



**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA  
IN COLLABORAZIONE CON L'O.C.I. (OSSERVATORIO SULLE CRISI D'IMPRESA)

**ROMA, 11 OTTOBRE 2012**  
AULA GIALLOMBARDO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

**CONTROLLO DEL GIUDICE ED AUTONOMIA PRIVATA NEL CONCORDATO  
PREVENTIVO (GLI INDIRIZZI DEL MERITO A CONFRONTO E LE NOVITÀ DELLA  
LEGGE N. 134 DEL 2012)**

**Relazione scritta predisposta dal dr. Filippo Lamanna  
Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano**

***IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLA FATTIBILITÀ E LA  
CONVENIENZA NEL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE DEL  
CONCORDATO PREVENTIVO.*<sup>1</sup>**

**1. Il contrasto d'indirizzi tra i giudici di merito e la Corte di legittimità. Il  
contrasto all'interno di quest'ultima. Il perimetro delle questioni sulle quali  
si pronunceranno le SS.UU.**

**1.1. L'ordinanza interlocutoria (di rimessione).**

La Prima Sezione civile della S. Corte di cassazione, con **ordinanza  
interlocutoria** 15 dicembre 2011, n. 27063, accogliendo finalmente un auspicio  
formulato da più parti<sup>2</sup>, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per consentirgli

---

<sup>1</sup> Relazione predisposta su invito dell'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)".

<sup>2</sup> E anche da parte di chi scrive: cfr. Lamanna, *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva) che rende necessario l'intervento delle SSUU*, in

di valutare l'opportunità di sottoporre all' **esame delle Sezioni Unite** alcune questioni in tema di esercizio del **potere di sindacato del Tribunale nel giudizio di omologazione del concordato preventivo in ordine al profilo della fattibilità**, avendo registrato su questa problematica un **contrasto** interpretativo interno alla medesima Prima Sezione.

Il Presidente ha fissato per il **20 novembre 2012** l'udienza in cui le SS.UU. si pronunceranno.

La stessa ordinanza interlocutoria ha ben illustrato i termini del contrasto e, di conseguenza, anche il contenuto delle questioni su cui la pronuncia conclusiva dovrebbe vertere.

Tuttavia credo opportuno fare su questo primo aspetto qualche ulteriore puntualizzazione.

## **1.2. L'oggetto del contrasto.**

L'ordinanza di rimessione individua un contrasto fra le sentenze della S. Corte **n. 21860/10 (est. Fioretti)**, **n. 3274/11 (est. Zanichelli)**, **n. 3586/11 (est. Didone)**, **n. 13817/11 (est. Zanichelli)** e **n. 18987/11 (est. Cultrera)**, da una parte; e la sentenza **n. 18864/11 (est. Bernabai)**, dall'altra.

L'ordinanza non cita, peraltro, la sentenza **n. 13818/11 (est. Zanichelli)**, sebbene anch'essa esprima le medesime ragioni di contrasto. L'omissione si deve probabilmente alla circostanza che tale pronuncia è sostanzialmente ripetitiva della n. 13817/11; per questo motivo non verrà distintamente esaminata neppure in questa sede.

Se si esamina il contenuto delle sentenze citate, ci si avvede che l'ordinanza interlocutoria pone a raffronto anche **fattispecie non omogenee**, sia quanto a procedure di riferimento, sia quanto a regime temporale delle norme applicabili.

La sentenza **n. 3274/2011**, infatti, tratta del **concordato fallimentare**, mentre **tutte le altre del concordato preventivo**.

La prima espressamente chiarisce di dover fare applicazione del c.d. **rito intermedio**, ossia della disciplina fallimentare come modificata dal D.Lgs. n. 5/2006, ma non ancora dal D.Lgs. n. 169/2007 (c.d. Decreto correttivo); le altre, invece, fanno tutte applicazione delle norme in tema di concordato preventivo come **modificate dal D.Lgs. n. 169/2007**, ma – va qui precisato – nel **regime anteriore alle modifiche apportate dal cd. Decreto Sviluppo** (D.L. n. 83/2012 conv. in L. 134/2012).

*Ratione temporis* a quest'ultima disciplina, così cronologicamente delimitata, dovrà rapportarsi anche la decisione delle SS.UU., poiché il caso da cui trae origine la rimessione rientra nel suddetto arco temporale (*post* D.Lgs. n. 169/2007 e *ante* L. 134/2012).

---

[www.ilFallimentarista](http://www.ilFallimentarista), 11/11/2011; Id., *Richiesta la rimessione alle SS.UU. sull'ineffabile ma ineludibile contrasto sulla sindacabilità nel merito del concordato preventivo*, ivi, 9/1/2012.

Tutte le pronunce aventi ad oggetto procedure di concordato preventivo esaminano poi esclusivamente la figura del **concordato con cessione dei beni**. Ciò non pertanto la decisione delle SS.UU., che presuppone l'enunciazione di principi processuali generali sul sindacato relativo alla fattibilità, dovrebbe proporre una soluzione applicabile ad ogni possibile tipologia di concordato preventivo.

Alcune pronunce, inoltre, esaminano il problema dei poteri di controllo del Tribunale sulla fattibilità con riferimento al **momento dell'ammissione** [n. 21860/10 (est. Fioretti) e n. 3586/11 (est. Didone)]; un'altra con riferimento al caso in cui il Tribunale apra un **sub-procedimento di revoca ex art. 173 l.fall.** [n. 13817/11 (est. Zanichelli)]; le ultime due, infine, con riferimento al caso in cui si sia pervenuti al **giudizio di omologa** [n. 18987/11 (est. Cultrera) e n. 18864/11 (est. Bernabai)]. Anche l'ordinanza di rimessione, va notato, attiene ad una fattispecie in cui il concordato preventivo è giunto alla fase dell'omologa.

Giustamente, tuttavia, l'ordinanza di rimessione individua un *trait d'union* sotteso alle varie ragioni di contrasto e alle pur così diversificate fasi in cui si pone il problema del tipo di controllo che il Tribunale può esercitare.

Infatti, come chiarisce l'ordinanza, *«l'orientamento prevalente della Cassazione appare contrario alla sindacabilità del merito della proposta di concordato (sia preventivo sia fallimentare) — e quindi della fattibilità del piano — tanto in sede di giudizio di ammissione alla procedura quanto nella successiva fase del giudizio di omologazione, salvo che, in quest'ultimo caso, un creditore a ciò legittimato abbia proposto opposizione proprio al fine di sollecitare un siffatto giudizio di merito (Cass. n. 21860 del 2010; Cass. n. 3274 del 2011; Cass. n. 3586 del 2011; Cass. n. 13817 del 2011; e Cass. n. 18987 del 2011). Tale orientamento rinviene nell'adesione espressa dall'adunanza dei creditori il momento decisivo in cui si possa e debba giudicare del merito della proposta, anche sotto il profilo della fattibilità del piano, e limita perciò il compito del tribunale alla verifica della regolarità della procedura, al fatto che i creditori chiamati ad esprimere il loro consenso nell'adunanza siano stati compiutamente e correttamente informati ed all'assenza di eventuali ragioni d'illiceità o comunque di nullità della proposta, come tali non sanabili neppure mediante la prestazione del consenso dei creditori».*

