra non solo opportuno, ma

⁴⁸⁰ AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, in VASSALLI – LUISO – GABRIELLI (ed.), *Trattato*, 355; FABIANI, *Il diritto della crisi*, 525; M. FERRO – P. BASTIA – G. M. NONNO (ed.), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, IPSOA, Milanofiori-Assago, 2013, 452; E. NORELLI, *Il giudizio di omologazione*, in L. GHIA-C. PICCININNI-F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, UTET Giuridica, Torino, 2011, 538.

coerente con l'assetto del concordato, consentire il dispiegarsi del contraddittorio qualora la situazione si colori di mera incertezza e non di sicura infattibilità. Sembrerebbe che questa sia soluzione in linea con l'assetto della procedura per i seguenti motivi. La Corte di Cassazione, come si è visto, ha risolto la questione relativa alla titolarità del sindacato sulla fattibilità prendendo atto del silenzio legislativo sul punto e, di conseguenza, guardando anche allo «impianto generale prevalentemente contrattualistico» del concordato⁴⁸¹. Dunque, si ribadisce come dai suoi equilibri (e dalla configurazione del flusso informativo) si desuma la titolarità di questo specifico potere, non viceversa. Se è vero che nel CCII, come detto, aumentano i requisiti di ammissibilità e il controllo sulla fattibilità viene attribuito al tribunale, ciò non toglie tuttavia che il concordato sarà ancora una procedura connotata da un marcato tasso di privatizzazione, sol che si consideri com'era disciplinato prima della riforma del 2005⁴⁸². Pertanto, se non può revocarsi in dubbio tale assetto e, purtuttavia, deve riconoscersi lo spazio valutativo all'organo giurisdizionale, appare in definitiva scelta non irragionevole quella di consentire ai creditori, diretti e primari interessati, di mostrare le proprie considerazioni al tribunale, che è comunque titolare della decisione ultima in ordine all'omologazione. La soluzione prospettata consentirebbe, in conclusione, che detta decisione sia presa dall'organo giurisdizionale sulla base di una piattaforma probatoria debitamente arricchita dai destinatari della stessa. Ma non solo: se si ritenesse che il tribunale possa comunque intervenire, senza consentire ai creditori di mutare il voto (o mantenerlo e costituirsi), si addiverrebbe sostanzialmente a una *interpretatio abrogans* dell'art. 110, comma terzo, CCII (ex art. 179, comma secondo, l. fall.).

⁴⁸¹ Cass. Civ. Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4, 2, 223.

⁴⁸² Sotto la vigenza della l. fall. originaria, infatti, il concordato doveva rispondere agli schemi obbligati previsti dall'allora art. 160; il tribunale vagliava non solo gli aspetti formali ma anche il merito della proposta, *sub specie* sia di fattibilità del piano sia di convenienza rispetto all'alternativa fallimentare.

In conclusione, la duplice soluzione prospettata non pare irragionevole in forza di queste considerazioni: la specialità dell'art. 110 rispetto all'art. 106 CCII; la necessità di non addivenire a una *interpretatio abrogans* della prima disposizione citata; la valorizzazione del ruolo dei creditori, tanto con il mutamento del voto quanto in sede di omologazione, quali naturali destinatari della proposta e portatori del primario interesse da realizzare con il concordato, ossia quello del loro soddisfacimento (come plasticamente enunciato dall'art. 84, comma primo, CCII).

Dopodiché, nel giudizio di omologazione (e a prescindere dall'ipotesi considerata dall'art. 110 CCII), il perimetro del sindacato giudiziale non potrà che trovare la sua espansione massima. La piattaforma cui attingere per le valutazioni in punto di fattibilità sarà costituita dal parere del commissario (valutativo, anche, della relazione del professionista) e dai mezzi di prova richiesti dalle parti o disposti d'ufficio (art. 48 CCII).

2.3.2.4. (Segue). *L'esecuzione*

Non è irragionevole domandarsi se, a fronte dell'ampliamento del sindacato del tribunale, tale da vincere anche il voto favorevole dei creditori, vi sia un potere di rilevazione della non fattibilità sopravvenuta durante la fase di esecuzione del piano. In realtà, come rilevato in dottrina, non pare si possa rinvenire un potere officioso di interruzione della procedura, nemmeno qualora durante l'esecuzione la situazione di fatto muti negativamente, al punto da rendere manifestamente impossibile il raggiungimento degli obiettivi del piano⁴⁸³. Infatti, l'utilizzabilità dello strumento di cui all'art. 106 CCII viene caducata nel momento in cui interviene l'omologazione dell'accordo concordatario; e, in fase di esecuzione, pur rinvenendosi poteri di controllo da parte del commissario, l'iniziativa per la risoluzione può provenire solo dal ceto creditorio. Infatti, da un lato i poteri di sostituzione

⁴⁸³ AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, in *Il caso.it*, 25 febbraio 2019, 17.

del debitore nell'esecuzione, previsti dall'art. 118 CCII (già art. 185, commi quarto, quinto e sesto, l. fall.), sono pensati per ovviare alla resistenza nell'adempimento, non alla non fattibilità, e per eseguire gli atti del piano che possono, materialmente, compiersi; per di più, non consentono al tribunale di prendere provvedimenti dagli effetti assimilabili a quelli contemplati nelle fasi antecedenti. Dall'altro lato, se è vero che il commissario potrà agire per la risoluzione, è altrettanto incontestabile che la sua azione sarà subordinata alla previa richiesta di un creditore (art. 119, comma primo, CCII). Dunque, sembrerebbe che il legislatore abbia concepito la fase esecutiva come pienamente governata da un principio di autotutela dei creditori. In caso di inadempimento di non scarsa importanza, gli stessi dovranno tempestivamente attivarsi per chiedere la risoluzione. Tuttavia, non essendo sensibilmente mutate le disposizioni sul tema, sarà ancora valido l'orientamento giurisprudenziale, avallato dalla Corte di Cassazione, che ammette e accoglie l'azione di risoluzione ancor prima che l'inadempimento di non scarsa importanza abbia colpito l'intera massa dei creditori, quando, secondo una «ragionevole previsione» e il «prudente apprezzamento del giudice», risulti che il concordato non potrà in alcun modo (ancora, *manifestamente*) portare a un soddisfacimento non irrisorio⁴⁸⁴.

Dunque, durante la fase di esecuzione il CCII non ha previsto alcuna espansione dei poteri del tribunale in punto di fattibilità, a dispetto delle altre fasi precedenti. Come suaccennato, non sarà necessario attendere invano il decorso del termine finale programmato per l'adempimento totale del piano, potendo maturare una prognosi negativa anche prima di tale momento. Tuttavia, in questi casi, sarà sempre prioritaria l'auto-tutela di creditori, a differenza dell'etero-tutela che si ravvisa nella fase procedimentale vera e propria. Né sembra che questa sia un'aporia della riforma, bensì appare scelta consapevole del legislatore, sol che si consideri che l'azione di risoluzione da parte del commissario, su specifica e imprescindibile richiesta dei creditori, è

⁴⁸⁴ Cass. Civ. Sez. I, 4 marzo 2015, n. 4398, in *Fall.*, 2016, 2, 235; Trib. Catania, 19 settembre 2019, in *Fall.*, 2020, 1, 141; Trib. Rovigo, 30 novembre 2016, in *Fall.*, 2017, 2, 235; C. App. L'Aquila, 31 maggio 2012, in *Fall.*, 2012, 8, 1005.

novità propria del CCII. Inutile dire che in dottrina non manca voce che plaude all'ampliamento del sindacato del tribunale ma che al contempo mostra perplessità per la mancata attribuzione al commissario del potere di agire *autonomamente* per la risoluzione⁴⁸⁵. Effettivamente, se si ritiene che il commissario sia in grado di formulare prognosi prima dell'omologazione, non si vede perché non possa fare altrettanto dopo di essa.

