

LA QUESTIONE “FATTIBILITÀ” DEL CONCORDATO PREVENTIVO TRA LEMMI ISOLATI E NOVITÀ LEGISLATIVE

SOMMARIO: 1. Il termine “fattibilità”. – 2. Il sorgere della questione e l’attestazione. – 3. Il potere del giudice secondo il diritto positivo in fase di ammissione. – 4. La tesi che rivaluta il ruolo del tribunale. – 5. Fattibilità e revoca del concordato. – 6. La prognosi di fattibilità nel giudizio di omologazione. – 7. Il nuovo assetto normativo e le ricadute sistematiche.

1. Nella vigente legge fallimentare la parola “fattibilità” compare, per quanto qui interessa¹, una sola volta e cioè nell’art. 161 l.fall. a proposito del fatto che un professionista deve attestare in una relazione che il piano è fattibile.

I cultori delle banche-dati, incrociando i lemmi giusti, con assoluta semplicità possono avvertire che sino al 2005 la parola “fattibilità” non compariva nelle migliaia e migliaia di massime estratte dalla Voce di uno dei più diffusi Repertori di giurisprudenza. Per quanto consta il primo provvedimento nella cui massima compare il termine è un decreto del Tribunale di Sulmona². Possiamo allora già trarre una prima conclusione e cioè che sino alla riforma del concordato introdotta col d.l. 35/2005 una questione di fattibilità del concordato preventivo non si poneva proprio³. Ad analoghe conclusioni si giunge guardando allo stato della letteratura.

Se, invece, la curiosità si spinge a ritroso ecco che il termine (omogeneo) “inattuabilità” compare nell’art. 6 del d.d.l. di iniziativa parlamentare a firma Fassino e altri presentato nel corso della XIV legislatura. In quel caso si precisava che il tribunale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda ove “manifestamente inattuabile”.

Nello stesso periodo il Governo aveva insediato una Commissione ministeriale col compito di redigere uno schema di disegno di legge delega; orbene, all’art. 4 di quel disegno, si diceva che il commissario giudiziale era tenuto a presentare entro breve termine una relazione sulla fattibilità del piano. Nella stessa disposizione si prevedeva che in ogni momento il tribunale potesse far cessare la procedura ove il piano risultasse non attuabile.

Nel disegno di legge redatto da una Seconda Commissione ministeriale (questa volta un d.d.l. di legge ordinaria) all’art. 23 si stabiliva potesse cessare la procedura quando il tribunale avesse rilevato che il piano non poteva essere attuato; mentre all’art. 28 si prevedeva che in sede di giudizio di omologazione la questione dell’attuabilità del piano potesse essere dedotta in presenza di opposizioni di creditori almeno pari al dieci per cento o di relazione sfavorevole del commissario giudiziale⁴.

Orbene, balza, subito, all’evidenza che negli artt. 160-186 (ora 186 *bis*) l.fall., tutto ciò non è affatto preso in considerazione dal legislatore che si limita a stabilire che la fattibilità del piano è “certificata” dal professionista attestatore secondo quanto disposto nell’art. 161 l.fall.

Questo a me pare un primo tassello per smontare la critica di chi assume che l’esclusione del giudizio di fattibilità sarebbe frutto di mero ideologismo.

¹ Il termine è utilizzato anche nell’art. 67, 3° co., lett. d) l.fall., a proposito del piano attestato di risanamento dopo la l. 134/2012.

² Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 793 (Nel Repertorio: 2005, Concordato preventivo, n. 31).

³ V. in luogo di altri, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 162,

⁴ Di tutti questi atti vi è traccia nel volume A.JORIO-S.FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004.

2. V'è da chiedersi, allora, da dove nasca la problematica.

In uno dei primi contributi⁵ si assumeva che l'attestazione « si risolve allora in una formulazione di motivata idoneità del piano al raggiungimento dei risultati esposti dal debitore. Così, condivisibilmente, si è optato perché sotto il profilo della ricostruibilità dell'iter logico dell'argomentazione che sorregge l'attestazione di fattibilità [...] il ricorso deve essere dichiarato inammissibile quando la relazione non soddisfa questo requisito, cioè un piano fattibile ».

In questa frase, se si vuole, è contenuto il virus che ha condotto al proliferare di decisioni sul tema. Si è, cioè, spostato l'asse dalla relazione del professionista (sulla fattibilità) al giudizio del tribunale (sulla fattibilità).

I due piani, per quanto confinanti, non possono essere resi omogenei. Infatti, un conto è affermare che il vizio risiede nella relazione ed altro conto è affermare che il vizio si trova nel ricorso che contiene la proposta e il piano.

Per apprezzare questa distinzione occorre ricordare che la relazione attestativa del professionista ha per oggetto la valutazione di fattibilità del *piano* e non della proposta⁶. La proposta in quanto contiene un'obbligazione può essere, o no, adempiuta (la proposta di concordato, come una qualunque altra proposta negoziale non è fattibile o infattibile; è una proposta che deve trovare il consenso di un'altra parte); il piano e cioè il mezzo di attuazione della proposta deve invece essere fattibile (una conferma postuma la si trova nella nuova formulazione dell'art. 161 l.fall.). Ma la valutazione sulla fattibilità operata dal professionista è fatta in funzione dei creditori e cioè allo scopo di informarli sulle probabilità di adempimento della proposta; la fattibilità del piano che regge la proposta va vagliata da chi quella proposta è chiamato ad accettare e l'accettazione compete ai creditori⁷. L'argomento "fattibilità" pertiene, molto da vicino, al tema del consenso informato necessario per valutare la proposta. In una dinamica negoziale il contraente sulla base della conoscenza di una certa realtà accetta o rifiuta una proposta contrattuale; se poi si scopre che la realtà era diversa, e tale diversità deriva da errore, dolo o violenza, il consenso non è stato genuino e il contratto può essere annullato.

Ad una falsa attestazione corrisponde una rappresentazione distorta della realtà ma questo nulla ha a che vedere con la fattibilità, perché un piano può essere fattibile anche se l'attestazione è falsa o gravemente insufficiente.

Intanto consideriamo che dall'interpretazione lessicale dell'art. 162 l.fall., si evince che la declaratoria di inammissibilità è dovuta all'assenza dei presupposti, ma a ben vedere – visto il richiamo che l'art. 162 fa all'art. 161 - il presupposto è chiaramente l'attestazione, non il suo contenuto. Se confrontiamo il nuovo art. 162 l.fall. con la versione precedente notiamo questa differenza. Ma questo argomento non è, obiettivamente, decisivo; decisivo è ragionare sulla funzione della fattibilità che altro non è che una prognosi di adempimento dell'obbligazione contenuta nella proposta. E qui è evidente che la *prognosi di adempimento* spetti solo ai creditori, come è

⁵ M. FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2006, I, 919.

⁶ M.FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, 172; 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. Oggi la distinzione fra piano e proposta è recepita espressamente dall'art. 161 l.fall.