Ma – aggiunge l'ordinanza – la sentenza n. 18864 (est. Bernabai) ha *«seguito una linea motivazionale non del tutto coincidente con il suddetto orientamento (... ) giacché per un verso ha espressamente inteso ridimensionare la valenza contrattuale dell'adesione dei creditori alla proposta concordataria, per altro verso ha sottolineato il ruolo di controllo anche sostanziale che sin dalla fase dell'ammissione residuerebbe in capo al tribunale, quanto ai requisiti di fattibilità del piano».*

Subito dopo, però, l'ordinanza di rimessione reputa di dover ridimensionare la portata del segnalato contrasto, rilevando che la pronuncia n. 18864/11 (est. Bernabai) potrebbe anche considerarsi non *«in diretto contrasto»* con le altre

«giacchè in definitiva ha fondato la propria decisione sul **rilievo d'ufficio di una causa di nullità assoluta (per impossibilità dell'oggetto) della proposta concordataria approvata dall'adunanza dei creditori**».

Come interpretare tale osservazione al cospetto di quelle con cui è stato in premessa segnalato il contrasto interpretativo?

In realtà va subito chiarito che l'ordinanza di rimessione ammette con certezza quanto meno l'esistenza di un contrasto "**indiretto**".

Il che va inteso nel senso che le affermazioni di principio contenute nella sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) sono talmente chiare sui punti relativi al ruolo di controllo che il Tribunale deve assolvere che un contrasto con le altre pronunce sul piano di tali affermazioni è innegabile. E d'altra parte l'evidenza è solare, se si ricordano alcune di tali affermazioni, in particolare quelle con cui la sentenza n. 18864/11 proclama:

- «**l'essenzialità dell'intervento del giudice: volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta**»;

- che «**il riscontro della documentazione che deve essere allegata alla domanda (l. Fall., art. 161) non si riduce ad una mera "spunta" per accertare omissioni materiali, dato che lo scrutinio dei presupposti sostanziali dello stato di crisi (o di insolvenza) e della rispondenza della proposta allo schema legale ed ai fini tipici dell'istituto impinge nel merito**»;

- che «**non risulta, infatti, attribuito dalla norma ... alla relazione del professionista ... e sarebbe eccentrico alle categorie ordinanti del sistema - valore di prova legale della fattibilità ... così da ritagliare una competenza esclusiva per materia in favore di soggetti privati, immune da verifica dell'organo giurisdizionale**»;

- che il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, «**nel delineare sotto questo profilo un giudice più interventista, ha dato nuova linfa alla tesi del controllo di legittimità sostanziale**»; e che «**tale controllo non viene meno nel corso della procedura; potendo dar luogo, in qualunque momento, alla revoca del concordato preventivo ove, all'esito degli accertamenti del commissario giudiziale - e dunque, con maggiore cognizione di causa - risultino difettare le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (art. 173 c.p.c., comma 3)**».

Dall'altro lato, però, l'ordinanza interlocutoria sembra porsi un duplice legittimo dubbio:

I) la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) testualmente afferma che il Tribunale può d'ufficio sindacare la fattibilità **in ogni fase del procedimento** quando la sua mancanza si risolva quanto meno in una causa di **nullità assoluta per impossibilità dell'oggetto**<sup>3</sup>; ebbene, anche le altre pronunce fanno salvo

---

<sup>3</sup> E non solo. Essa esamina anche il caso in cui la non fattibilità derivi dalla «*illiceità dell'oggetto (ad es., in presenza, nel piano, di offerte di cessione di res extra commercium,*

almeno questo caso, o invece escludono l'esercizio del potere di sindacato anche in tale evenienza ?

II) nell'affermare che il Tribunale può d'ufficio sindacare la fattibilità quando la sua mancanza si risolve in una causa di **nullità assoluta per impossibilità dell'oggetto**, la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) intende dire che invece il Tribunale non può farlo quando la non fattibilità non si traduca in impossibilità dell'oggetto? E se è così, quando può dirsi che ciò accada?

Il duplice dubbio è in effetti legittimo, se si considera, quanto al primo, che la sentenza n. 13817/11 (est. Zanichelli) sembra negare radicalmente un controllo del Tribunale sulla fattibilità in qualunque ipotesi, stando ad affermazioni come le seguenti: *«il tribunale è **privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta**, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori»; «solo in caso di dissidio tra i medesimi (i.e. i creditori) 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».*

Le ultime due, invece [n. 18987/11 (est. Cultrera) e n. 18864/11 (est. Bernabai)], sembrano dire esattamente l'opposto.

E infatti si legge, nella sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera), che: *«uno sbilancio del fabbisogno»*, il quale si traduce in *«condizione ostativa alla realizzabilità del piano concordatario»* è riconducibile *«ad un'ipotesi d'impossibilità originaria del piano, suscettibile di determinare a sua volta l'impossibilità della proposta, in quanto tale rilevabile dal giudice nell'ottica della legittimità sostanziale dell'atto negoziale».*

Si tratta quindi di un orientamento assimilabile a quello che, appunto, si legge nella sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai)], secondo cui *«non v'è ragione di derogare ai principi generali in tema di **rilevabilità d'ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.)**»; «l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta» è «estranea alla sfera dell'autonomia soggettiva di giudizio» dei creditori, perché «non di rischio di vizio funzionale della causa» si tratta, ma «di vero e proprio **vizio genetico, accertabile in via preventiva** alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano - per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo - non rilevata ab initio nella relazione del professionista. In tal caso, il **difetto di veridicità dei dati non può essere sanato dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio**».*

Quanto al secondo dubbio, è però la stessa sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) a suscitarlo, laddove, quasi contrapponendo il caso in cui la non fattibilità si risolve in impossibilità dell'oggetto alle altre residue ipotesi in cui essa assuma

---

*quali immobili insanabilmente abusivi o soggetti a confisca penale)» oppure da «violazione di norme imperative».*

una diversa configurazione, da un lato definisce «*l'impossibilità dell'oggetto*» assumendo che essa è «*riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia... alcuna probabilità di essere adempiuta*»; e dall'altro definisce la fattibilità come «*mera prognosi di adempimento di obbligazioni immuni da vizi genetici, assunte sulla base di una situazione patrimoniale veritiera*», e avverte di conseguenza che la prima non deve essere confusa con la seconda, perché quest'ultima implica «*la normale alea inscindibilmente connessa con la valutazione di fattibilità di qualsiasi iniziativa economica*», e perciò «*non v'è dubbio che il suo apprezzamento spetti esclusivamente ai creditori, indipendentemente dall'eventuale disparere del giudice*».

Sta di fatto che – come rileva l'ordinanza interlocutoria - la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) è «*stata apprezzata anche dai commentatori come dissonante rispetto alla linea giurisprudenziale maggioritaria*».

Al di là della delicatezza e signorilità con cui tale distonia viene rappresentata dall'estensore dell'ordinanza interlocutoria, in realtà la distonia sottende un contrasto fortissimo, anche se non della stessa intensità che esso assume – come vedremo fra poco – nel confronto con le sentenze rese in tale ambito dalla giurisprudenza di merito.