2.3.2.5. *Lo svolgimento della prognosi nell'assenza di criteri legislativi e l'intensità del controllo*

Una critica sollevata in dottrina consiste in questo: da un lato, il legislatore ha esteso il perimetro del sindacato del tribunale alla fattibilità; dall'altro, però non ha fornito criteri per lo svolgimento di questa prognosi⁴⁸⁶. Al di là infatti di quanto si è detto nei paragrafi precedenti relativi alla modulazione dell'intensità del controllo nelle varie fasi processuali, con un sindacato che tocca il *climax* di pervasività nel giudizio di omologazione, bisogna prendere atto di un elemento. Non sono le fattispecie estreme a destare problemi interpretativi: può apparire semplice riconoscere una manifesta non fattibilità, così come, al contrario, non si pongono problemi di ammissione e omologazione ove l'adempimento rasenti a prima vista la certezza. Ma la questione della fattibilità risulta certamente più complessa tra questi due poli opposti. Manca, in sostanza, l'indicazione di parametri extra-giuridici da tenere in considerazione per capire se un piano sia fattibile e in quale misura. Peraltro, non può dimenticarsi che la l. delega 19 ottobre 2017, n. 155 prevedeva, all'art. 6, comma primo lett. c), che il legislatore delegato dettasse «le modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano» cui avrebbero dovuto aderire i professionisti

⁴⁸⁵ LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega*, in *Il fallimentarista.it*, 22 settembre 2016, 9-10.

⁴⁸⁶ BROGI, *La procedura di concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 22-23; MOSCARIELLO, *Il controllo del Tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2019, 1, 213 e ss; SANTAGATA, «Concordato preventivo» *meramente dilatorio*, in *Dir. Fall.*, 2019, 2, 333 e ss; SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119 e ss.

attestatori. Se, ovviamente, tale indicazione non si riferiva alle modalità vincolanti per l'organo giurisdizionale, tuttavia bisogna prendere atto di questa premura del legislatore delegante, non accolta da quello delegato⁴⁸⁷. A ogni modo, non pare privo di senso affermare che una necessità di specificazione possa rinvenirsi anche nell'art. 6, comma primo, lett. e), l. 19 ottobre 2017, n. 155, là dove il Parlamento ha delegato il Governo a «determinare 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»: è di tutta evidenza come le disposizioni del CCII interessate (artt. 47 e 48 CCII) riprendano quasi pedissequamente il testo del criterio direttivo, mentre forse la *determinazione* di detti poteri potrebbe richiedere un maggior grado di dettaglio dal punto di vista di quei parametri extra-giuridici invocati dalla dottrina⁴⁸⁸. Comunque sia, il Parlamento ha nuovamente delegato al Governo, con l. 8 marzo 2019, n. 20, il potere di apportare modifiche e correzioni al CCII, entro il termine di due anni dall'entrata in vigore dello stesso: potrebbe darsi, pertanto, che dette regole siano fornite con questo ulteriore intervento⁴⁸⁹.

La mancanza di criteri direttivi in tal senso non può che inficiare l'omogeneità delle decisioni a livello territoriale, problema tanto più acuito se si considera che, come rilevato, il legislatore non ha ritenuto di rinunciare a una competenza diffusa a favore di una concentrata in capo a tribunali sedi di sezioni specializzate in materia di impresa (ipotesi realizzata soltanto, ex art. 27, comma primo, CCII con riferimento all'amministrazione straordinaria e ai gruppi di maggior dimensioni)⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Tuttavia, non va dimenticato che vi sono i “Principi di attestazione” approvati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili nel 2014.

⁴⁸⁸ SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119 e ss.

⁴⁸⁹ Il 13 febbraio 2020 il Consiglio dei Ministri ha approvato, ma soltanto in esame preliminare, una bozza di decreto legislativo, dalla quale però è escluso il punto qui accennato.

⁴⁹⁰ RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice*, in *Contratti*, 2019, 2, 129 e ss.

Ora, il problema di questi criteri direttivi può essere scomposto in due: innanzitutto, si tratta di individuare le regole extra-giuridiche per la formulazione della prognosi; in secondo luogo, occorre identificare la misura dello scostamento tollerabile tra le valutazioni, da un lato, di debitore e attestatore e, dall'altro, di commissario e tribunale. In altre parole: se, a esempio, il debitore, sulla scorta del piano, propone il soddisfacimento integrale dei privilegiati e quello parziale, nella misura del quaranta per cento, dei chirografari, si pone il problema di capire quando l'organo giurisdizionale possa non omologare il concordato, ossia quale sia la misura dello scostamento, pronosticato dal commissario e condiviso dal tribunale, a fronte del quale il concordato non può essere omologato.

Quanto al primo dei due profili, può agevolmente ritenersi che il commissario prima e il tribunale poi debbano sincerarsi, come oggi, della congruità della motivazione contenuta nella relazione del professionista, al fine di verificare che vi sia stata corretta applicazione dei "Principi di attestazione" del CNDCEC⁴⁹¹. *Nulla quaestio* se la prognosi dell'attestatore viene condivisa dal commissario e dall'organo giudicante; e si è già detto nei precedenti paragrafi cosa avviene nel caso sia ravvisata, all'opposto, un'infattibilità manifesta.

È problematico il secondo profilo, ossia quello dell'individuazione, nel silenzio (apparente, come si dirà) del Codice, di un parametro legislativo da applicarsi per comprendere se, a fronte di scostamenti fra le due valutazioni, il concordato non meriti l'omologazione. La questione ha senso di porsi, dal momento che la prognosi di fattibilità, per la sua stessa essenza, è connotata da «margini di opinabilità», da un tasso ineliminabile di incertezza⁴⁹²; sicché la previsione può esprimersi, il più delle volte, non con una precisa percentuale di soddisfacimento, bensì all'interno di una forbice

⁴⁹¹ Trib. Milano, 5 luglio 2018, in *Il caso.it*; Trib. Monza, 22 gennaio 2013, in *Il caso.it*.

⁴⁹² Cass. S. U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151.

previsionale⁴⁹³. Più esattamente, il punto è individuare un parametro legislativo che consenta di apprezzare come tollerabile, perché circoscritto e legato a un'alea ineliminabile, il margine di scostamento previsto dal tribunale rispetto alle percentuali di soddisfacimento proposte e attestate come raggiungibili⁴⁹⁴. Se, dal canto suo, il debitore è tenuto a redigere un piano tale da contenere l'alea, il tribunale non potrà ovviamente sanzionare il concordato con il diniego di omologazione ogniqualvolta riscontri una qualsiasi divaricazione nella prognosi, stante il tecnicismo di queste valutazioni e un grado minimo di alea sempre presente. Se dopo l'arresto delle Sezioni Unite l'organo giurisdizionale poteva rilevare solo l'infattibilità manifesta, senza addentrarsi nella restante parte della valutazione di fattibilità, sotto il vigore del CCII potrà addentrarsi anche in quest'ultima, ma dovrà riconoscere un minimo spazio di incertezza, che è propriamente connaturato alla valutazione prognostica di cui si tratta.

Dunque, nonostante il legislatore non abbia preso espressamente posizione sul punto, sembra di potersi rinvenire un parametro nell'art. 119 CCII, disciplinante la risoluzione per inadempimento, in forza delle considerazioni seguenti e sulla scorta del fatto che talora, nella giurisprudenza di merito che ha esercitato il sindacato di fattibilità prima dell'intervento delle Sezioni Unite, è proprio con riferimento al parametro della non scarsa importanza dell'inadempimento che si è fatto riferimento⁴⁹⁵. La *ratio* sottostante la prognosi di fattibilità è quella di garantire che i creditori votino su una proposta che può obiettivamente essere adempiuta. La focalizzazione di detta prognosi, pertanto, è incentrata sulla fase di adempimento, ossia di esecuzione del concordato. Si vuole in sostanza evitare che il concordato, pur omologato,

⁴⁹³ AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, in *Dir. Fall.*, 2015, 5, I, 359 e ss.; PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2031; Trib. Milano, 21 gennaio 2010, in *Il caso.it*.