⁷ Perspicue al riguardo appaiono le conclusioni di A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fallimento*, 2012, 46, ad avviso del quale la fattibilità è un giudizio prognostico sulla realizzabilità del piano in funzione della soddisfazione dei creditori.

dimostrato, qui sì decisamente, dal fatto che la risoluzione non può più essere disposta d'ufficio⁸. Se fosse vero che il tribunale in ogni momento della procedura può sindacare la fattibilità, dovrebbe poter anche pronunciare la risoluzione quando rilevi che la proposta non può più essere adempiuta: e ciò può fare, invece, solo su richiesta dei creditori perché solo i creditori sono interessati all'adempimento. Se dunque la fattibilità entra nell'area del piano e se il piano attiene alla sfera dell'adempimento, il tribunale non può "aggredire" direttamente la fattibilità, dovendo, invece (e verosimilmente con maggiore incisività di quanto è sinora avvenuto) spostare l'attenzione sul versante dell'attestazione per verificare se l'attestazione sia davvero tale e sia lo strumento adeguato perché i creditori possano essere informati e di poi essere in grado di esprimere un voto consapevole.

Certo, occorre avere consapevolezza del fatto che non è agevole collocare sistematicamente la relazione attestativa nell'ambito degli istituti del processo, ciò che occorre fare perché l'attestazione è la prova fondante il giudizio di ammissione che spetta al tribunale.

Talora è stato speso l'argomento secondo il quale se persino in una controversia civile (dove si agitano interessi meramente privatistici) il giudice può sovrapporre la propria valutazione rispetto a quella esposta da un consulente tecnico d'ufficio, non si vede come il tribunale debba sentirsi vincolato all'attestazione quando questa è una prova *sui generis* che sebbene provenga da un soggetto, oggi, sufficientemente indipendente è pur sempre un soggetto legato dal cordone ombelicale col debitore rappresentato dal fatto che la designazione è monopolio dell'imprenditore. Ma a tale riflessione va replicato che la funzione dell'attestazione non è quella di sostituire un'attività del giudice (come accade per la c.t.u.)⁹, sì che inutile si rivela il confronto col broccardo "*iudex peritus peritorum*".

Si tratta di un argomento dalla valenza indubbiamente suggestiva e tuttavia postulato sulla base di una pre-condizione che non pare accettabile, perché l'attestazione non è né un mezzo di prova né un mezzo istruttorio.

3. Il punto da cui partire è esattamente rovesciato. Infatti, occorre, prima, chiedersi quali poteri sono attribuiti al giudice; se fra questi poteri vi fosse, anche, quello di valutare la fattibilità, allora certamente il giudizio del tribunale non potrebbe essere vincolato a quello dell'esperto, neanche il giudizio dell'esperto avesse un'efficacia probatoria pari a quella del giuramento decisorio. Ma la questione sta, proprio, nel fatto che in alcuna norma della legge fallimentare si prevede un controllo del giudice sulla prognosi di adempimento. È giunto il momento di squarciare il velo del mito della ideologizzazione contrattuale del concordato¹⁰; infatti, al contrario di quanto spesso enunciato¹¹, il tema della fattibilità se lo si guarda, solo, dal cono visivo dell'interpretazione letterale porta ad escludere che le norme attribuiscano al giudice il controllo sulla fattibilità. Né diversamente, l'argomento che vuole privato di tutela il

⁸ G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 253.

⁹ Così, invece, G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 183; G.B. NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Fallimento*, 2011, 1455.

¹⁰ Piuttosto v'è da segnalare quanto volte i giudici di merito, dopo il settembre 2011, abbiano nelle motivazioni evocato Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Foro it.*, 2012, I, 170 e ostinatamente ignorato le quattro decisioni contrarie. Mi chiedo se non sia questo un atteggiamento ideologico.

¹¹ L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato*, in *Corr.giur.*, 2012, 43.

ceto creditorio ove si volesse attribuire al giudice un controllo meramente notarile¹², è fondato ove si osservi che non si tratta di discutere di regolarità formale/sostanziale (nozione del tutto sfuggente) ma di intensità del controllo quanto al tipo. Ed il tipo, se si guarda alla norma, non sembra proprio indirizzato nel senso della verifica di fattibilità diretta.

La relazione attestativa è un documento dotato di efficacia persuasiva rispetto ai creditori; non è un documento dotato di efficacia probatoria se non *quoad effectum* sul versante della tutela penale. Il grado di capacità persuasiva dell'attestazione dovrebbe dipendere sia dallo *standing* del professionista che dal rischio reputazionale; tuttavia il legislatore, consapevole che ciò non è sufficiente ha preferito corroborare l'autorevolezza dell'attestazione incuneando una sanzione penale (art. 236 *bis* l.fall.) al modo di un deterrente¹³.

In questa cornice, quindi, non è in discussione il fatto che il tribunale possa ribaltare il giudizio dell'esperto, quanto invece il fatto che tale giudizio non è sindacabile dal giudice.

Al giudice è rimesso un compito di diversa natura e cioè quello di verificare, *ex ante*, che l'attestazione sia effettivamente funzionale allo scopo e cioè che sia redatta con modalità tali da apparire un documento facilmente intellegibile dal quale trarre il convincimento che la prognosi dell'esperto è, oppure no, attendibile¹⁴.

In fase di ammissione l'eterotutela si esercita attraverso un controllo di qualità non già sul "prodotto concordato" ma sulle regole con le quali quel prodotto viene posto in circolazione (ovverosia offerto al voto dei creditori).

Una diversa conclusione rischierebbe di condurre ad un risultato inefficiente. Infatti, se si condivide il postulato per il quale il debitore può confezionare una proposta concordataria estremamente flessibile (con i soli vincoli da graduazione e sui crediti privilegiati; vincoli entrambi fragili rispetto all'immissione di risorse esterne e rispetto alla falcidia per l'incapienza dei beni)¹⁵, in questi margini non avrebbe alcuna difficoltà a predisporre una domanda ampiamente fattibile perché, magari, ampiamente "sottostimata". Se il rischio è quello che il tribunale possa intervenire per dichiarare, immediatamente, inammissibile la domanda per non fattibilità del piano, è logico attendersi la presentazione di domande al ribasso che contengano un piano minimo e assai poco ambizioso. Così facendo, però, si pregiudica, proprio, la trasparenza.

In questa cornice non si tratta, quindi, di predicare una scelta ideologica – più orientata verso le dinamiche del contratto o più orientata sulla collettività dell'interesse – ma di prendere atto che le norme non affidano al giudice il compito di giudicare della fattibilità del piano.

Al contrario, nel momento in cui si eleva l'attestazione a pre-requisito del piano, ecco che il controllo del giudice dovrebbe dipanarsi sull'attestazione per sindacarne l'idoneità ad essere rappresentativa della situazione dell'impresa e l'idoneità a consentire ai creditori di esercitare un voto informato e consapevole. In questo preciso contesto, se intendiamo il controllo del giudice come controllo sulla

¹² L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato*, cit., 45.