Come osserva l'ordinanza di rimessione, le SS.UU dovranno dunque valutare anche le questioni che originano dalla sopra indicata dissonanza in punto di eventuale qualificazione della **non fattibilità quale impossibilità dell'oggetto**, ossia dovranno stabilire se solo entro questo limite, o **anche oltre**, il giudice è legittimato a sindacare il requisito della fattibilità, e, qualora non possa superarsi quel limite, in che senso debba accepirsi il concetto di impossibilità.

Infine, l'ordinanza pone in luce «*un'ulteriore ragione di distonia anche in ordine alla rilevanza che, nell'economia della proposta concordataria (e della sua fattibilità), oggi assume l'indicazione della percentuale dei crediti che si prevede possano essere soddisfatti*».

Anche in tal caso un forte contrasto è in effetti innegabile.

La sentenza di taglio più radicalmente restrittivo, la n. 13817/11 (est. Zanichelli), sostiene infatti :

*«l'impredicabilità, in linea generale, di un onere di indicare in ogni caso la percentuale di soddisfacimento dei creditori a fronte di una pressochè infinita gamma di possibili articolazioni della proposta di concordato e quindi delle possibilità di soluzioni che, anche coinvolgendo i creditori nella gestione dell'impresa attraverso l'attribuzione di quote di capitale, non consentono un'immediata quantificazione del risultato utile»; «quando, come nella fattispecie, il concordato proposto assuma la forma della cessione dei beni (...) nessuna specifica disposizione prevede espressamente l'onere di **indicare la percentuale di soddisfacimento** che, in esito alla liquidazione, i creditori otterranno».*

Al contrario la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) afferma su tale punto che:

*«la cessione di beni e le altre operazioni, anche di ingegneria imprenditoriale e societaria, contemplate dalla l. Fall., art. 160, costituiscono il mezzo e non il fine: onde, non possono essere disancorate dalla **promessa di un risultato utile conseguibile, precisato o implicito in una percentuale di soddisfacimento, senza il quale la proposta del debitore diverrebbe aleatoria in senso giuridico, pur a fronte dell'effetto esdebitativo certo della falcidia concordataria**».*

Queste, in definitiva, sono le ragioni di contrasto espressamente indicate dall'ordinanza interlocutoria.

Tuttavia è possibile rilevarne anche altre, all'interno delle stesse pronunce di taglio restrittivo, secondo un gradiente che vede nella pronuncia n. 13817/11 (est. Zanichelli), come si è detto, quella più radicale nel negare il potere di sindacato del Tribunale.

Infatti le stesse sentenze n. 21860/10 (est. Fioretti) e n. 3586/11 (est. Didone)<sup>4</sup>, che pure per prime hanno prospettato la tesi restrittiva, sembravano accogliere – anche se con qualche incertezza motivazionale – quanto meno l'orientamento propenso ad un controllo di **legittimità sostanziale** sulla relazione dell'esperto.

Nella sentenza 25 ottobre 2010, n. 21860 (est. Fioretti), ad esempio, si legge che: *«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**»,* poiché deve *«verificare che ... la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia **adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano**».*<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Deve precisarsi che la sentenza Cass. n. 3586/11 (est. Didone) si limita a riproporre pedissequamente e alla lettera la motivazione contenuta nell'antecedente sentenza Cass. n. 21860/10 (est. Fioretti), aggiungendo solo una notazione, quella secondo cui la possibilità di concessione di un termine di 15 giorni prevista dall'art. 162, primo comma, l.fall. non implicherebbe che il Tribunale possa valutare la fattibilità, ma solo la possibilità che il debitore offra un'informazione più completa.

<sup>5</sup> Questo riferimento ad un'**indagine più penetrante** di quella costituita dal mero riscontro documentale non significa però, come invece ipotizzato da Salvato (*Puntualizzazioni della corte di cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato preventivo*, in *Corriere Giur.*, 2012, 1, 39), che la Corte non intendesse sottrarre del tutto al giudice il potere-dovere di procedere ad un controllo in ordine alla veridicità. Tale deduzione è stata formulata in forza dell'affermazione contenuta nella pronuncia, secondo cui *"la veridicità dei dati da valutare al fine della manifestazione del consenso deve essere garantita **soprattutto dal commissario giudiziale**"*, dove l'avverbio "soprattutto" giustificerebbe l'idea che il Tribunale conservi un potere di controllo sul requisito. In realtà la Cassazione ha detto esattamente il contrario: *«L'attribuzione al commissario giudiziale del compito di mettere in condizione i creditori di esprimere in relazione alla proposta di concordato un consenso informato ed il fatto che allo stesso a tal fine sia richiesto l'espletamento di numerose indagini che possono richiedere anche l'ausilio di esperti, che richiederebbero al Tribunale,*

Anche la sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera) contiene incisi che lasciano supporre l'adesione a tale orientamento: «*La nozione di **regolarità** ... va insomma riferita alla **legittimità**, indubbiamente formale, ma anche **sostanziale** della procedura, che impone il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di **violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato**»; «L'accertamento del Tribunale, in ordine al risultato dell'apprezzamento espresso dal commissario riguardo a tale requisito, resta necessariamente perimetrato entro il limite dello **scrutinio di legittimità ammesso in fase di omologa**».*

Quanto alla sentenza "dissonante" n. 18864/11 (est. Bernabai), essa, pur affermando che il potere di indagine del Tribunale sulla fattibilità sussiste e che esso "**impinge al merito**", in alcuni incisi sembra però riproporre la tesi del controllo di legittimità sostanziale, come sembrerebbe fare intendere laddove assume che il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, «*nel delineare sotto questo profilo un giudice più interventista, ha dato nuova linfa alla tesi del controllo di **legittimità sostanziale***» soggiungendo che «*un'analisi anche del piano esecutivo che sorregge la proposta di concordato*» è doverosa, ma solo «*entro la soglia minimale (consueta, in tema di **valutazioni tecniche** extragiuridiche) della **non manifesta inadeguatezza, prima facie**, della relazione del professionista che ne accerti la fattibilità; fermo restando che la sede naturale per la verifica, funditus, della veridicità dei dati è la successiva relazione particolareggiata del commissario giudiziale, illustrata in occasione dell'adunanza dei creditori*». Non è dunque chiaro se la pronuncia proponga un franco **controllo di merito**, o quella sua versione – potremmo dire - un po' più ridotta, del cd. **controllo di legittimità sostanziale**.