⁴⁹⁴ È evidente che il discorso ben si attaglia ai casi in cui il debitore proponga una percentuale di soddisfacimento rispetto al credito vantato. Qualora invece siano adottate scelte differenti, quali a esempio la prosecuzione di contratti di fornitura come «utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile» (art. 84, comma terzo, CCII) (PALETTA, *Sub art. 160 (ec.-az.)*, in FERRO (ed.), *La legge fallimentare*, 2030) le considerazioni svolte andranno adattate di conseguenza.

⁴⁹⁵ Trib. Milano, 21 gennaio 2010, in *Il caso.it*.

si incagli invano durante la fase esecutiva⁴⁹⁶. Di conseguenza, appare non irragionevole guardare alla situazione patologica per l'individuazione del suaccennato criterio, dal momento che è questa a dover essere scongiurata. Per di più, così opinando si attuerebbe la finalità cardine del concordato indicata dal nuovo art. 84, comma primo, CCII, ossia il soddisfacimento dei creditori, perché si ribadirebbe come il controllo del tribunale debba essere condotto avendo come *focus* la soddisfazione dei creditori; in sostanza, il concordato otterrebbe l'omologazione in forza di una considerazione *ex ante* degli effetti nefasti che possono colpire i portatori del fondamentale interesse tutelato nel concordato.

Ora, l'art. 119 CCII, similmente all'art. 186 l. fall., consente la risoluzione per inadempimento (con domanda da proporsi entro un anno dal termine dell'ultimo adempimento programmato) soltanto qualora detto inadempimento non sia di scarsa importanza – in continuità rispetto all'art. 1455 c.c. Pertanto, nel valutare le percentuali di soddisfacimento proposte e quelle ritenute obiettivamente raggiungibili, il tribunale dovrà negare l'omologazione solo qualora ritenga che il minor risultato pronosticato configuri non un adempimento ridotto nel *quantum* ma tollerabile, bensì un vero e proprio inadempimento di non scarsa importanza. È evidente tuttavia come questo criterio, in sé elastico, richieda di essere concretizzato. In questo senso, può risultare utile richiamare i pregressi orientamenti in tema di risoluzione del concordato. In particolar modo, è unanimemente affermato in dottrina e giurisprudenza che, affinché ricorra la non scarsa importanza dell'inadempimento del concordato, non possa guardarsi a quella parte di prestazioni inadempite che abbiano pregiudicato il solo creditore istante; al contrario, il tribunale deve verificare che il concordato sia compromesso nella sua funzione con riferimento all'intera platea dei creditori⁴⁹⁷. Pertanto, applicando questo orientamento, il tribunale non potrebbe negare

⁴⁹⁶ LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega*, in *Ilfallimentarista.it*, 22 settembre 2016, 10.

⁴⁹⁷ D'ORAZIO, *Il concordato preventivo*, in D'ORAZIO - FILOCAMO - PALETTA (ed.), *Attestazioni e controlli*, 190. Cass. Civ. Sez. I, 4 marzo 2015, n. 4398, in *Fall.*, 2016, 2, 235; Trib. Forlì, 3 febbraio 2016, in *Il caso.it*; Trib. Ravenna, 7 giugno 2012, in *Il caso.it*, 2012.

l'omologazione ove ravvisi un possibile scostamento con riferimento a un solo creditore o a una sola di più classi (eventualità che potrebbe verificarsi qualora le modalità di soddisfacimento pianificate siano differenti a seconda del creditore e, quindi, scontino elementi di incertezza diversi). Quanto invece alla effettiva *misura* dello scostamento tollerabile, in assenza di indicazioni legislative essa non potrà che essere rimessa all'apprezzamento del tribunale: è forse questo il punto in cui più di tutti si avverte la necessità, sottolineata dalla dottrina, di un intervento legislativo che dia certezza e limiti la disomogeneità applicativa⁴⁹⁸. Si noti, in questo senso, che la sopra richiamata pronuncia di merito che individuava nella non scarsa importanza dell'inadempimento un parametro utile individuava la soglia di divergenza tollerabile nell'un quarto rispetto alla percentuale proposta, senza però motivare profusamente sul punto⁴⁹⁹.

Il criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento, pur rimanendo elastico, consente tuttavia di individuare un limite alla pervasività del controllo del tribunale. Sembrerebbe un limite ragionevole e fisiologico in considerazione del tasso di incertezza che caratterizza l'esecuzione dei piani e che, seppur contenibile, non può essere eliminato del tutto, come precisato anche dalla Corte di Cassazione⁵⁰⁰. In quest'ottica, come puntualizzato dalla dottrina, l'elevato tecnicismo delle valutazioni richieste all'attestatore, al commissario e ai consulenti cui eventualmente si affidino possono portare a prognosi divergenti, in considerazione dell'applicazione di «differenti metodologie valutative»⁵⁰¹. Non può ravvisarsi, insomma, una metodo che dia assoluta certezza nella prognosi, né uno la cui validità escluda tutti gli altri.

⁴⁹⁸ BROGI, *La procedura di concordato*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017, 22-23; MOSCARIELLO, *Il controllo del Tribunale*, in *Dir. Fall.*, 2019, 1, 213 e ss.; SANTAGATA, «Concordato preventivo» meramente dilatorio, in *Dir. Fall.*, 2019, 2, 333 e ss.; SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119 e ss.

⁴⁹⁹ Trib. Milano, 21 gennaio 2010, in *Il caso.it*.

⁵⁰⁰ Cass. S. U., 21 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 151; PALETTA, *Consulenza all'imprenditore in crisi*, in D'ORAZIO – FILOCAMO - PALETTA (ed.), *Attestazioni e controllo*, 73-74; AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 e ss.

⁵⁰¹ AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387 (13-15).

Pertanto, se prima del CCII il tribunale doveva negare l'omologazione solo qualora il commissario avesse ravvisato una manifesta non fattibilità, con la riforma il tribunale godrà senz'altro di un sindacato dal perimetro più ampio, ma in presenza di divergenti prognosi potrà negare l'omologazione là dove ravvisi due elementi: uno scostamento nelle previsioni dal carattere che, benché non ancora conclamato, possa comunque rivelarsi non irrilevante per i creditori (in applicazione "anticipata" delle norme in tema di risoluzione), abbinato e dovuto a una maggior fondatezza, completezza e complessiva coerenza delle valutazioni svolte dal commissario riassunte nel suo motivato parere. In tal modo, sembrerebbe che possano unirsi due esigenze, ossia la necessaria considerazione dell'interesse dei creditori al soddisfacimento quale *focus* della procedura (art. 84, comma primo, CCII) e la valorizzazione di entrambe le figure esperte che il legislatore della riforma ha inteso conservare, cioè il professionista attestatore e il commissario.

2.3.2.6. *La fattibilità nel nuovo concordato liquidatorio e in quello con continuità aziendale*

Occorre ora, delineati i poteri del tribunale nelle varie fasi e un possibile criterio per l'individuazione dello scostamento tollerabile tra le divergenti valutazioni di attestatore e organi della procedura, tratteggiare brevemente i principali profili incidenti sulla fattibilità, tanto di un piano liquidatorio quanto di un piano in continuità, che il tribunale dovrà analizzare, sulla scorta di quanto accennato nel cap. I, par. 1.2., 1.3. e 1.4.

Da questo punto di vista, il concordato liquidatorio offre spunti interessanti, dal momento che il legislatore, come suaccennato (par. 2.3.1.), ha introdotto per esso un nuovo requisito di ammissibilità direttamente incidente sulla fattibilità: il piano deve prevedere l'apporto di finanza esterna tale da rendere la proposta concordataria migliorativa per i creditori chirografari di almeno il dieci per cento rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, salva la

già presente soglia minima di soddisfacimento del venti per cento dell'ammontare dei crediti (art. 84, comma quarto, CCII).