¹³ In precedenza, però, non era mancato qualche tentativo di dare "copertura" penale alle false attestazioni, v., Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in *Fallimento*, 2012, 834.

¹⁴ A. PATTI, *La fattibilità del piano*, cit., 46.

¹⁵ G. LO CASCIO, *Concordato preventivo, incerti profili interpretativi*, in *Fallimento*, 2012, 6; G. CANALE, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur.comm.*, 2011, I, 358.

[congruità della] relazione, la fattibilità non è un presupposto del concordato, ma lo è, invece, la circostanza che la proposta sia accompagnata da una relazione attendibile¹⁶. L'attestazione non è uno strumento di garanzia¹⁷ (e neppure, si è detto, una prova) ma un mezzo di informazione di una prognosi che può essere disattesa dal tribunale solo quando l'attestazione formalmente positiva, in concreto contenga le motivazioni di un giudizio sfavorevole¹⁸.

Non a caso la decisione del Supremo Collegio nella quale questo argomento è più sviluppato è quella in cui si è discusso della fattibilità nel contesto di un procedimento di revoca *ex art. 173 l.fall.*¹⁹; in quell'occasione il giudice di legittimità ha precisato che l'attestazione è rivolta alla platea dei creditori.

Ed allora, se la fattibilità è questione che riguarda il voto, è evidente che la valutazione spetta solo ai creditori; il tribunale non deve sovrapporre la sua valutazione a quella dei creditori, ma *deve* fare in modo che la valutazione dei creditori sia pienamente consapevole. Deve, quindi, vigilare sulla completezza dell'informazione e controllare che la relazione del professionista sia congrua e perfettamente in grado di offrire ai creditori il metro per esprimere il voto. Al tribunale spetta il compito di effettuare un sindacato penetrante sulla relazione, non anche il compito di operare una propria valutazione di "non fattibilità". *La condizione di ammissibilità del concordato non è, allora, la verifica della fattibilità, ma il riscontro*

¹⁶ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, 167; A. PATTI, *La fattibilità del piano*, cit., 50; G. CANALE, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, cit., 378; R. BELLÈ, *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, cit., 513.

¹⁷ Così, invece, G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale*, cit., 183.

¹⁸ Una indagine di questo tenore è quella compiuta da Trib. Udine, 10 febbraio 2011, in *Dir.fall.*, 2012, II, 261, là dove si è dichiarata inammissibile la domanda con riferimento ad un'attestazione condizionata; in termini simili, App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 961, con nota di F. MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*.

¹⁹ Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, I, 2308 ad avviso della quale « Sul punto è già intervenuta la Corte che, con Sentenza n. 21860 del 25/10/2010, ha affermato il principio secondo cui "In tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007, che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della L. Fall., artt. 162 e 163, ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui alla L. Fall., art. 180, (Principio affermato dalla S.C. in sede di cassazione, con rinvio, del decreto con cui il tribunale aveva "rigettato" la domanda di ammissione alla procedura di concordato, in realtà pronunciandone l'inammissibilità, con valutazioni sul merito della fattibilità del piano concordatario e con modalità decisorie, dalle quali è conseguita l'ammissibilità del ricorso *ex art. 111 Cost.*)".

Tale principio, che il Collegio pienamente condivide, è applicabile non solo alla fase di valutazione dell'ammissibilità del concordato ma anche in sede di riesame della proposta L. Fall., *ex art. 173*. E' vero che, a differenza di quanto avviene in occasione dell'esame di ammissibilità della proposta, il tribunale avrebbe il conforto dell'apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale, ma questo in realtà non è destinato al giudice ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e la valutazione dell'esperto attestatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione; resta sempre, infatti, insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile, invece e almeno per quanto concerne i creditori, nella fase in esame ».

dell'adeguatezza della relazione: ne consegue che la fattibilità non è un fatto costitutivo che deve essere dimostrato dal proponente²⁰.

Il giudice, nella fase dell'ammissione, deve farsi carico dell'effettività dell'attestazione che costituisce il primo veicolo informativo per l'espressione del consenso; il tribunale deve porsi dal prisma visuale del creditore e valutare se in base alla proposta, al piano e all'attestazione è possibile esprimere un voto informato e consapevole²¹. Di poi, una volta che la valutazione passa ai creditori se davvero si vuole evitare che il giudizio sulla fattibilità sia a loro demandato in via esclusiva per il timore che la decisione della maggioranza sia presa in conflitto di interessi, la reazione non è quella di far esaminare la fattibilità dal giudice, ma quella di esercitare un *penetrante sindacato sul voto* per giungere ad una eventuale invalidazione del volere dei creditori. È qui che si gioca la partita decisiva, dove il giudice esercita un potere forte e al contempo tecnico, disgiunto da valutazioni di merito economico che spettano solo ai creditori.

Ed allora, la fattibilità non è un giudizio che compete al tribunale²², salvo che appunto non incida sulla stessa riconoscibilità della relazione, talché è poi coerente assumere che non va valutata dal tribunale né ai fini della revoca (art. 173 l.fall.), né ai fini dell'omologazione (art. 180 l.fall.). La fattibilità esce dal cono visivo del giudice ma entra prepotentemente in quello del commissario giudiziale²³; infatti il commissario ha il compito di offrire ai creditori una lettura indipendente della prospettiva di adempimento, e ciò al fine di consentire ai creditori di ponderare le conseguenze del voto.

Come si è già ricordato, i poteri del giudice nel corso del procedimento debbono essere valutati in base a criteri funzionali al nuovo assetto complessivo. Pertanto se dal nuovo assetto rileviamo che le scelte sulla preferibilità del concordato preventivo (rispetto al fallimento) sono rimesse ai creditori, i poteri del giudice non devono sovrapporsi a questa valutazione, ma debbono esplicitarsi in modo da rendere

²⁰ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, cit.

²¹ App. Genova, 23 dicembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 437.