Un ulteriore profilo di contrasto si rileva poi tra la sentenza n. 3274/11 (est. Zanichelli) e quella n. 18987/11 (est. Cultrera), nel punto in cui la prima esclude che il **curatore** possa considerarsi **parte sostanziale** e svolgere in tale veste **opposizione all'omologa del concordato fallimentare** (oltre che svolgere impugnazione), peraltro in ciò conformandosi ad un'altra analoga pronuncia emessa proprio in materia di concordato preventivo (la n. 10632/2007<sup>6</sup>), mentre

---

*se espletate in sede di ammissione al concordato, di effettuare una complessa, non prevista, istruttoria, porta ad escludere che il Tribunale, in detta sede, possa estendere il suo sindacato all'accertamento della veridicità dei dati aziendali».*

<sup>6</sup> Secondo la quale, nel caso in cui la sentenza dichiarativa di fallimento e di rigetto dell'omologazione del concordato preventivo sia riformata dalla Corte d'appello, non sono legittimati a proporre il ricorso per cassazione né il curatore, in quanto non era parte del precedente giudizio, né il commissario giudiziale, in quanto parte soltanto formale del procedimento di omologazione: «*Invero in sede di omologazione, il commissario giudiziale, pur dovendo partecipare necessariamente al procedimento, conserva la posizione giuridica di ausiliare del giudice, e non è portatore di specifici interessi da far valere, in sede giurisdizionale, in nome proprio o in veste di sostituto processuale. Detto commissario, pertanto, non è abilitato all'esercizio di azioni, nè, in particolare, è legittimato ad impugnare*

la seconda, tutt'al contrario, assume che **il commissario giudiziale possa proporre opposizione all'omologa e anzi abbia l'onere di farlo** se intenda investire il Tribunale del problema concernente la non fattibilità del piano, depositando specifica **memoria, redatta da un legale**, esplicitamente rivolta ad eccepire tale difetto («*Il commissario, organo necessario della procedura di concordato nel suo intero svolgimento, e contraddittore necessario nel giudizio di omologazione ... in tanto assume la veste di parte del procedimento di omologa, in quanto provveda alla propria formale costituzione, munendosi della rappresentanza tecnica ai sensi dell'art. 82 c.p.c., comma 3, e depositando, al pari delle altre parti, memoria con cui, rappresentando le ragioni che manifestino la volontà di opporsi all'omologazione, sottopone al tribunale contestazioni che postulano la presenza del difensore. Già presente nel giudizio, siccome tenuto a svolgere il suo tipico ruolo consultivo attraverso la relazione, se si limita al deposito del parere motivato, la cui acquisizione è indefettibile trattandosi di adempimento obbligatorio, non è necessariamente tenuto a costituirsi, restando per l'effetto non legittimato ad interloquire con le altre parti*»).

Inoltre, mentre nella pronuncia n. 13817/11 (est. Zanichelli) esplicitamente si sostiene che il Tribunale possa entrare **nel merito** della fattibilità in sede di omologa se vi sia **opposizione** di un creditore («*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*»), invece nella sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera) si svolgono al riguardo considerazioni alquanto sibilline e contraddittorie.

Da un lato si sostiene che il Tribunale possa sempre effettuare un controllo sulla fattibilità, giacché s'impone «*il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato*»; dall'altro, però, si afferma che «*la verifica della compiutezza e regolarità dell'informazione resa ai*

---

*la sentenza che, nell'ambito del giudizio di omologazione, cui si sia opposto un creditore (art. 180 L. Fall., comma 2), pronunci sulle operazioni di voto relative all'approvazione del concordato (Cass. 10.6.1992, n. 7152; cfr. anche Cass. 14.1.1987, n. 178). Il commissario giudiziale, infatti, non diviene parte in senso sostanziale (non essendo portatore di un interesse che lo abiliti all'esercizio di un'autonoma azione), ma ha veste di parte formale, in ragione delle funzioni tipiche del "collaboratore" della giustizia che anche in questa fase egli è chiamato ad adempiere. Il parere da lui manifestato al tribunale, anche se diretto all'adozione di una pronuncia favorevole o contraria alla omologazione, non integra comunque domanda giudiziale in senso tecnico. Da tale veste di parte del procedimento in senso formale deriva che il commissario non è portatore di un interesse sostanziale che lo legittimi a proporre ricorso per Cassazione».*

*creditori e del conseguente processo di formazione della loro volontà d'accettare quella condizione di rischio, adeguatamente rappresentata dal commissario, confermata dall'assenza di opposizioni, ha segnato, e in senso risolutivo, il limite del controllo del giudice, precludendo quel tipo d'indagine»* in sede di omologa.

Inutile dire che in tal senso si ha un profilo di evidente contrasto anche con la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai), che invece afferma il potere del Tribunale di sindacare la non fattibilità in ogni fase della procedura almeno quando essa si risolva in illiceità o impossibilità dell'oggetto o in violazione di norme imperative (*breviter*, in ipotesi di nullità sostanziali).

La stessa sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera), poi, a dispetto di tale supposta preclusione che si formerebbe per effetto del voto, ammette, come si è detto testè, che il commissario giudiziale ben possa sottoporre al Tribunale la questione di non fattibilità opponendosi all'omologa. Ma al tempo stesso anche tale affermazione sembra contraddetta da quella secondo cui sarebbe «**ancora inesplorata in questa sede di legittimità, la questione**» del se il Giudice possa perimetrare «**l'indagine consentita dall'art. 180, comma 4 in presenza d'opposizione al contenuto dell'opposizione stessa, invece di circoscrivere, in senso speculare ma opposto, il tema, pur proposto con l'opposizione, entro l'ambito dell'indagine consentita al giudice dell'omologa**». Tale ultima e ambigua frase, in apparenza, potrebbe voler significare che la S. Corte ancora non avrebbe avuto modo di stabilire se, pur proposta un'opposizione da parte di un creditore in punto di difetto di fattibilità, il Tribunale possa vagliare con pienezza di poteri tale difetto o sia invece costretto anche in tal caso a vagliarlo soltanto sotto il profilo della legittimità sostanziale con riferimento a violazioni di legge. Così letta, però, la sentenza si porrebbe sia in contrasto con l'affermazione secondo cui la votazione avrebbe efficacia preclusiva di una nuova valutazione sulla fattibilità (se infatti il voto preclude tale valutazione in quanto espressione del consenso dei creditori sulla preferibilità del concordato al fallimento anche quando il concordato stesso non è fattibile, tale preclusione non potrebbe che operare sempre, senza il rischio di caducarsi per effetto dell'opposizione svolta da un creditore che non sia d'accordo con gli altri), sia con le già dette pronunce che ammettono la possibilità di opposizione dei creditori in punto di fattibilità senza che il giudizio sia poi soggetto a limiti, in quanto in tal caso – si sostiene - «*il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito*» [così la sentenza n. 13817/11 (est. Zanichelli)].