Nessun problema si pone con riferimento a quest'ultima soglia. Il tribunale, coadiuvato dal commissario, dovrà accertare che vi sia effettiva capienza dei beni e che gli stessi siano vendibili; per farlo, non potrà che vagliare la logicità, completezza e generale congruità delle stime peritali prodotte dagli esperti che hanno assistito il debitore e il commissario stesso⁵⁰². Come già detto al cap. I, par. 1.2., la stima del valore e dei tempi di vendita degli immobili (quali voci maggiori del liquidabile) sarà tanto più accurata, così rendendo più certa la prognosi di fattibilità, qualora non esuli dal considerare anche la specifica ubicazione, la presenza di immobili comparabili nella stessa, gli eventuali oneri (di ristrutturazione, di bonifica e altri) che l'acquirente dovrebbe sostenere; e il grado di fattibilità potrà essere collocato più o meno in alto in un'ipotetica scala di certezza a seconda che non vi siano manifestazioni di interesse oppure vi siano e risultino cauzionate o garantite⁵⁰³. Con riferimento invece al requisito della finanza esterna, dallo stretto punto di vista della fattibilità, il tribunale non potrà che vagliare l'attuale sussistenza di liquidità nella misura prescritta o la serietà delle garanzie prestate, al pari di quel che avveniva, nel vigore della l. fall. originaria, nel concordato "per garanzie"⁵⁰⁴. In aggiunta, non sembra

⁵⁰² AMBROSINI, *Il controllo giudiziale*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387, e ss.

⁵⁰³ ID., *ibidem*.

⁵⁰⁴ Altra questione è se il tribunale debba accertare non solo la fattibilità di quell'apporto di finanza nuova (cioè vagliare la sussistenza di liquidità sufficiente o di garanzie), ma anche la congruità del *quantum*, che richiederebbe, a sua volta, la quantificazione di quanto ritraibile dalla liquidazione giudiziale. Infatti, da un lato la disposizione sembra individuare un requisito di ammissibilità, che come tale sarebbe certamente rimesso all'apprezzamento del giudice; dall'altro questa valutazione sembrerebbe sfiorare nell'area della convenienza, certamente ancora rimessa al ceto creditorio e riacquistabile dal tribunale soltanto nel caso di *cram down* (art. 112, CCII). Si potrebbe comporre l'apparente antinomia ritenendo che la previsione del comma quarto dell'art. 84 cristallizzi una valutazione di convenienza svolta *ex ante* e in via astratta da parte del legislatore. Effettivamente, la *ratio* della norma è proprio quella di garantire la convenienza per i creditori, come enunciato dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto delegato (*sub* art. 89): la «sopravvivenza» nel nuovo sistema del concordato liquidatorio, ritenuto più costoso della liquidazione giudiziale ma a essa equiparabile nella sostanza (punto però contestato da PARISI, *Il codice della crisi*, in *Osservatorio-oci.org*, giugno 2019, 5), si legittimerebbe soltanto qualora comporti un *surplus* di soddisfacimento. Se così fosse, il tribunale sarebbe chiamato, in forza di norma da ritenersi speciale rispetto al più generale art. 112 CCII, ad accertare che il piano di concordato sia

irragionevole che, stante la *ratio* della disposizione – che vuole assicurare la convenienza del concordato rispetto alla liquidazione giudiziale, quale unico motivo per mantenere tale istituto nell’ordinamento – il tribunale possa adottare il metro della «sicurezza assoluta» del pagamento, quale era richiesto nella l. fall. originaria dall’art. 181, comma primo, n. 3⁵⁰⁵.

Con riferimento al concordato con continuità aziendale, il tribunale dovrà innanzitutto, sulla scorta dei rilievi del commissario giudiziale in punto di veridicità dei dati aziendali, accertare che vi sia una corretta identificazione delle cause della crisi. Infatti, l’art. 87, comma primo, lett. a), CCII prevede espressamente che il piano le indichi e si è già avuto modo di dire (cap. I, par. 1.3.) come la loro corretta individuazione sia imprescindibile per la predisposizione di un piano che sia in grado di sostenere la proposta soddisfattiva, cioè, in ultima analisi, per la sua fattibilità. In quest’ottica, sarà fondamentale il vaglio di adeguatezza del tipo di piano predisposto rispetto all’obiettivo di rimozione delle cause della crisi (risultando, a esempio, inidoneo un piano eminentemente dilatorio a fronte di una crisi economica, in cui la produzione richiede dei costi fissi che assorbono interamente i ricavi)⁵⁰⁶. Dopodiché, va rilevato che il legislatore ha aggiunto una nuova condizione di ammissibilità anche per questo tipo di concordato, nel solo caso

fattibile nella misura indicata e che dalla liquidazione giudiziale - comprensiva non solo del ricavato delle vendite (altrimenti il problema non si porrebbe, dal momento che le norme per la vendita sono le stesse in entrambe le procedure e i beni, ovviamente, sarebbero i medesimi), ma anche delle somme che potrebbero derivare dal vittorioso esperimento di azioni revocatorie o di responsabilità e del risparmio nei costi di procedura – si potrebbe ottenere per i chirografari un soddisfacimento inferiore di almeno dieci punti percentuali. Il tribunale, in sostanza, dovrebbe vagliare la fattibilità del piano concordatario e, per ritenere sussistente la condizione di ammissibilità in oggetto, anche pronosticare l’esito della liquidazione giudiziale, già descritto dal debitore e attestato dal professionista (AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, in *Il caso.it*, 25 febbraio 2019, 5; JORIO, *La parabola del concordato*, in *Giur. Comm.*, 2016, 1, 15 e ss.). Nel concordato in continuità aziendale, invece, la valutazione di convenienza sarebbe sempre rimessa esclusivamente ai creditori (salvo il *cram down*) dal momento che le relative previsioni (art. 87, comma primo, lett. d) e comma terzo, CCII) non configurano una valutazione di convenienza astratta, svolta una volta per tutte dal legislatore – cosa che sarebbe ben difficile, stante la multiformità possibile del concordato in continuità, tale da connotare la valutazione di convenienza di una spiccata soggettività non cristallizzabile dalla legge – ma prevedono soltanto che il debitore e l’attestatore forniscano ai creditori gli strumenti per svolgere questo apprezzamento.

⁵⁰⁵ Cass. Civ. Sez. I, 12 luglio 1991, n.7790, in *Fall.*, 1991, 12, 1251.

⁵⁰⁶ Cass. Civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Il caso.it*, 2.

di continuità indiretta, ossia l'assunzione dell'impegno, da parte dell'affittuario o cessionario d'azienda, al «mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione» (art. 84, comma secondo, CCII). Questo consente pianamente di ammettere che il sindacato di fattibilità svolto dal tribunale debba inglobare – e non potrebbe ragionevolmente essere diversamente – anche l'affidabilità del cessionario e l'idoneità della sua pianificazione, quantomeno nella misura in cui ciò condizioni l'ammissibilità del concordato o, si potrebbe aggiungere, l'approvvigionamento di quelle risorse, sotto forma di canoni di locazione o di prezzo di vendita, che siano serventi al soddisfacimento dei creditori concordatari – come effettivamente è già stato affermato talora in giurisprudenza⁵⁰⁷. In quest'ottica, non si tratterà soltanto di accertare la collocabilità sul mercato dell'azienda, ma anche di verificare la complessiva affidabilità del terzo affittuario o cessionario.