²² Nel senso, invece, della non sindacabilità diretta della fattibilità se non attraverso la relazione, v., Trib. Crotone, 26 ottobre 2011, in *Dir.fall.*, 2012, II, 408; Trib. Udine, 16 maggio 2011, cit.; App. Torino, 20 luglio 2009, cit.; Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *Dir.fall.*, 2011, II, 297; App. Roma, 18 aprile 2009, in *Dir.fall.*, 2010, II, 188; App. Milano, 4 ottobre 2007, *Foro it.*, Rep. 2008, voce cit., n. 132; App. Torino, 19 giugno 2007, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 65; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, *ibid.*, n. 66. In dottrina, G.LO CASCIO, *Concordato preventivo*, cit., 9; V. CALANDRA BUONAURO, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur.comm.*, 2012, I, 16; A. JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Commentario diretto da A.Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 994; G.SCHIANO DI PEPE, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2010, II, 304; G. LAGONIGRO, *Problematiche in merito alla fase di ammissione al concordato preventivo*, *ibid.*, 95; A.PATTI, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, 332; S.PACCHI, L.D'ORAZIO e A.COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A.Didone, Torino, 2009, 1858; A.NIGRO, D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 347; G.JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G.Fauceglia e L.Panzani, Torino, 2009, 1616; S.AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, XI, Padova, 2008, 71; L.MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S.Bonfatti e L.Panzani, Milano, 2008, 702; P.PAJARDI, A.PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 843; G.FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir.fall.*, 2008, II, 573; M.M.GAETA, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, *ibid.*, 320; P. BOSTICCO, *La « resurrezione giurisprudenziale » dell'art. 173 l.fall. e la difficile distinzione fra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fallimento*, 2007, 1443; M.VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, *ibid.*, 1321; G.BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult.parte, della legge fallimentare*, *ibid.*, 694; A. PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fallimento*, 2006, 1024; F.ALLEGRI, *Il concordato preventivo rivisitato*, in *Dir.fall.*, 2006, I, 886; V.ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 185 (da cui è tratto letteralmente il brano della motivazione in cui si compara il rapporto fra giudizio di omologazione e giudizio di ammissibilità).

²³ S.PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, cit., 100.

tollerabile il sacrificio del singolo creditore, perché la posizione del singolo viene valutata da una collettività di soggetti che hanno partecipato al voto nell'ambito di un ordinato sistema di omogeneizzazione delle posizioni²⁴.

Tutte queste considerazioni traggono fondamento dal diritto positivo (non dall'ideologia che ne può rappresentare solo un supporto) e appaiono decisamente rafforzate dall'art. 33 d.l. 83/2012 (convertito con modificazioni nella l. 134/2012).

Tanto è vero che proprio dal diritto positivo si ricava che in sede di risoluzione i creditori possono lamentare la sopravvenuta non fattibilità del piano per dimostrare l'inadempimento alla proposta di concordato.

4. Prima di esaminare le novità e le possibili ricadute sistematiche sulla fase di ammissione, pur muovendo dal fatto che a me pare che l'assetto marcatamente negoziale (ma non, esasperatamente negoziale) sia largamente più giustificabile sul piano della legge, è opportuno confrontarsi con le preoccupate obiezioni di chi teme che una svalutazione del profilo della fattibilità in relazione ai poteri del giudice possa determinare una deriva liberista, priva di adeguati contrappesi.

Ecco, allora, che un interprete del diritto positivo e delle sue ricadute non solo di sistema ma anche di concreta applicazione del diritto, non possa rifugiarsi nell'ideologia ma debba confrontarsi con le "avverse" tesi²⁵ e con gli pseudo argomenti di diritto positivo, fra i quali non mi pare possa annoverarsi con sufficiente rilievo il fatto che il giudice (art. 162 l.fall.) possa chiedere integrazioni del piano. Si tratta, piuttosto, di una disposizione che appartiene al *genus* delle norme che stabiliscono il principio della leale collaborazione fra parti e giudice²⁶, dove il giudice confrontando l'attestazione ed il piano può rilevare un'asincronia che dipende dal sindacato sull'attestazione e non dalla censura sulla non fattibilità del piano²⁷. Anche l'eliminazione dell'inciso "completezza e regolarità della documentazione" (che compariva nell'art. 163 l.fall.) non mi pare decisivo, posto che espunta quella frase, non vi è una espressa attribuzione di poteri valutativi di merito²⁸.

La crisi di un'impresa è sempre un evento traumatico che interessa una rete di rapporti che non sono per forza riconducibili alla (sola) diarchia debitore-creditori. Dalla crisi di un'impresa vengono a modificarsi tanti rapporti giuridici, basti pensare

²⁴ Il tema, in controluce, è quello del conflitto di interessi, su cui, in luogo di altri, v., di recente G. D'ATTORRE, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *Fallimento*, 2012, 757.

²⁵ Nella giurisprudenza di merito, a favore dell'opposta soluzione si segnalano: App. Roma, 18 settembre 20120, in *Dir.fall.*, 2011, II, 18; App. Bologna, 15 giugno 2009, *id.*, Rep. 2009, voce cit., n. 104; Trib. Roma, 24 aprile 2008, *ibid.*, n. 105; Trib. Bari, 25 febbraio 2008, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 91; Trib. Firenze, 31 gennaio 2007, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 67; Trib. Roma, 8 marzo 2006, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 121; Trib. Firenze, 23 novembre 2005, *ibid.*, n. 123; Trib. Pescara, 21 ottobre 2005, *id.*, 2006, I, 912; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, *id.*, Rep. 2005, voce cit., n. 31; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, *ibid.*, n. 33; in dottrina, R. AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2012, I, 109; G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur.comm.*, 2009, I, 893; S.BONFATTI, P.F.CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 504 (pur con qualche cautela); N.NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur.comm.*, 2009, I, 120; L.PICININI, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il « decreto correttivo »*, in *Dir.fall.*, 2008, II, 551; S.SCARAFONI, *Il giudizio d'ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della legge fallimentare*, in *Dir.fall.*, 2007, I, 915; L.ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fallimento*, 2008, 255; G.RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, *ibid.*, 264.

²⁶ A. PATTI, *La fattibilità del piano*, cit., 47; PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, cit., 108; ; P. TARANTINO, *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2012, II; 426. S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2011, 943, parla di "virtuosa interlocuzione tra tribunale e debitore".

²⁷ Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, 805, ha espressamente precisato che la concessione del termine non rileva ai fini dell'interpretazione sul giudizio di fattibilità.

²⁸ In senso opposto, fra gli altri, R. AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 113.

alla cinghia di trasmissione dei distretti industriali e dell'indotto, per non parlare dei profili sociali correlati alla perdita dei livelli occupazionali. Ciò significa che la crisi d'impresa è fenomeno che interessa una collettività di soggetti e non può ridursi al conflitto fra debitore e creditori.

Quando questo conflitto viene mediato con lo strumento del concordato preventivo non si può, allora, predicare una piatta applicazione delle sole regole del contratto, posto che queste, per definizione (art. 1372 c.c.) vincolano solo i contraenti.

Le regole del diritto dei contratti sono sicuramente applicabili e, forse, in misura preponderante ma debbono fare i conti col bisogno di un controllo eteronomo a garanzia di tutti; non a caso, poiché il concordato ha effetto nei confronti di tutti i creditori (art. 184 l.fall.), è previsto che l'accordo sia soggetto ad omologa per esplicare effetto verso l'intero ceto creditorio.

In verità, a ben vedere, l'accordo omologato è efficace nei confronti di tutti i creditori, non già nei confronti di tutti coloro che dal concordato potrebbero subire un pregiudizio giuridico (si pensi al contraente *in bonis*) o di mero fatto (si pensi all'impresa concorrente).