In ultimo, merita evidenziare che la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai), laddove assume che il controllo del Tribunale sia sempre possibile ed identico in ogni fase del procedimento ai fini del rilievo del difetto di fattibilità *sub specie* di nullità sostanziali (illiceità o impossibilità dell'oggetto, violazione di norme imperative), si pone non solo in contrasto con la sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera) laddove esclude che al rilievo ufficioso ostino preclusioni formatesi

anteriormente («Nè vi sono ragioni plausibili per negare ingresso all'interno del giudizio omologatorio - che rappresenta il momento di cognizione piena della fattispecie concordataria - anche alla **disamina dei presupposti della sanzione revocatoria**: tra cui, **l'inesistenza delle condizioni prescritte dalla l. fall., artt. 160 e 161 per la sua ammissibilità**. Senz'alcuna necessità di un'artificiosa separazione di momenti di verifica, nè, tanto meno, **preclusioni maturate in ordine alla loro rilevabilità**»), ma offre un ulteriore contributo specificativo su altri due aspetti:

a) in ordine alla nozione di impossibilità dell'oggetto, assumendo che essa sia integrata quando, come nel caso di specie, si tratti di «**omessa considerazione nella proposta di concordato ... di un ingente credito vantato al rango privilegiato ... di radice causale anteriore alla proposta concordataria**» tale da alterare «*in radice l'ipotesi prospettata di soddisfacimento delle obbligazioni sociali su cui riposi l'affidamento del ceto creditorio ... e ciò, anche a prescindere dall'elemento psicologico sotteso all'omissione*»: il che val quanto dire che il mancato inserimento tra le passività da soddisfare di un credito privilegiato di importo tale che, se considerato, escluderebbe la possibilità di pagare anche solo in parte i chirografi (e quindi nemmeno per intero i privilegiati) va considerato oggettivamente, in sé e per sé, come ipotesi di non fattibilità per impossibilità dell'oggetto, senza che sia necessario stabilire se l'omissione sia frutto di una condotta fraudolenta; resta da stabilire però se, secondo la sentenza, la possibilità di sindacare tale vizio configuri un controllo di "legittimità sostanziale" o un controllo diretto "di merito", soluzione, quest'ultima, apparentemente più coerente con l'ammessa possibilità di desumere l'omessa indicazione della posta passiva da dati contenuti in atti (la documentazione contabile prodotta) diversi dalla relazione dell'attestatore;

b) in ordine al rapporto tra giudizio di omologa e procedimento di revoca *ex art. 173*, nel senso che ben potrebbe il Tribunale esaminare il difetto di fattibilità nel corso del primo senza la necessità di attivare in via autonoma e parallela il secondo procedimento, ciò che si tradurrebbe in «*un'artificiosa separazione di momenti di verifica*».

Come si vede, i profili di contrasto e di dubbio nella ricostruzione interpretativa della materia all'interno delle pronunce di legittimità esaminate sono ben più numerosi e articolati di quanto sarebbe sembrato *prima facie*.

Le SS.UU. dovrebbero esaminarli tutti, ma – beninteso - senza nemmeno potersi considerare vincolate dalle tesi finora (così contraddittoriamente) esposte in tali precedenti, poiché essi non fanno certo stato nella delimitazione del percorso argomentativo che il Supremo consesso dovrà orientare verso la soluzione (in assoluto) interpretativamente più corretta.

In altre parole, le SS.UU. non possono considerarsi vincolate ad affermare: o che il Tribunale non può svolgere mai alcun sindacato, nemmeno nel senso della legittimità sostanziale, o che può svolgerlo solo in questo senso, salvo a stabilire se nel concetto rientrano solo ipotesi di nullità sostanziale, o altre ipotesi diverse;

o che non può svolgerlo nella fase dell'ammissione, ma può svolgerlo invece nelle fasi successive (nel procedimento *ex art. 173 e/o* nel giudizio di omologa), o viceversa può svolgerlo solo prima e non dopo.

Le SS.UU., invece, potrebbero benissimo seguire anche l'altra via così tante volte prospettata nella giurisprudenza di merito, secondo cui la relazione dell'esperto è, non già una sorta di insindacabile certificazione fidefaciente, ma un semplice elaborato tecnico di ausilio alle valutazioni del Tribunale; di conseguenza quest'ultimo non ha ragione, di norma, di esaminare direttamente il merito della fattibilità se la relazione sia motivata in modo completo, coerente e razionale; quando invece non lo sia, ben può il Tribunale vagliare la sussistenza della fattibilità sulla base di ogni altro elemento informativo già acquisito o acquisibile mediante sommarie integrazioni istruttorie (nella fase dell'ammissione), disposte *ex officio* o anche su impulso del PM; a maggior ragione potrebbe svolgere tale indagine diretta in ogni successiva fase della procedura in ragione del nuovo materiale conoscitivo apportato vuoi dal commissario giudiziale - nel procedimento *ex art. 173* o nel giudizio di omologa -, vuoi dai creditori oppositori nel corso di quest'ultimo, essendo la fattibilità – in definitiva, null'altro che un **presupposto o un requisito o una condizione di ammissibilità**.

## 2. L'orientamento della giurisprudenza di merito.

### 2.1. Il controllo sulla fattibilità nella fase di ammissione.

Quello testè sinteticamente descritto appare in effetti l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Per la sindacabilità *ex officio* cfr. Trib. Firenze, 27 luglio 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), I, 7820, 24/09/2012; Trib. Monza, 10 luglio 2012, *ivi*, I, 770, 03/09/2012; Trib. Arezzo, 17 aprile 2012, in *Redazione Giuffrè* 2012; Trib. Siracusa 11 novembre 2011, *ivi*, 2011; Trib. Milano 28 ottobre 2011, in *Foro it.* 2012, 1, I, 136 (s.m.); Trib. Arezzo 25 agosto 2011, in *Redazione Giuffrè* 2011; Trib. Palermo 31 maggio 2011, *ivi*, 2011; Trib. Napoli 26 maggio 2010, *ivi*, 2010; Trib. Roma 20 aprile 2010, *ivi*, 2010; Trib. Tivoli 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 857; App. Bologna 15 giugno 2009, in *Corr. merito*, 2009, 1091; Trib. Milano 19 novembre 2008, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 79; Trib. Pescara 16 ottobre 2008, in *Giur. merito* 2009, 1, 125; Trib. Bari 25 febbraio 2008, in *Fall.*, 2008, 682; Trib. Roma 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 104; Trib. Palermo 18 maggio 2007, in *Fall.*, 2008, 75 ss.; Trib. Vicenza 27 febbraio 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2008; Trib. Pescara 28 dicembre 2006, in *Soc.* 2007, 1, 57; Trib. Torino 12 dicembre 2006, in *Fall.* 2007, 6, 685; Trib. Milano 2 ottobre 2006, *ivi*, 2007, 3, 331; Trib. Milano 6 luglio 2006, *ivi*, 2007, 1, 110; Trib. Salerno 4 luglio 2006, in [www.ipsoa.it/fallimento](http://www.ipsoa.it/fallimento); App. Bologna 30 giugno 2006, *ivi*, 2007, 470; Trib. Milano 30 giugno 2006, in *Fall.*, 2006, 1456; App. Bologna 27 giugno 2006, *ivi*, 2007, 6, 661; Trib. Milano 8 giugno 2006, *ivi*, 2006, 12, 1420; Trib. Sulmona 19 gennaio 2006, *ivi*, 2006, 5, 608; Trib. Monza 21 dicembre 2005, in [www.Trib.dimonza.net](http://www.Trib.dimonza.net); Trib. Bologna 17 novembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, 658; Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 222; Trib. Bologna 15 novembre 2005, in *Giur. comm.* 2006, 5, II, 891; Trib. Bari 7 novembre 2005, in *Fall.*,

Tuttavia è doveroso riconoscere che non solo esso spesso si presenta, nelle pronunce edite, con sfumature argomentative diverse, specie in rapporto alle diverse fasi della procedura, ma è poi anche contraddetto da alcune sentenze minoritarie<sup>8</sup>.