Si è accennato ai profili innovativi del CCII che richiedono valutazioni in punto di fattibilità (la finanza esterna e il rispetto dei livelli di occupazione); non si pongono particolari problemi per i restanti elementi principali che normalmente influiscono sulla stessa e cui si è accennato nel cap. I, par. 1.2., 1.3. e 1.4. In questo senso, la corretta individuazione della causa della crisi dovrà essere inserita in un piano che evidenzii l'idoneità degli atti programmati a rimuoverle: in ipotesi, come un riassetto organizzativo, anche di dismissione di rami d'azienda non costituenti il *core business*, possa consentire la sufficienza della riduzione di quei costi fissi che assorbono i ricavi di un'attività in sé proficua; oppure ancora, come apporti di liquidità, unitamente a una ristrutturazione dei debiti, consentano di alimentare quelle «risorse finanziarie necessarie» alla prosecuzione dell'attività, da indicarsi ai sensi dell'art. 87, comma primo, lett. g), CCII.

⁵⁰⁷ Trib. Roma, decr., 24 marzo 2015, in *Fall.*, 2016, 1, 79, che riferiva il contenuto dell'attestazione di fattibilità anche ai profili accennati, considerazione che certamente potrà valere, *mutatis mutandis*, sotto la vigenza del CCII con riguardo al controllo tribunale.

3. Conclusioni

All'esito della disamina del tema nella vigenza del nuovo CCII, si può quindi procedere a formulare alcune valutazioni conclusive. Innanzitutto, sembra di potersi rilevare che la vera cifra innovativa della riforma in punto di fattibilità stia nell'attribuzione di un sindacato da esercitarsi *d'ufficio* e non soltanto su opposizione di parte. Se da un lato non può revocarsi in dubbio che il concordato sia anche nel CCII fortemente connotato da profili di negozialità e "privatizzazione" (dato incontestabile sol che si operi un confronto con il regime della l. fall. originaria), dall'altro lato appare altrettanto certo che l'ultima riforma abbia inteso presidiare maggiormente l'utilizzo dello strumento concordatario, disegnando così, come già si è detto, un ultimo tratto della «parabola» discendente che lo ha interessato a partire dalle innovazioni della l. 6 agosto 2015, n. 132⁵⁰⁸. Depongono in tal senso l'aumento dei requisiti di ammissibilità (l'obbligo di finanza nuova nel concordato liquidatorio e il mantenimento dei livelli occupazionali nel concordato con continuità aziendale indiretta) e, come si è visto, l'espansione dell'ambito del sindacato giurisdizionale⁵⁰⁹. La maggior ampiezza del controllo determina, in sostanza, non un mutamento ontologico del concordato, quanto piuttosto uno spostamento degli equilibri a favore di un ruolo più pervasivo del tribunale⁵¹⁰. L'aver accennato nel par. 2.3.1. alle ragioni di questo mutamento consente di capire quale sia l'obiettivo perseguito dal legislatore e, di conseguenza, di comprendere quali possano essere i criteri da seguire nella risoluzione dei nodi problematici emersi, quali soprattutto la questione circa il possibile contrasto fra gli artt. 106 e 110, comma terzo, CCII (par. 2.3.2.3.) e quella relativa l'individuazione di almeno un parametro per la severità del controllo

⁵⁰⁸ JORIO, *La parabola del concordato*, in *Giur. Comm.*, 2016, 1, 15; APICE, *Il codice della crisi*, in *Dir. Fall.*, 2018, 3-4, 654 e ss.; AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 25 febbraio 2019.

⁵⁰⁹ STANGHELLINI, *Il Codice della Crisi di Impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. Giur.*, 2019, 4, 449 e ss.; CENSONI, *La "controriforma"*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2018, 9 e 19.

⁵¹⁰ RAVINA, *I poteri del tribunale*, in *Il fallimentarista.it*, 18 dicembre 2017, 1; SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119 e ss.

(par. 2.3.2.5.). Infatti, i motivi che possono aver determinato la scelta legislativa sono due, secondo la dottrina.

Da un lato, si pone rimedio alle difficoltà applicative del *dictum* delle Sezioni Unite del 2013, tra cui senz'altro quella relativa al discrimine fra i casi di sindacato sulla causa concreta e quelli di sfioramento vero e proprio nella fattibilità economica⁵¹¹; in questo senso, il tribunale potrà certamente intervenire anche in quei casi che ancor oggi si pongono al limite fra l'infattibilità *manifesta* e quella non auto-evidente e conclamata. È certamente un obiettivo di non poco momento, dato che il dibattito non era risultato sopito dopo la sentenza summenzionata e anzi, come visto nel precedente capitolo, par. 3. e 4., si era addirittura in parte rianimato, segnatamente a seguito dell'introduzione della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari.

Dall'altro, il legislatore avrebbe inteso porre un argine alle condotte abusive di utilizzo dell'istituto concordatario senza l'approntamento di piani idonei e con il solo obiettivo di ritardare la pronuncia di fallimento⁵¹². Sotto quest'ultimo aspetto, l'innovazione si spiegherebbe alla luce di una ritenuta maggior accuratezza del sindacato che può essere svolto dal tribunale rispetto a quello che oggi possono compiere i creditori, così facendo propria l'osservazione di parte della dottrina che aveva già manifestato perplessità circa l'indifferenziata capacità di tutto il ceto creditorio di analizzare approfonditamente le informazioni contenute nel piano, nell'attestazione e nelle relazioni e pareri del commissario⁵¹³. Per questo, il tribunale, sulla scorta dei rilievi del commissario, dovrà vagliare ogni aspetto che potrebbe incidere sulla fattibilità, senza più essere in ciò limitato da opposizioni da parte dei creditori. È in questo senso che la riforma pone al «centro del sistema» il

⁵¹¹ RAVINA, *I poteri del tribunale*, in *Il fallimentarista.it*, 18 dicembre 2017, 3; SPIOTTA, *Fattibilità giuridica*, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1119 e ss.

⁵¹² BOZZA, *Il ritorno del giudice*, in *Il caso.it*, 28 febbraio 2017, 36-37; LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega*, in *Il fallimentarista.it*, 22 settembre 2016, 7.

⁵¹³ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in COTTINO (ed.), *Trattato*, 128; D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 912.

tribunale e il commissario, relegando in secondo piano il ruolo del professionista e lo spazio valutativo dei creditori⁵¹⁴. Ciononostante, come si illustrerà di seguito, pare che questo mutamento di equilibrio debba essere letto come un modo per integrare, non sostituire totalmente, le valutazioni svolte dai creditori.

Infatti, se è vero ciò che si è detto circa le ragioni della scelta legislativa, si è visto nel presente capitolo quali siano le conseguenze da trarsi nel nuovo assetto normativo. In particolar modo, si è illustrato come appaia ragionevole che l'organo giurisdizionale, nel vagliare non più soltanto l'attestazione ma anche la relazione e il parere del commissario in punto di fattibilità, debba quantomeno applicare lo stesso metro valutativo fino a oggi pensato per la relazione del professionista, cioè un sindacato sulla parte motiva e al fine di accertare, oltretutto la sua intrinseca logicità, anche la sua coerenza rispetto ai dati posti a fondamento della prognosi e la loro completezza. Dopodiché, si è osservato come il controllo di fattibilità possa farsi via via più intenso in corso di procedura e come, al fine di consentire un utile aumento degli apporti probatori e di riconoscere un ruolo attivo ai creditori, sembri sensato che il tribunale non eserciti il potere di revoca qualora vi siano mutamenti delle condizioni di fattibilità dopo la votazione, ma che, al contrario, consenta il libero spiegarsi del diritto alla modifica del voto da parte dei creditori; soltanto nel caso in cui il mutamento suddetto frustri incontestabilmente la pur minimale realizzazione del piano appare ragionevole che il potere di revoca sia esercitato, dal momento che sussisterebbe una condizione tale da impedire, già a monte, l'ammissione del concordato e qualsivoglia coinvolgimento dei creditori. Posto, poi, che il legislatore non ha raccolto le istanze di quella dottrina che sottolineava la necessità di prevedere criteri di giudizio sul punto da parte del tribunale, si è anche ritenuto di rinvenire un possibile parametro nella non scarsa importanza dell'inadempimento, previsto dall'art. 119 CCII per la risoluzione del concordato.