L'art. 184 l.fall. al fondo segna una sorta di contenimento degli effetti della decisione, al modo di un cerchio concentrico forse più stretto dei limiti soggettivi della cosa giudicata (art. 2909 c.c.). Forse, allora, va revocato in dubbio che il concordato preventivo debba essere guardato con circospezione perché da esso conseguono effetti potenzialmente pregiudizievoli per i terzi, posto che questi terzi non sembrano, in verità, subire gli effetti della decisione.

Ecco, dunque, che quando si parla di interessi di rango pubblicistico si possono evocare quelli di interesse del mercato alla corretta regolazione della crisi dell'impresa, ma sempre ci si muove attorno a concetti sfuggenti, anche se non per questo evanescenti; la stessa presenza del pubblico ministero (art. 161 l.fall.) va riguardata con ponderatezza perché è stato accuratamente osservato che la partecipazione eventuale del pubblico ministero nel procedimento di concordato, al modo di un intervento (processuale) facoltativo, è frutto non tanto della selezione degli interessi quanto dei profili che attengono alla tutela penale²⁹.

Sulla base di questa considerazione, poiché dal decreto di ammissione sortiscono, soltanto, effetti provvisori non avrebbe alcun senso privare i creditori del diritto di esprimersi sulla proposta; quanto alla tutela, preventiva, di coloro che creditori non sono, non mi pare che l'apertura del procedimento *ex* art. 163 l.fall. li possa pregiudicare perché i terzi non sono vincolati dal concordato neppure quando questo è omologato.

Prima della votazione non vi sono creditori di maggioranza o creditori di minoranza³⁰ da tutelare perché tutti si trovano agli stessi blocchi di partenza, a condizione che tutti siano effettivamente informati. Un decreto di inammissibilità fondato sulla presunta non fattibilità del piano per tutelare gli interessi del mercato appare una distorsione, perché allora si affermerebbe che l'interesse pubblico (?) del mercato prevarrebbe su quello dei creditori; una visione statalista tipica di economie socialiste quale non mi pare sia quella domestica (e ciò, si badi, senza che questo assuma un

²⁹ G. BOZZA, *Il pubblico ministero nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 881.

³⁰ R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fallimento*, 2009, 1063; M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur.comm.*, 2012, II, 298; perciò non sembra da condividere l'assunto di chi (v. fra i tanti, S. RONCO, *Domanda di concordato e poteri del tribunale*, in *Dir.fall.*, 2011, II, 307) valuta come il potere di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano in occasione dell'ammissione sia espressione di tutela dei creditori deboli.

significato di valore, positivo o negativo). Se si predica, saggiamente, che occorre la ricerca di un equilibrio fra più interessi³¹, questo equilibrio deve consentire che tutti i creditori coinvolti siano muniti, potenzialmente, delle stesse armi e che pertanto solo in presenza di una pari condizione ai “nastri” di partenza, si possa poi dipanare, regolarmente, la procedura di concordato. Questo può accadere se il livello informativo è assicurato a favore di tutti.

Quindi si spiega l'importanza dell'attestazione quale nodo nevralgico dell'informazione e del voto.

Il timore che in fase di apertura della procedura si possano creare delle rendite di posizione poi non più disinnescabili appare privo di autentica consistenza e, in ogni caso, oggi largamente superato dalle misure protettive che assistono il patrimonio dell'imprenditore concordatario anche nell'interesse dei creditori, come accade per l'art. 69 *bis*, 2° comma, l.fall. che stabilisce che il termine a ritroso del periodo sospetto dell'azione revocatoria abbia a computarsi dalla pubblicazione della domanda di concordato preventivo.

La ragione della presenza del giudice nella disciplina della crisi d'impresa³² non è solo quella di dirimere i conflitti come talora si assume (cioè un giudice che interviene *ex post* quando già si è aperto un conflitto), ma è anche quella, preventiva, di verificare che ad un certo procedimento si applichino, correttamente, determinate regole di diritto sostanziale (cioè un giudice che *ex ante* consente che un procedimento si apra, prosegua e si definisca nel rispetto di regole del gioco). Una funzione di vera e propria eterotutela, ma preventiva, perché certi effetti di un negozio possano prodursi³³. Un fenomeno ben noto nel diritto civile, quando si pensi all'omologazione degli accordi di separazione tra coniugi; il decreto di omologazione è giustificato dalla necessità di vigilare in una materia delicata e a protezione delle parti deboli, ma sia chiaro che l'omologazione non snatura il negozio privatistico concluso dai coniugi³⁴.

Nel concordato preventivo il giudice assume un ruolo nelle varie fasi del procedimento per controllare, prima *ex ante* e poi *ex post*, che siano state rispettate tutte le regole cui è subordinata l'efficacia dell'accordo.

Sul piano della tutela degli interessi, quindi, non pare che l'intervento del giudice in merito alla fattibilità sia necessario³⁵; ma, ancor meno è giustificabile sul versante dell'applicazione dei principi del diritto civile. Come già accennato, è alquanto singolare che proprio là dove si predica il rifiuto per le tesi cc.dd. negoziali si finisca coll'esprimersi in termini di nullità dell'oggetto del contratto³⁶. Un piano non fattibile

³¹ 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, II, 638.

³² A. PATTI, *Il giudice nella crisi di impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fallimento*, 2011, 261.

³³ S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere*, cit., 943.

³⁴ Cass., 20 marzo 2008, n. 7450, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Separazione di coniugi*, n. 127; infatti, per Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 38, 42, « è ammissibile l'azione di annullamento disciplinata dagli art. 1427 seg. c.c. nell'ipotesi di vizi del consenso dei coniugi nella separazione consensuale omologata; tale principio trova fondamento nella natura della separazione consensuale omologata caratterizzata essenzialmente dal ruolo primario della volontà concorde dei coniugi di separarsi ovvero di definire i vari aspetti della vita coniugale e familiare, laddove il successivo provvedimento di omologazione assume la semplice valenza di condizione sospensiva di efficacia delle pattuizioni contenute nell'accordo coniugale ».

³⁵ Non a caso P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Fallimento*, 2010, 988, ha condivisibilmente osservato che si può dare ingresso ad un concordato che appaia, sin dall'inizio non conveniente per i creditori. È ben vero che la fattibilità non ha nulla a che vedere con la convenienza, potendo al più rappresentarne una sorta di “pre-condizione” (così G.B. NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, cit., 1455; G. BOZZA, *Il sindacato sulla fattibilità*, cit., 195), ma sono ambedue valutazioni di merito rispetto alle quali il giudice non è certo più attrezzato dei creditori nel valutarle.

³⁶ Così, R. BELLÈ, *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, in *Fallimento*, 2012, 512; Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.; sulla discutibilità di una siffatta assimilazione, v., S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere*, cit., 946.

altro non sarebbe che un oggetto impossibile e l'impossibilità dell'oggetto è causa di nullità del contratto (art. 1325 e art. 1346 c.c.)³⁷. Poiché la nullità è una causa di invalidazione del contratto rilevabile d'ufficio (art. 1418 c.c.), ecco che per coerenza il tribunale dovrebbe rilevarla e per l'effetto non ammettere il concordato, ovvero revocarlo, ovvero negarne l'omologazione³⁸.