D'altra parte anche quelle, fra queste ultime, che avevano prospettato con maggiore frequenza, anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169/2007, la tesi iper-restrittiva secondo cui, nella fase dell'ammissione al concordato, il Tribunale dovrebbe svolgere solo una "spunta" documentale, non la ripropongono più ora, atteso che tale D.Lgs., com'è noto, ha eliminato la frase di apparente tenore limitativo introdotta nell'art. 163, primo comma, l.fall. dal D.L. n. 35/2005 conv. in L. n. 80/2005, in ragione della quale sembrava che il Tribunale dovesse limitarsi solo a "verificare la completezza e la regolarità della documentazione". Ed infatti, anche nella versione più limitativa, le pronunce minoritarie si associano ora quanto meno alla tesi propugnata da quelle sentenze della Cassazione che affermano la possibilità di un controllo di legittimità sostanziale.

In sostanza, la giurisprudenza di merito minoritaria ripropone pari pari l'orientamento di quella parte delle sentenze di legittimità [un po' meno restrittive della sentenza n. 13817/11 (est. Zanichelli)] che assumono comunque possibile un controllo del Tribunale, fin dalla fase di ammissione, in ordine alla completezza e correttezza motivazionale della relazione attestativa, reputando che ove questa non presenti tali caratteri occorra dichiarare inammissibile la proposta.

Tuttavia in tali pronunce minoritarie della giurisprudenza di merito il criterio d'indagine sulla "tenuta" della relazione attestativa presenta sfaccettature che nelle sentenze di legittimità non compaiono in modo altrettanto chiaro ed articolato.

Ad esempio, dalla motivazione di queste ultime [che, si ripete, diversamente dalla sentenza radicalmente restrittiva n. 13817/11 (est. Zanichelli), non escludono un potere di sindacato del Tribunale, ma lo circoscrivono nei limiti

---

2006, 1, 52; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, *ivi*, 2006, 56; Trib. Monza 17 ottobre 2005, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 22, 67; Trib. Monza 16 ottobre 2005, in *Giur. comm.* 2006, 5, II, 891; Trib. Pescara 13 ottobre 2005, in *Giur. Merito*, 2006, 654; Trib. Sulmona 6 maggio 2005, in *Fall.*, 2005, 793.

<sup>8</sup> La maggior parte delle pronunce che affermano la tesi minoritaria lo fanno peraltro solo con riferimento alla disciplina anteriore al D.Lgs. n. 169/2007; cfr. App. Firenze 29 maggio 2012, in [www.ilFallimentarista.it](http://www.ilFallimentarista.it); App. Roma 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 18; App. Torino 27 gennaio 2010, in *Fall.*, 2010, 497; Trib. Biella 10 febbraio 2011, in *Fall.*, 2011, 806; Trib. Milano 13 luglio 2006, *ivi*, 2007, 1, 110; Trib. Milano 17 marzo 2006, *ivi*, 2006, 6, 729; Trib. Torino 17 novembre 2005, *ivi*, 2006, 6, 691; Trib. Milano 7 novembre 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005; Trib. Pescara 23 marzo 2005, in *Fall.*, 2005, 705; Trib. Sulmona 19 gennaio 200, *ivi*, 2006, 5, 608.

della legittimità sostanziale], sembra emergere l'idea che **al Tribunale sia riservato un sindacato negli stessi termini in cui si esprime il controllo di legittimità che la stessa Cassazione svolge sulle sentenze dei giudici di merito**, sostituita ovviamente alle sentenze la relazione attestativa.

Posta tale premessa, ammesso che sia questo il senso da attribuire a tali pronunce, il Tribunale dovrebbe limitarsi (allo stesso modo in cui tale limite vale per il giudizio di cassazione quanto alle sentenze di merito impugnate) ad **esaminare solo l'atto-relazione attestativa**, senza potersi basare su **dati informativi extratestuali (ossia contenuti in documenti diversi dalla medesima relazione)**. Dovrebbe quindi valutare esclusivamente se l'attestazione resa in concreto dall'esperto sia idonea ad integrare quanto meno lo **schema minimo del modello legale**, da intendersi a sua volta quale **non apodittica verifica della "tenuta" del piano, argomentata in modo razionale, coerente, congruo e completo**. Pertanto se, ad esempio, come spesso accade, il Tribunale rilevasse dall'elenco dei creditori l'esistenza di un'ingente passività (tale da escludere, se contabilizzata ai fini del fabbisogno, la fattibilità) che né il debitore abbia compreso nel piano, né l'esperto asseveratore abbia considerato nella sua relazione, pur tuttavia non potrebbe basare su tale evidenza il giudizio di inidoneità della relazione, e dovrebbe quindi ammettere il debitore al concordato. Questa sembrerebbe in effetti la soluzione cui adducono le dette sentenze (relativamente restrittive) della S. Corte, anche se non può escludersi che, tra le maglie del loro periodare argomentativo spesso sfuggente, si nasconda invece una soluzione più elastica, propensa a considerare possibile il vaglio di legittimità sostanziale anche attraverso un confronto tra il contenuto della relazione attestativa e l'altro materiale documentale e contabile che il debitore deve produrre sin dall'inizio.

Tale possibilità sembra anzi implicitamente ammessa dalla sentenza 18864/11 (est. Bernabai), poiché con essa, come si è visto, è stato esaminato proprio un caso simile all'esempio testè fatto, un caso, cioè, in cui un Tribunale (di Bari) aveva rilevato l'omissione di un'ingente passività privilegiata **proprio sulla base di dati informativi diversi dalla relazione attestativa**.

Analoga possibilità di rilievo extratestuale viene chiaramente ammessa in svariate pronunce di merito che proclamano di conformarsi alla tesi del controllo di legittimità sostanziale. Esse finiscono quindi per ampliare la connotazione di senso in cui tale controllo può essere accettato, non essendo più limitato, cioè, al testo (e quindi alla motivazione) della relazione attestativa, ma essendo esteso anche ad altri dati informativi acquisiti o acquisibili *aliunde*.

Da notare peraltro che solo in questo senso più esteso la tesi non confligge con il testo dell'art. 162, primo comma, l.fall., laddove la norma contempla il potere discrezionale del Tribunale di disporre un supplemento istruttorio concedendo un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. In forza di tale espressa previsione, infatti, risulta confermato viepiù che il Tribunale possa fondare il suo giudizio su dati

informativi anche diversi ed ulteriori non solo rispetto alla relazione, ma anche rispetto a quelli già acquisiti con le altre produzioni documentali **originariamente** effettuate dal proponente.

È il caso peraltro di osservare che tale ampliamento della connotazione di senso si deve forse al fatto che le citate pronunce di merito, anche quando in premessa proclamano la loro adesione alla tesi restrittiva della Cassazione che ammette la sola possibilità di svolgere un controllo di legittimità sostanziale, lo fanno soprattutto per evitare un possibile annullamento in caso d'impugnazione, mentre poi, in pratica, effettivamente, comunque svolgono proprio quel sindacato diretto di merito sulla fattibilità che la Cassazione sembrerebbe voler negare.