⁵¹⁴ RAVINA, *I poteri del tribunale*, in *Il fallimentarista*.it, 18 dicembre 2017, 1.

Ebbene, le distinte conclusioni tratte con riferimento ai vari snodi ora riassunti rinviengono le loro basi, in realtà, in considerazioni comuni. Infatti, si è visto al cap. II, par. 2.8., che la questione relativa alla titolarità del potere di controllo sulla fattibilità era stata risolta dalle Sezioni Unite nel 2013, nel silenzio normativo, sulla scorta di considerazioni attinenti alla connotazione privatistica del concordato e di un flusso informativo (soprattutto emblemizzato dall'art. 179, comma secondo, l. fall.) di cui veniva valorizzato l'orientamento verso i creditori – e si è visto nel cap. I, par. 2.3., quanto questo sia riconfermato dalla diversa disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti nella l. fall. Analogamente, su questi stessi elementi si fondano le opzioni illustrate nei paragrafi precedenti. In particolare, non v'è una nuova disposizione che raccordi gli artt. 106 e 110 CCII, che anzi ripropongono nella sostanza gli artt. 172 e 179 l. fall., eppure un criterio per capire quale delle due disposizioni debba applicarsi in diversi frangenti deve essere identificato; o ancora, non v'è una disposizione che enunci i criteri del giudizio in punto di fattibilità, esigenza però avvertita in dottrina.

Pertanto, nel silenzio legislativo si è cercato di mettere in luce opzioni che risultino coerenti, da un lato, con un flusso informativo che rimane identico a quello della l. fall. per ciò che qui rileva e, dall'altro, con il principio animatore del concordato, ora enunciato dall'art. 84, comma primo, CCII, consistente nel soddisfacimento dei creditori – sulla scorta di quell'assunto (riferito in dottrina anche al problema della fattibilità nel CCII) secondo cui, là ove vi sia un dato legislativo non inequivoco, occorre «trovare soluzioni coerenti con gli scopi che il legislatore ha voluto perseguire»⁵¹⁵. Dunque, se il concordato mira principalmente alla tutela delle posizioni creditorie, non sembra infondato affermare che, come detto, il tribunale applichi nell'esame degli apporti del commissario gli stessi criteri che adotta tutt'oggi per l'attestazione, dal momento che sono stati pensati per consentire la corretta informazione *ai creditori*; così come sembrerebbe ragionevole che il tribunale non “intercetti” con il diniego di ammissione o con la revoca un concordato

⁵¹⁵ DE MATTEIS, *I principi generali*, in *Dir. Fall.*, 2017, 6, 1291 e ss.

rispetto al quale può ancora ritenersi possibile uno spazio di contraddittorio nel giudizio di omologazione fra i diretti interessati, ossia i creditori e il debitore; e ancora, allo stesso modo sembra opportuno che l'organo giurisdizionale utilizzi, nel suo scrutinio sulla fattibilità, le "lenti" dei creditori, ossia adotti il parametro della non scarsa importanza (per i creditori, per l'appunto) dell'inadempimento laddove ravvisi un possibile scostamento rispetto agli obiettivi ritenuti fattibili dal professionista e dal debitore⁵¹⁶. In sostanza, l'attribuzione al tribunale del sindacato sulla fattibilità, all'interno però di una disciplina che mantiene gli stessi strumenti di partecipazione dei creditori previsti dalla l. fall., sembrerebbe configurare un sistema che all'auto-tutela di questi ultimi affianca l'etero-tutela assicurata dagli organi della procedura. Certamente questo assetto potrà comportare, diversamente da quel che avviene oggi, che il tribunale "intercetti" il concordato anche qualora nessun creditore abbia svolto opposizione in punto di fattibilità (o addirittura anche qualora vi sia unanimità nel voto favorevole); ma proprio per questo, dunque, quella etero-tutela si configurerebbe, con riferimento ai vari snodi sopra evidenziati, come un importante strumento di concretizzazione della finalità del concordato, consistente appunto nel soddisfacimento dei creditori (art. 84, comma primo, CCII).

⁵¹⁶ A ogni modo, come accennato nel par. 2.3.2.5., questo unico criterio potrebbe risultare superato qualora il legislatore delegato indichi altri specifici parametri in attuazione della l. 8 marzo 2019, n. 20.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Seminario a commento di Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 217.
- ABETE L., *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fall.*, 2008, 3, 253.
- ABRIANI N. (ed.), *Diritto fallimentare, Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008.
- AMATORE R., *Poteri di controllo del tribunale e giudizio di fattibilità economica del piano*, in *Ilfallimentarista.it*, 19 dicembre 2017.
- AMBROSINI S. (ed.), *La riforma della legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006.
- , *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. COTTINO (ed.), *Trattato di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2008.
- , *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fall.*, 2012, 10, 1137.
- , *L'omologazione del concordato*, in *Dir. Fall.*, 2014, I, 504.
- , *Il nuovo concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 5, 359.
- , *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in *Giur. Comm.*, 2017, 3, 387.
- (ed.), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Zanichelli, Bologna, 2017.
- , *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *Ilcaso.it*, 25 febbraio 2019.
- AMBROSINI S. - CAVALLI G. - JORIO A., *Il fallimento*, in G. COTTINO (ed.), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, CEDAM, Padova, 2008.
- AMBROSINI S. - DEMARCHI P.G. (ed.), *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2005.
- AMBROSINI S. - DEMARCHI P.G. - VITIELLO M. (ed.), *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Zanichelli, Bologna, 2009.
- APICE U., *Il codice della crisi e dell'insolvenza: ovvero prove tecniche di requiem*, in *Dir. Fall.*, 2018, 3-4, 654.
- AZZARO A.M., *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 11, 1271.

- BERTACCHINI E., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2011.
- , *I creditori sono gli unici giudici della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. Fall.*, 2011, 6.
- BONFATTI S., *Pluralità di parti e ruolo del tribunale negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2012, 5, 594.
- BONFATTI S. - CENSONI P.F., *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione: nelle procedure concorsuali pendenti e nelle procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore della riforma competitività*, CEDAM, Padova, 2006.
- , *Lineamenti di diritto fallimentare*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.
- BONSIGNORI A., *Del concordato preventivo: art. 160-186*, in F. BRICOLA - F. GALGANO - G. SANTINI (ed.), *Commentario Scialoja - Branca: legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1979.
- BOSTICCO P., *Incertezze e soluzioni "di buon senso" in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.*, in *Fall.*, 2009, 4, 467.
- BOTTAI L.A., *Opportune precisazioni sull'attestazione ex art. 161 l.fall. e sul controllo di fattibilità*, in *Fall.*, 2018, 8-9, 972.
- BOZZA G., *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, 7, 793.
- , *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 2, 185.
- , *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*, in *Il caso.it*, 28 febbraio 2017.
- BROGI R., *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del Tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, in *Osservatorio-oci.org*, gennaio 2017.
- BUONOCORE V. – BASSI A., (ed.), *Trattato di diritto fallimentare*, I, CEDAM, Assago, 2010.
- CALANDRA BUONAURA V., *Il concordato preventivo*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008.
- CASA F., *La Corte di Cassazione ordina e ri-struttura l'art. 182 bis l.fall.*, in *Fall.*, 2019, 2, 180.