Questa tesi cela un grosso equivoco: il concordato è un accordo che ha come oggetto una proposta formulata dal debitore e accettata dai creditori. La proposta è il soddisfacimento offerto ai creditori, non il percorso attuativo. Quando si enfatizza la libertà di contenuto della proposta, non per questo si deve trascinare nella negazione del fatto che la proposta di concordato è diretta ai creditori, non fosse altro perché sono loro (e solo loro) che sono chiamati ad approvarla. Ed allora se la proposta è diretta ai creditori, dovremmo necessariamente ritenere che la proposta *debba* avere ad oggetto la regolazione della crisi e questa regolazione non può non tradursi anche nella stessa regolazione dei crediti (si usa, qui, volutamente questo termine per evitare il riferimento ai pagamenti e ad altre forme di soddisfacimento dei crediti). Pertanto la proposta non può essere il risanamento dell'impresa o la cessione dei beni; il risanamento è solo un modo per proporre qualcosa ai creditori e dunque il risanamento è oggetto del piano. *La proposta sarà sempre una soltanto: come regolare i crediti.* Il ricorso al concordato preventivo presuppone necessariamente la crisi dell'impresa e la volontà del debitore di affrontarla facendo sponda sulla ristrutturazione del debito; se manca questo, giungeremmo ad un uso strumentale del concordato preventivo. Ecco, allora, che quando la proposta ha per oggetto la cessione dei beni non quale strumento di conseguimento delle risorse da destinare ai creditori ma quale oggetto diretto della proposta che altro non è che la volontà di trasferire ai creditori la proprietà dei beni, si avverte che sarà impossibile l'oggetto del contratto se viene promesso un bene incommerciabile³⁹. In questo caso, sì, può essere sollevata dal giudice la nullità dell'accordo per il semplice fatto che il bene è oggetto della proposta. Ma, in ogni altro caso, non si potrà discutere di impossibilità dell'oggetto (causa genetica di malfunzionamento del negozio) ma, se mai, di inadempimento (causa funzionale di malfunzionamento del negozio). In tal senso le opinioni ora disattese si pongono in netto contrasto con i principi in materia di oggetto del contratto, là dove si afferma categoricamente che « l'impossibilità dell'oggetto cui, ai sensi degli art. 1346 e 1418 c.c., consegue la nullità del contratto, ricorre solo quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa era diretta, e non anche quando insorgano ostacoli più o meno gravi nella esecuzione della stessa »⁴⁰

³⁷ Non è qui decisivo prendere posizione sulla nozione di oggetto del contratto; una nozione assai poco condivisa fra chi reputa che l'oggetto vada identificato con la prestazione (v. in luogo di altri, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Indica-Zatti*, Milano, 2001, 336) e chi, invece, assume che oggetto sia il bene dedotto nel negozio (G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 152). Infatti, in ambedue le ipotesi non è oggetto del concordato il piano ma o il pagamento, o la soddisfazione del credito o, più in generale, la regolazione concorsuale della crisi.

³⁸ M.FERRO, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Commentario diretto da A.Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 1047.

³⁹ Cass., 16 febbraio 2012, n. 2248, in *Foro it.*, Mass., 2012. Non già se viene promesso un bene dal valore inferiore a quanto previsto; giova qui ricordare che la giurisprudenza è assai rigorosa nel pretendere che l'impossibilità sia assoluta, v., Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Contratti pubblici*, n. 407; Cass., 30 settembre 2008, n. 24313, in *Foro it.*, Rep., 2008, voce *Contratto in genere*, n. 440.

⁴⁰ Cass., 21 maggio 2001, n. 6927, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 447; Cass., 20 aprile 1998, n. 4013, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 462; Cass., 20 luglio 1987, n. 6362, in *Foro it.*, Rep. 1987,

5. L'aver concluso che in fase di ammissione l'indagine sulla fattibilità non deve occupare il giudice rende abbastanza agevole proiettare questa conclusione sulla fase eventuale della revoca⁴¹.

Una volta che il tribunale dispone l'apertura del procedimento concorsuale, l'incarico di vigilare sulla fattibilità del piano è affidato al commissario giudiziale il quale nella relazione *ex art. 172 l.fall.* (oppure precedentemente, o successivamente in fase di omologazione) deve prendere espressamente posizione sulla fattibilità del piano, in modo da fornire ai creditori ulteriori elementi di valutazione. Se il commissario verifica che non sussistono le condizioni di fattibilità deve segnalarlo ai creditori e così pure se queste, pur inizialmente presenti, vengono meno in corso di procedura⁴². Secondo una lettura molto diffusa la sopravvenienza di fattori che impediscono la fattibilità del piano si risolverebbe nel dovere per il commissario di sollecitare la revoca ai sensi dell'art. 173 l.fall.⁴³ Ma se così fosse si sfalserebbe il piano fra il requisito di ammissione (l'esame dell'adeguatezza della relazione) e il sopraggiunto verificarsi di una causa di inammissibilità (la valutazione della non fattibilità). Ciò che non era requisito di ammissibilità non può trasformarsi in causa di inammissibilità⁴⁴.

Il giudizio negativo sulla prognosi di fattibilità è oggetto della relazione *ex art. 172*, non della segnalazione *ex art. 173 l.fall.*

Di fronte al verificarsi di fatti sopravvenuti ovvero di valutazioni non consonanti del commissario, il proponente può valutare se formulare una nuova proposta o semplicemente modificare il piano (con conseguente redazione di una nuova relazione del commissario) ma con la presentazione di una nuova attestazione. Se lo scenario rimane immutato, sono i creditori che debbono esprimersi salvo la procedura possa essere revocata qualora si rilevi che è venuto meno il requisito di *adeguatezza della relazione*. In questo modo rimane simmetrica la valutazione del giudice al momento dell'ammissione e al momento della richiesta di revoca.

La votazione è, dunque, il momento in cui, davvero, si deve discutere di fattibilità del piano.

È ben vero che sulla scorta di un chiaro richiamo al senso pratico e al principio di economia processuale si è enunciato che il concordato andrebbe sempre revocato quando risulti la macroscopica non fattibilità del piano⁴⁵, ma se la prognosi sulla fattibilità è pur sempre una congettura, non vedo per quale ragione debba essere

voce *Contratto in genere*, n. 292; in dottrina, E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006, 738.

⁴¹ Sul tema della revoca del concordato per sopravvenuta non fattibilità, v., l'itinerario di giurisprudenza curato da A. PENTA, *La revoca del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 735.

⁴² Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, cit.