Il che già fa comprendere, quanto meno sul piano degli inconvenienti, la debolezza intrinseca di questa tesi, essendo così facilmente aggirabile.

Essa si espone infatti a facili elusioni. Basta in definitiva che il Tribunale usi l'accortezza di motivare il decreto di inammissibilità non già sulla base del difetto di fattibilità *tout court*, ma sulla base della rilevata incompletezza e incongruità motivazionale della relazione attestativa per poter ragionevolmente scansare il rischio d'impugnativa per violazione di legge (intese quali violazioni del principio di diritto enunciato al riguardo dalla S. Corte).

Si tratta, in ultima analisi, di una lotta tra capacità retoriche: da un lato quella dell'esperto asseveratore e dall'altro quella del Tribunale. Ma è da credere che quest'ultima sia destinata di norma a prevalere, se non altro perché, se è vero che appare alquanto arduo definire incongruamente motivata una relazione che tale non sia, è invece molto più facile ravvisare un'incompletezza o insufficienza della motivazione. Basti riflettere sul fatto che assai difficilmente un esperto asseveratore può esaminare ogni possibile aspetto della contabilità aziendale e delle previsioni di piano, specie quando si tratti di imprese di ragguardevoli dimensioni, il che appunto dà il destro a possibili rilievi di omissione informativa.

Vi sono dunque scarse probabilità che sia riformato in appello (se emanato insieme ad una sentenza dichiarativa di fallimento) o annullabile in cassazione (se emanato senza la collaterale dichiarazione di fallimento) il decreto pronunciato da un Tribunale che, pur dopo aver disposto integrazioni istruttorie e dopo avere negativamente valutato in modo diretto nel merito la fattibilità, dichiarò inammissibile una proposta di concordato preventivo semplicemente sulla base del vizio .... di incompletezza motivazionale della relazione attestativa.

Ciò evidenzia come la tesi restrittiva sia anche tutt'altro che idonea ad instaurare prassi virtuose; al contrario, alimenta comportamenti meramente opportunistici.

L'esempio appena proposto rende però chiaro al tempo stesso come la soluzione un po' più avanzata che ammette l'esame da parte del Tribunale anche di dati informativi estranei alla relazione attestativa sia assai prossima, nei risultati

applicativi, alla tesi più estensiva che assume come possibile un controllo diretto di merito da parte del Tribunale.

Infatti proprio la possibilità di compulsare tali dati al di fuori di quanto è contenuto nella relazione attestativa consente di vagliare nel merito la fattibilità, mentre tale possibilità non ricorre se tale disamina extratestuale è preclusa.

La differenza sotto questo aspetto tra l'una e l'altra soluzione, tirate le somme, appare in effetti talmente evanescente da scomparire quasi del tutto nella sostanza, potendo apprezzarsi *de residuo* solo sul piano formale.

## **2.2. Il controllo sulla fattibilità nel procedimento di revoca ex art. 173 l.fall.**

Quasi unanime è invece l'orientamento giurisprudenziale di merito nel ritenere che il Tribunale possa *ex officio* svolgere un controllo diretto (di merito) sulla fattibilità quando si apra un sub-procedimento di revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall.

In tal caso, infatti, il Tribunale non è più comunque vincolato dal tenore della relazione attestativa, ma può contare sull'ulteriore materiale conoscitivo apportato dal commissario giudiziale, specie con la sua relazione ex art. 172 l.fall. (oltre che di quello eventualmente apportato dal PM e finanche, come taluno opina, dai creditori).

Tale controllo di merito non è neppure circoscritto agli atti fraudolenti che incidano negativamente sulla fattibilità, ma si estende anche agli atti non fraudolenti, stante il chiaro tenore letterale dell'ultimo comma della norma, laddove statuisce che le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche “... *se in qualunque momento risulta che mancano le **condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato***”.

Si tende infatti a ritenere che fra tali “condizioni” rientri anche la fattibilità, la quale dunque opera come uno dei fattori solo in presenza dei quali può disporsi l'ammissione, il che val quanto dire che essa opera come **condizione di ammissibilità** (o **requisito**, o **presupposto**, a seconda di quale termine sia considerato più appropriato: v. ad esempio l'art. 162, secondo comma, che parla di “presupposti”, rendendo ancor più chiaro che essi devono sussistere già al momento di presentazione della domanda).

Il rilievo del difetto di fattibilità può essere svolto *ex officio* poiché lo stesso art. 173 statuisce espressamente che il tribunale **apre d'ufficio** il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato quando il commissario giudiziale gli riferisce circa la ricorrenza di un'ipotesi di frode o di inammissibilità originaria o sopravvenuta.

Tale previsione è importante anche e proprio perché pone bene in evidenza il fatto che l'accertamento deve intendersi svolto d'ufficio anche qualora il Tribunale non rilevi *sua sponte* il difetto di una condizione di ammissibilità, fattibilità compresa, ma ne venga reso edotto dal commissario giudiziale. Il rapporto tra i due organi è dunque chiaramente strettissimo, e, qualunque sia la

ricostruzione preferita di tale nesso di relazione intersoggettiva e funzionale (derivazione di poteri, immedesimazione, collaborazione o che altro), esso è comunque tale da far scattare l'esercizio di poteri officiosi da parte del Tribunale.

### **2.3. Il controllo sulla fattibilità nel procedimento di omologazione.**

Altrettanto e forse ancor più plebiscitario è l'orientamento della giurisprudenza di merito favorevole a ritenere che il Tribunale possa svolgere un controllo diretto (di merito) sulla fattibilità, una volta radicato il procedimento di omologazione, non solo su impulso di un creditore opponente, ma anche *ex officio*.

Da notare che è proprio questo, a rigore, il tema posto specificamente ad oggetto della pronuncia delle SS.UU., giacché il caso concreto che ha dato luogo alla rimessione attiene appunto ad un rilievo svolto dal Tribunale in punto di difetto di fattibilità nel corso di un giudizio di omologa.

Anche in tal caso la premessa dell'interpretazione giurisprudenziale è la sussunzione della fattibilità tra le condizioni, o requisiti, o presupposti di ammissibilità.

Appartiene infatti alla precipua funzione di controllo del Tribunale valutare i requisiti di ammissibilità, e tale potere non può che essere **esclusivo** (il che significa che non può essere svolto dai creditori o che è irrilevante ciò che ne pensino i creditori), con la conseguenza che – quando esso adduca ad una valutazione negativa – ben può precludere l'esame della proposta da parte dei creditori e quindi la votazione.

Ma, trattandosi di un requisito di ammissibilità, non solo il Tribunale ha il potere di rilevarne la mancanza *ex officio* in sede di ammissione, ma può farlo sempre – anche *ex officio* – durante tutto il corso del procedimento, e quindi anche in fase di omologa.

Vero è, si dice, che oggi né l'art. 180, né l'art. 181 l.fall. specificano espressamente, come faceva invece prima quest'ultima norma, che il Tribunale deve riesaminare, oltre che la regolarità della procedura, anche i requisiti (o le condizioni) di ammissibilità, ma non può dubitarsi comunque che ciascun requisito di ammissibilità sia *a fortiori* anche un requisito di omologabilità, non potendo certo omologarsi un concordato che sia addirittura privo di un requisito o presupposto (o condizione) di ammissibilità.