- , *Le (impercettibili) correzioni della Corte di Cassazione in tema di causa del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2016, 8-9, 945.
- CASTAGNOLA A., *Piano di risanamento predisposto da una società per azioni e designazione del professionista*, in *Dir. Fall.*, 2009, II, 365.
- CELENTANO P., *I requisiti del professionista che attesta i piani concordatari*, in *Fall.*, 2010, 7, 825.
- CELENTANO P. - FORGILLO E. (ed.), *Fallimento e concordati, Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, UTET Giuridica, 2008.
- CENSONI P.F., *Il “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2005, 5, 738.
- , *La “controriforma” della disciplina del concordato preventivo*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2018.
- CNDCEC, Commissione di studio crisi e risanamento d'impresa, *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 6, 751.
- D'ORAZIO L. - FILOCAMO F.S. - PALETTA A., *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015.
- DE CESARIS P., *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – I tempi per l'entrata in applicazione della Dir. n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni*, in *Fall.*, 2019, 12, 1564.
- DE CRESCIENZO U. - PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, IPSOA, Milano, 2005.
- DE MATTEIS S., *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2017, 6, 1291.
- DE SANTIS F., *Causa «in concreto» della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, 3, 283.
- , *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Soc.*, 2013, 4, 448.
- DI MAJO A., *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, 3, 292.
- FABIANI M., *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2005, V, 161.
- , *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, 177.

- , *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, in *Foro it.* 2012, I, 170.
- , *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *Ilcaso.it*, 2012, II, 303, 1 agosto 2012.
- , *Guida alla lettura di Cass. S. U. 1521/2013*, in *Ilcaso.it*, 30 gennaio 2013.
- , *Fallimento e concordato preventivo, Il concordato preventivo*, in G. DE NOVA (ed.), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, II, Zanichelli, Bologna, 2014.
- , *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Ilcaso.it*, 6 agosto 2015.
- , *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 1, 10.
- , *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fall.*, 2016, 5, 569.
- , *Il diritto della crisi e dell'insolvenza aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Zanichelli, Bologna, 2017.
- , *Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, in *Giur. Comm.*, 2017, 5, 744.
- , *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2018, 3, 285.
- FALCONE G., *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 6, 562.
- FAUCEGLIA G., *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, 11, 1302.
- , *Ancora sui poteri del tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 574.
- FERRO M., *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditore: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 5, 591.
- , *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. Merito*, 2006, 3, 663.
- (ed.), *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, Wolters Kluwer, Assago, CEDAM, Padova, 2014.

- FERRO M. - BASTIA P. - NONNO G.M. (ed.), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, IPSOA, Milanofiori-Assago, 2013.
- FINARDI D., *Interpretazione della proposta di concordato e rapporto con l'attestazione*, in *Fall.*, 2013, 3, 298.
- , *Le modifiche al regime di voto nel concordato preventivo: riflessioni sul d.l. n. 83/2012 convertito con modifiche nella l. n. 134/2012*, in *Fall.*, 2013, 11, 1411.
- FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, CEDAM, Padova, 2009.
- GALLETTI D., *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2006, 4, 1195.
- , *Il nuovo concordato preventivo: contenuto di piano e sindacato del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 911.
- , *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 3/2015 – È ancora attuale dopo la riforma “d’urgenza” il tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, in *Ilfallimentarista.it*, 23 settembre 2015.
- , *I molteplici equivoci di una formula ambigua e, forse, inutile: la fattibilità economica e giuridica*, in *Ilfallimentarista.it*, 14 gennaio 2016.
- GENOVIVA P., *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del «correttivo»*, in *Fall.*, 2008, 6, 691.
- GHIA L. - PICCININI C. - SEVERINI F. (ed.), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, UTET Giuridica, Torino, 2011.
- GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d’urgenza della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2005.
- JORIO A., *Le soluzioni concordate delle crisi d’impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, 12, 1455.
- , *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, 1113.
- , *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. Comm.*, 2016, 1, 17.
- LAMANNA F., *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva) che rende necessario l’intervento delle SSUU*, in *Ilfallimentarista.it*, 11 novembre 2011.
- , *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Osservatorio-oci.org*, 9 novembre 2012.

- , *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in *Ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2013.
- , *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D. L. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015.
- , *Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf*, in *Ilfallimentarista.it*, 22 settembre 2016.
- LO CASCIO G., *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 4, 362.
- , *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2007.
- , *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2008.
- , *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011.
- , *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 8, 891.
- , *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, 5, 534.
- , *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, 11, 1325.
- , *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015.
- MANDRIOLI L., *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fall.*, 2007, 10, 1226.
- MINUTOLI G., *La fattibilità del concordato nella “terra di mezzo” dei sequestri preventivi e di prevenzione: prove critiche di tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2017, 6, 680.
- MONTANARI M., *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 5, 563.
- MOSCARIELLO A., *Il controllo del Tribunale sulla “fattibilità economica” del piano di concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2019, 1, 213.
- NARDECCHIA G.B., *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, in *Fall.*, 2010, 2, 195.
- , *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Fall.*, 2011, 12, 1455.
- , *L'art. 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in *Il caso.it*, 2012, II, 315, 8 ottobre 2012.
- NIGRO A. - SANDULLI M., *La riforma della legge fallimentare*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2006.

- NOCERA I.L., *Causa concreta e fattibilità del concordato preventivo: la persistenza del dubbio*, in *Fall.*, 2018, 1, 62.
- , *Obblighi informativi del debitore negli accordi di ristrutturazione prima e dopo la legge delega di riforma*, in *Fall.*, 2018, 3, 345.
- PACCHI S. (ed.), *Il nuovo concordato preventivo*, IPSOA, Milano, 2005.
- , *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, 97.
- , *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall.*, 2019, 6, 1259.
- , *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"*, in *Fall.*, 2013, 3, 288.
- , *Codice della Crisi e dell'Insolvenza: il procedimento unitario*, in *Corr. Giur.*, 2019, 10, 1157.
- PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1993.
- PALUCHOWSKI A., *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 597.
- , *Art. 182 bis tra diritto processuale, contenuti sostanziali e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2011, 1, 92.
- PANZANI L., *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Soc.*, 2013, 5, 578.
- PARISI G., *Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: riforma o controriforma?*, in *Ossevatorio-oci.org*, giugno 2019.
- PATTI A., *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fall.* 2006, 9, 1022.
- , *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 1, 47.
- PENTA A., *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, in *Fall.*, 2008, 1, 87.
- PRESTI G., *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.*, 2006, 2, 169.
- PROTO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 2, 129.

- , *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 2, 187.
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1964, II.
- QUATRARO B., *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Ipsoa Informatica, Milano, 1981.
- QUATTROCCHIO L. - RANALLI R., *Speciale Decreto Sviluppo - Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *Ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012.
- RAGO G., *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 3, 287.
- RANALLI R., *I piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Fall.*, 2018, 12, 1477.
- RAVINA C., *Fattibilità*, in *Ilfallimentarista.it*, 14 febbraio 2019.
- , *I poteri del tribunale nella valutazione di fattibilità del piano concordatario secondo la legge delega*, in *Ilfallimentarista.it*, 18 dicembre 2017.
- RINALDI P., *La finanza esterna nel concordato liquidatorio: incentivi e istruzioni per l'uso*, in *Ilfallimentarista.it*, 1 aprile 2019.
- ROPPO V., *Il contratto*, in IUDICA G. - ZATTI P. (ed.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011.
- RORDORF R., *Prime osservazioni sul Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 2, 129.
- SALVATO L., *Puntualizzazioni della corte di cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*, in *Corriere giur.*, 2012, 1, 45.
- SANTAGATA R., «*Concordato preventivo*» *meramente dilatorio e nuovo "Codice della crisi e dell'insolvenza": verso il tramonto dell'abuso di diritto (o del processo)?*, in *Dir. Fall.*, 2019, 2, 333.
- SPIOTTA M., *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica - il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, in *Giur. it.*, 2017, 5, 1119.
- , *I giudici si riappropriano della loro basilare funzione*, in *Giur. Comm.*, 2018, 5, 824.
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 10, 1225.