⁴³ Per ciò che attiene alla possibilità che il tribunale revochi il concordato ai sensi dell'art. 173 l.fall. sulla scorta dell'accertata non fattibilità del piano, v. Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 857; Trib. Piacenza, 1° luglio 2008, in *Giur.merito*, 2009, I, 149; Trib. Roma, 20 febbraio 2008, *Foro it.*, Rep. 2009, voce cit., n. 93; Trib. Milano, 31 ottobre 2007, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 88; Trib. Milano, 7 novembre 2005, *id.*, 2006, I, 911; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, *id.*, Rep. 2005, voce cit., n. 37. In dottrina, A. PENTA, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in *Fallimento*, 2010, 860; A. TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv.dir.proc.*, 2009, 657; G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, cit., 1619; A. JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, cit., 994; G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, cit., 269.

⁴⁴ In senso opposto, G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 1695; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, cit., 233; M.M. GAETA, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, cit., 321

⁴⁵ S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere*, cit., 945.

sottratto ai creditori il potere di esprimersi sulla congettura dell'attestatore confrontata con quella del commissario giudiziale.

6. Lo scenario si complicava quando le condizioni di fattibilità fossero venute meno nella fase compresa fra la votazione e il giudizio di omologazione. In tal caso tre apparivano le soluzioni possibili: α) il commissario giudiziale promuove il procedimento di revoca ai sensi dell'art.173, comma 3° l.fall.; β) la questione viene discussa in sede di omologazione β 1) d'ufficio o β 2)⁴⁶ su iniziativa di un opponente; γ) la questione viene valutata dopo l'omologazione se qualche creditore chiede la risoluzione.

Dopo l'approvazione dei creditori, fra le parti si è concluso un contratto (ma non efficace verso tutti sino all'omologazione), contratto che si è sostituito alla proposta ed al piano ed il tribunale è chiamato a dare efficacia alla proposta accettata con il decreto di omologazione. L'omologazione assolve alla funzione di dare efficacia all'accordo concluso, ma nulla aggiunge. Proprio perché nel concordato preventivo, l'efficacia è sempre condizionata all'omologazione, il profilo di fattibilità dell'accordo non può neppure porsi, perché *la fattibilità attiene non alla fase genetica ma a quella funzionale del rapporto negoziale*. Una volta che la proposta è approvata, e si è dunque formato l'accordo, la verifica della tenuta dell'accordo appartiene alla fase dell'esecuzione del concordato⁴⁷. Occorre, però, essere consapevoli che questa soluzione risultava paradossale quando nel corso del giudizio di omologazione fosse apparso ormai evidente che il concordato non avrebbe potuto essere eseguito. Il paradosso stava nell'aver dato rilievo ad una volontà manifestata su un presupposto di fatto nel frattempo venuto meno.

Ove il piano fosse divenuto non fattibile per *l'impossibilità giuridica oggettiva di adempiere alla proposta*, il profilo negoziale dell'approvazione sarebbe receduto al cospetto di una causa di nullità e poiché nei processi di omologazione quando il giudice rileva una nullità non omologa, ecco che già in sede di omologazione si poteva risolvere la questione. Tutto ciò, legittimamente, in presenza di una proposta divenuta giuridicamente irrealizzabile (il caso, già visto, della cessione dei beni con effetto traslativo).

Diversa la conclusione qualora la non fattibilità del piano avesse reso più difficile o improbabile l'adempimento della proposta. Si era provato ad immaginare che il problema della fattibilità (che come si è visto incide sulle motivazioni di voto),

⁴⁶ Per quanto concerne, invece, la facoltà del tribunale di sindacare la fattibilità in occasione del giudizio di omologazione, v. Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2009, 857; App. Bologna, 15 giugno 2009, cit.; Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, *Foro it.*, Rep. 2009, voce cit., n. 112; Trib. Milano, 30 ottobre 2007, *ibid.*, n. 115; Trib. Palermo, 18 maggio 2007, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 108; Trib. Milano, 24 aprile 2007, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 93; Trib. Pescara, 28 dicembre 2006, *ibid.*, n. 83; Trib. Torino, 12 dicembre 2006, *ibid.*, n. 85; Trib. Milano, 2 ottobre 2006, *ibid.*, n. 86; Trib. Milano, 8 giugno 2006, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 144; Trib. Roma, 1° febbraio 2006, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 89; Trib. Milano, 12 dicembre 2005, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 138; Trib. Prato, 5 dicembre 2005, *ibid.*, n. 139; Trib. Bologna, 17 novembre 2005, *ibid.*, n.124; Trib. Bari, 11 novembre 2005, *ibid.*, n. 141; Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, *ibid.*, n. 142; Trib. Pesaro, 11 ottobre 2005, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 77; Trib. Roma, 30 luglio 2005, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 143. In letteratura, M.FERRO, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, cit., 1047; I.PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V.Buonocore e A.Bassi, I, Padova, 2010, 586; P.GENOVIVA, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1220; D.GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur.comm.*, 2009, I, 744; ID, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur.comm.*, 2006, II, 911; S.PACCHI, L.D'ORAZIO e A.COPPOLA, *Il concordato preventivo*, cit., 1880; A.NIGRO, D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 370; A.JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, cit., 994; L.MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, cit., 725; A.TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, cit., 658.

⁴⁷ A. PATTI, *La fattibilità del piano*, cit., 48.

assumesse rilevanza nel corso del procedimento e dopo l'approvazione in merito all'effettività del consenso. Il mutamento delle condizioni di fattibilità avrebbe, dunque, dimostrato che il consenso si era formato in modo imperfetto. La fattibilità diveniva una sorta di *presupposizione* per i contraenti e per i creditori. Ed allora se la fattibilità assumeva per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra - valore determinante ai fini del «mantenimento» del vincolo contrattuale, la sua mancanza *legittimava l'esercizio del recesso dal vincolo negoziale*, ciò che nel caso del procedimento di concordato si sarebbe dovuto tradurre nella possibilità di *revocare il voto favorevole* mediante proposizione di opposizione all'omologazione. In questo modo, senza snaturare il ruolo del tribunale che non si giustappone sulla volontà dei creditori, la questione fattibilità veniva, indirettamente, trattata nel giudizio di omologazione nell'ambito di un sindacato sulla regolarità del procedimento che ovviamente abbraccia, anche, la regolarità e il conteggio dei voti⁴⁸. Non nascondo che quella tesi proposta in costanza di un articolato normativo che non prevedeva la revoca del voto fosse assai eterodossa⁴⁹.

7. Occorre, però, ora guardare ad un dato di diritto positivo che sembra premiare, proprio, quella soluzione.

Infatti, a norma dell'attuale art. 179 l.fall. fatti sopravvenuti (favorevoli o sfavorevoli) idonei ad influenzare il diritto di voto, debbono essere segnalati dal commissario giudiziale ai creditori; i creditori ove ritengano che, in presenza di uno stato di fatto diverso, non avrebbero dato il voto favorevole (oggi espresso, anche, col metodo del silenzio-assenso), possono intervenire nel giudizio di omologazione e revocare il loro voto favorevole, col risultato che se la maggioranza dei creditori cambia idea, viene meno l'approvazione dei creditori e il concordato non può essere omologato.