- , *Il Codice della Crisi Di Impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corriere Giur.*, 2019, 4, 449.
- STASI E., *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 7, 866.
- TEDESCHI G.U. (ed.), *Le procedure concorsuali*, II, *Le procedure concorsuali minori*, UTET, Torino, 1996.
- TEDOLDI A., *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 647.
- TERENGI M., *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*, in *Fall.*, 2017, 8-9, 923.
- TETTO F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2013, 6, 675.
- TIZZANO R., *L'indeterminatezza del giudizio di migliororia e l'attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lett. b), l.fall.*, in *Fall.*, 2014, 2, 145.
- TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2016, 6, 719.
- , *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un "ritorno" legittimo?*, in *Fall.*, 2017, 11, 1217.
- , *"Saturno contro": sugli accordi di ristrutturazione dei debiti si rinfocola il contrasto tra legittimità e merito (e non solo)*, in *Fall.*, 2019, 11, 1327.
- VACCHIANO M., *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2007, 11, 1315.
- VASSALLI F. - LUISO F.P. - GABRIELLI E. (ed.), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, vol. IV.
- ZANICHELLI V., *I concordati giudiziali*, UTET Giuridica, Torino, 2010.
- ZORZI A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, 8-9, 993.

Giurisprudenza

- Cass. S. U., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Foro it.*, 2015, 7-8, 2323;
- Cass. S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2, 149;
- Cass. Civ. Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13850, in *Fall.*, 2019, 7, 882;
- Cass. Civ. Sez. I, 8 maggio 2019, n. 12064, in *Fall.*, 2019, 11, 1327;
- Cass. Civ. Sez. I, 21 giugno 2018, n. 16347, in *Il caso.it*;
- Cass. Civ. Sez. I, 19 giugno 2018, n. 16161, in *Fall.*, 2019, 2, 180;
- Cass. Civ. Sez. I, 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fall.*, 2018, 8-9, 984;

Cass. Civ. Sez. VI, ord., 9 marzo 2018, n. 5825 in *Fall.*, 2018, 8-9, 972;
 Cass. Civ. Sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Fall.*, 2018, 3, 285;
 Cass. Civ. Sez. I, ord., 10 gennaio 2018, n. 380, in *Ilcaso.it*;
 Cass. Civ. Sez. I, ord., 9 giugno 2017, n. 14444, in *Ilcodicedeiconcordati.it*;
 Cass. Civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Ilcaso.it*;
 Cass. Civ. Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Ilcaso.it*;
 Cass. Civ. Sez. VI, ord., 23 novembre 2016, n. 23882 in *Ilcaso.it*;
 Cass. Civ. Sez. VI, 5 luglio 2016, n. 13719, in *Ilcodicedeiconcordati.it*;
 Cass. Civ. Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10937, in *Dir. Ind.*, 2017, 4, 373;
 Cass. Civ. Sez. I, 4 marzo 2015, n. 4398, in *Fall.*, 2016, 2, 235;
 Cass. Civ. Sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497 in *Ilcaso.it*;
 Cass. Civ. Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4, 2, 223;
 Cass. Civ. Sez. I, 26 settembre 2013, n. 22083, in *Fall.*, 2014, 7, 824;
 Cass. Civ. Sez. I, 16 ottobre 2011, n. 18987, in *Foro it.*, 2012, I-1, 135;
 Cass. Civ. Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I-1, 136;
 Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, in *Foro it.*, 2011, I, 2308;
 Cass. Civ. Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, I, 2308;
 Cass. Civ. Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I-1, 105;
 Cass. Civ. Sez. I, 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fall.*, 2010, 7, 822;
 Cass. Civ. Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Ilcaso.it*;
 Cass. Civ. Sez. I, 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, 1248;
 C. App. Genova, 23 novembre 2018, in *Ilcaso.it*;
 C. App. Bari, 9 ottobre 2017, in *Fall.*, 2018, 2, 257;
 C. App. Napoli, ord., 26 luglio 2017, in *Fall.*, 2018, 3, 345;
 C. App. Firenze, 6 dicembre 2016, in *Fall.*, 2017, 3, 355;
 C. App. Firenze, 7 aprile 2016, in *Ilcaso.it*;
 C. App. Firenze, 2 novembre 2015, in *Fall.*, 2016, 8-9, 945;
 C. App. Firenze, 29 settembre 2015, in *Fall.*, 2016, 2, 238;
 C. App. Torino, 3 agosto 2015, in *Fall.*, 2016, 4, 491;
 C. App. Napoli, 1 dicembre 2014, in *Unijuris.it*;
 C. App. Milano, 8 maggio 2013, in *Fall.*, 2013, 8, 1102;
 C. App. Firenze, 27 febbraio 2013, in *Ilcaso.it*;
 C. App. L'Aquila, 31 maggio 2012, in *Fall.*, 2012, 8, 1005;
 C. App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.* 2007, 1315;
 Trib. Catania, 19 settembre 2019, in *Fall.*, 2020, 1, 141;
 Trib. Milano, 5 luglio 2018, in *Ilcaso.it*;
 Trib. Monza, 11 ottobre 2017, in *Fall.*, 2018, 2, 256;
 Trib. Rimini, Sez. Fall., 20 luglio 2017, decr., in *Ilcaso.it*;
 Trib. Mantova, 2 marzo 2017, in *Fall.*, 2017, 7, 861;
 Trib. Belluno, 17 febbraio 2017, in *Fall.*, 2017, 11, 1217;
 Trib. Rovigo, 30 novembre 2016, in *Fall.*, 2017, 2, 235;
 Trib. Bergamo, 24 novembre 2016, in *Quotidiano giuridico, Ilcaso.it*;
 Trib. Pavia, 14 ottobre 2016, decr., in *Fall.*, 2017, 1, 118;
 Trib. Forlì, 3 febbraio 2016, in *Ilcaso.it*;
 Trib. Firenze, decr., 8 gennaio 2016, in *Fall.*, 2016, 3, 373;
 Trib. Ravenna, 27 novembre 2015, decr., in *Dir. Fall.*, 2016, 3-4, 1003;
 Trib. Udine, decr., 15 ottobre 2015, in *Redazione Giuffrè, 2015*;

Trib. Savona, 29 maggio 2015, in *Ilcaso.it*;
Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *Fall.*, 2016, 1, 79;
Trib. Napoli, 25 febbraio 2015, in *Dir. Fall.*, 2016, 1, 301;
Trib. Ancona, 29 gennaio 2015, decr., in *Fall.*, 2015, 6, 746;
Trib. Modena, 19 novembre 2014, in *Ilcaso.it*;
Trib. Monza, decr. 23 ottobre 2014, in *Ilcaso.it*;
Trib. Asti, decr., 25 giugno 2014, in *Fall.*, 2014, 11, 1237;
Trib. Roma, 29 gennaio 2014, decr., in *Fall.*, 2014, 4, 479;
Trib. Siracusa, 15 novembre 2013, in *Fall.*, 2014, 1, 115;
Trib. Monza, 2 ottobre 2013, in *Ilcaso.it*;
Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Ilcaso.it*;
Trib. Monza, 22 gennaio 2013, in *Ilcaso.it*;
Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, in *Ilcaso.it*;
Trib. Ravenna, 7 giugno 2012, in *Ilcaso.it*, 2012;
Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *Ilcaso.it*;
Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, 1, 2, 64;
Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *Ilcaso.it*;
Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *Dir. Fall.*, 2011, 3-4, 2, 352;
Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 1, 92;
Trib. Milano, 21 gennaio 2010, in *Ilcaso.it*;
Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Corr. Merito*, 2010, 3, 263;
Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in *Ilcaso.it*;
Trib. Bari, 14 agosto 2008, decr., in *Fall.*, 2009, 4, 467;
Trib. Piacenza, 3 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 120;
Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 10, 1218;
Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, 103;
Trib. Brescia, decr., 22 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, 9, 1, 2563;
Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 6, 691;
Trib. Bari, 11 novembre 2005, decr., in *Fall.*, 2006, 2, 222;
Trib. Pescara, decr., 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, 2, 222;
Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 1402;
Trib. La Spezia, 4 agosto 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 3, 663;
Trib. Roma, 30 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 1, 98;
Trib. Como, 22 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 3, 287;
Trib. Cagliari, 23 giugno 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 1203;
Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 7, 793;
Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 172;
Trib. Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 185.