La nuova disposizione assume, peraltro, un contenuto ancor più rilevante perché non sembra soltanto escludere che la fattibilità possa essere giudicata dal giudice anche senza sollecitazione di parte, ma sembra dire che anche il singolo creditore non può lamentare la non fattibilità del concordato perché lo strumento è quello esclusivo della revoca del voto⁵⁰. A me pare una soluzione decisamente accettabile specie muovendo dall'opzione che negava il sindacato sulla fattibilità anche ad iniziativa del singolo opponente⁵¹.

Né l'obiezione per la quale il prevedere l'art. 180 l.fall. poteri istruttori officiosi non potrebbe che voler dire che il giudice può sindacare autonomamente la fattibilità⁵² sembra irresistibile volta che i poteri officiosi sul piano delle prove non sono altro che una semplice conseguenza dell'essere stato adottato il modello dei procedimenti in camera di consiglio. Ed ancora non bisogna farsi ingannare da questa previsione in

⁴⁸ Per G.LO CASCIO, *Concordato preventivo*, cit., 11, la soluzione poteva essere quella della rinnovazione della votazione.

⁴⁹ È ben vero che si tende ad escludere, proprio in virtù del principio consensualistico, che il voto favorevole sia revocabile (v., Trib. Monza, 29 gennaio 2010, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Concordato preventivo*, n. 150, e in *Fallimento*, 2010, 1160), ma occorre anche considerare che la revoca dovrebbe essere consentita quale strumento di reazione rispetto alla modifica delle condizioni sulla cui base il consenso di è formato e per questa tesi v., E.NORELLI-C.CESCHEL, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: aspetti processuali*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, III, Torino, 2011, 508. Ma si osservi che la revoca della manifestazione di voto è invece ammessa (v., di recente App. Lecce, 8 giugno 2009, in *Fallimento*, 2010, 1158) per sostituire all'iniziale voto contrario un voto favorevole.

⁵⁰ S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *www.ilcaso.it*.

⁵¹ C.FERRI, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur.comm.*, 2006, I, 571; S.AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 126.

⁵² Così R. AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 118; M.FERRO, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, cit., 1046.

relazione allo spettro contenutistico delle opposizioni. Come ho cercato di dimostrare⁵³ il processo di omologazione non vede modificato il suo oggetto a seconda che siano, oppure no, presentate opposizioni

Nella consapevolezza che questa modifica sul giudizio di omologazione non può essere adottata alle vecchie procedure, tuttavia fa propendere per la tesi espressa che vuole non sindacabile la fattibilità sin dalla fase di ammissione. Al fondo nessuna delle due tesi può trovare sponda nel dato letterale proprio perché l'art. 180 l.fall. non parla di fattibilità ed il non parlarne consente di legittimare sia la tesi per cui non sarebbe vietato il controllo di fattibilità, sia la tesi per cui il controllo non sarebbe ammesso in quanto non previsto⁵⁴.

Non si tratta di adottare un'opzione ideologica ma di trovare spunti, normativi, altrove e oggi il dato offerto dall'art. 179 mi pare decisivo.

Il risultato è accettabile anche per le preoccupazioni dei più attenti difensori dell'interesse pubblico ove si attribuiscono al tribunale altri poteri in un contesto di equilibrio fra parti e giudici.

E d'altra parte si faticerebbe assai ad immaginare la coerenza di una tesi che assegna al giudice il compito di valutare anche d'ufficio la fattibilità del piano, in presenza di un'approvazione totalitaria della proposta, situazione oggi tutt'altro che inverosimile al lume della modifica del sistema di voto che vede i creditori apatici trasformati in creditori favorevoli. In questo caso verrebbe da chiedersi quali creditori fruirebbero dell'eterotutela del giudice, una volta appurato che i terzi non sono pregiudicati dall'omologazione.

Quando venne resa nota Cass. 21860/2010 che sembrava porre un deciso baluardo all'ingresso del giudizio di fattibilità da parte del tribunale, osservai⁵⁵ che se corretta era la decisione, il percorso argomentativo lasciava ampi margini di perplessità tant'è che i più attenti commentatori non avevano mancato di censurare la motivazione⁵⁶. Ma quella decisione aveva, comunque, trovato linfa in sentenze più recenti e una migliore sistemazione teorica, si che pur fra moltissime perplessità delle corti di merito e non rare doglianze della letteratura, sembrava che la Cassazione si fosse assestata sulla versione più negoziale (ma non - e giustamente - completamente appiattita sul diritto dei contratti) del concordato, assegnando ai creditori e solo a loro il compito di valutare la fattibilità. E, in verità, a questa linea di pensiero si richiama, ancora, Cass. 18897/2011, mentre in Cass. 18864/2011 si declama il ripudio per le opzioni ideologiche di fondo (quelle cc.dd. negoziali) che avrebbero inquinato il dibattito sul concordato, ma poi le espressioni adoperate mostrano, proprio, una controlettura ancor più ideologica⁵⁷. Ma ciò che più appare singolare,

⁵³ M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 659; ma v. anche G.B. NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, cit., 1455; I.PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, cit., 580.

⁵⁴ Correttamente M.FERRO, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, cit., 1046, rileva che la questione non è quella di discutere sulla ripetibilità delle valutazioni che spettano al tribunale ai sensi dell'art. 162 e 173 l.fall., ripetibilità in sede di omologazione che darei per sicura, ma di stabilire cosa il giudice può fare nelle fasi precedenti.

⁵⁵ M.FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., 172.

⁵⁶ G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 172.

⁵⁷ Sulle varie ideologie v. il recente contributo monografico di F.DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, *passim*. Anche A.DI MAJO, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito*, in *Corr. Giur.*, 2012, 230, dubita fortemente dell'assetto negoziale del concordato ed anzi cerca di fornire un supporto ideale alla soluzione della Corte, per poi, però, rifugiarsi nella nozione di regolarità sostanziale che è una formula astratta.

una volta superato lo sconcerto per due decisioni⁵⁸, è il fatto che là dove si svilisce l'approccio negoziale del concordato, poi il ricorso venga deciso facendo richiamo proprio alle norme sui contratti e in particolare a quelle sull'illiceità e sull'impossibilità dell'oggetto del contratto.

Ed allora l'auspicio è che la Suprema Corte non abbia tanto a preoccuparsi di comporre il conflitto fra Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, Cass. 16 settembre 2011, n. 18897 da un lato e Cass. 15 settembre 2011, n. 18864 dall'altro, quanto invece di offrire qualche certezza in più in termini di armonia di sistema⁵⁹.

⁵⁸ Si rivela così intempestivo il plauso che L.BOTTAI, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fallimento*, 2011, 810, aveva appena rivolto al giudice di legittimità lodandone, appunto, l'uniformità interpretativa.

⁵⁹ G.LO CASCIO, *Concordato preventivo*, cit., 14.