In altri termini, tutti i requisiti o presupposti o condizioni di ammissibilità sono anche requisiti-presupposti-condizioni di omologabilità, anche se non tutti quelli di omologabilità sono requisiti-presupposti-condizioni di ammissibilità (come è a dirsi per la **convenienza**, sulla quale il controllo del Tribunale può svolgersi solo in fase di omologa e solo se ed in quanto venga proposta opposizione da un creditore legittimato a far valere il difetto di tale condizione); in ogni caso principi di economia processuale e di logica impongono di evitare l'assurdo per

cui debba giungersi alla fase esecutiva post-omologa del concordato affinché i creditori possano proporre domanda di risoluzione al fine di sanzionare un difetto di ammissibilità-fattibilità di cui il Tribunale si avveda già prima.

Si soggiunge poi che l'art. 173, ultimo comma, l.fall. prevede espressamente che se in **qualsunque momento** risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato il Tribunale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione. Ciò starebbe a dimostrare che il potere di rilievo officioso dei presupposti (o requisiti o condizioni) di ammissibilità non è soggetto al maturare di preclusioni endo-procedimentali, e conseguentemente non vi è alcun ostacolo alla possibilità di effettuare tale rilievo direttamente in sede di giudizio di omologa, potendo al più discettarsi del rapporto processuale in cui si ponga tale giudizio con l'eventuale procedimento di revoca *ex art. 173 l.fall.* pure contemporaneamente attivabile.

In definitiva, anche chi ritiene che al tribunale sia affidato, nella fase dell'ammissione alla procedura, solo un controllo di legalità sostanziale della relazione, reputa poi che il sindacato possa svolgersi come controllo diretto di merito sulla fattibilità nelle successive fasi della procedura e in particolare anche nel procedimento di omologa.

Appurato poi in premessa che anche gli accertamenti eseguiti dal commissario giudiziale ed esposti nella relazione *ex art. 172 l.fall.* integrano ipotesi di esercizio del potere di rilievo officioso da parte del Tribunale in ordine al difetto delle condizioni di ammissibilità, si reputa conseguente che analoga semplificazione inter-soggettiva si riproponga nel giudizio di omologa, di talché sempre *ex officio* il Tribunale potrebbe provvedere a rilevare tale difetto non solo quando se ne avveda *sua sponte* sulla base degli atti documentali acquisiti nel procedimento di omologa, ma anche quando esso emerga in particolare dal parere motivato che il commissario giudiziale deve depositare *ex art. 180, secondo comma, l.fall.*

### **3. Il sindacato sulla convenienza.**

Si è sopra fatto cenno al fatto che la convenienza, a differenza della fattibilità, che viene intesa quale presupposto di ammissibilità, viene unanimemente considerata, anche dalla giurisprudenza di merito, quale mera condizione di omologabilità.

A proposito della **convenienza** può pertanto dirsi, in estrema sintesi, che è ormai opinione comune che il controllo del Tribunale non **possa mai esercitarsi in sede di ammissione, ma solo al momento dell'omologa, e non *ex officio*, ma solo in presenza dell'opposizione di un creditore.**

Per i concordati promossi prima dell'entrata in vigore della legge n. 134/2012 di conversione del Decreto Sviluppo occorre, in particolare, che il creditore opponente sia – alla luce di quanto previsto dall'art. 180, quarto comma,

secondo periodo - un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente.

È però forse utile ricordare che l'originaria disciplina fallimentare del 1942 attribuiva esplicitamente al Tribunale, con l'art. 181, primo comma, n. 1, un potere di sindacato esercitabile *ex officio* anche sulla convenienza.

Stabiliva infatti tale norma che il tribunale doveva sempre valutare: “1) la **convenienza economica del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa**”.

Era il Tribunale, cioè, che, nell'interesse dei creditori, e sostituendosi ad essi, doveva stabilire se il concordato fosse o meno per loro conveniente, tenuto conto dei due previsti **parametri oggettivi** indicati dalla norma (**attività esistenti ed efficienza dell'impresa**), soprattutto svolgendo un raffronto – come usualmente si opinava - con il probabile esito dell'alternativa soluzione fallimentare. Non può sfuggire che, proprio il riferimento ai due suddetti **parametri oggettivi**, sottraeva il vaglio del Tribunale a **valutazioni di taglio soggettivistico**, allo stesso modo in cui il confronto con l'esito di un'alternativa liquidazione fallimentare conservava all'indagine un carattere quasi puramente aritmetico. Ciò, appunto, giustificava l'esercizio di un sindacato da parte del Tribunale pur con riguardo ad un profilo che, senza dubbio, impingeva nel merito economico e si poneva *border line* con le valutazioni più soggettive e discrezionali che i creditori – quali diretti interessati – avrebbero potuto alternativamente esprimere.

Con la riforma fallimentare di cui al D.L. 35/2005, l'art. 181 veniva però completamente rimodellato espungendosi il riferimento espresso al potere di sindacato del Tribunale sulla convenienza; al tempo stesso, però, si specificava, nell'art. 180, quarto comma, che tale potere avrebbe potuto esercitarsi nel caso di concordato con classi, ove – raggiunta la maggioranza dei crediti e delle classi - vi fossero state una o più classi dissenzienti.

Deve notarsi che la norma, pur così modificata, non limitava espressamente il potere di sindacato in questo caso ad una specifica opposizione, ma solo all'esistenza pura e semplice di classi dissenzienti; se ne è dedotto dunque che l'esame potesse effettuarsi ancora *ex officio*.

Peraltro il Tribunale avrebbe potuto **approvare** il concordato (così diceva la norma lasciando intendere che, ancora una volta, il Tribunale esercitasse un potere di approvazione sostitutivo di quello dei creditori) qualora avesse ritenuto che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti avrebbero potuto essere soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Si trattava del ben noto istituto del **cram down**, di derivazione anglosassone. In sostanza, si voleva che il potere di controllo del Tribunale, sia pure esercitabile *ex officio* anche sulla convenienza, ancorché limitatamente ai casi di dissenso rilevante, si risolvesse preferibilmente in senso favorevole alla proposta piuttosto che in senso opposto.

Come sappiamo, anche tale modifica è stata oggetto di successive ulteriori modifiche, la prima delle quali con il D.Lgs. n. 169/2007, che ha limitato il potere di sindacato sulla convenienza al solo caso in cui sia proposta opposizione da parte di un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente; in tal modo, dunque, su tale requisito il Tribunale non avrebbe più potuto esprimersi *ex officio*, ma solo su impulso di un creditore opponente con una legittimazione qualificata da un doppio dissenso, il suo e quello della classe di appartenenza. L'opposizione ai fini della contestazione della convenienza sembrava potersi applicare, di conseguenza, solo ai concordati preventivi in cui fosse prevista la suddivisione in classi.

Ciò ha indotto la maggior parte degli interpreti a ritenere che analoga opposizione non fosse possibile ove nessuna classe fosse stata prevista. Alcune voci – non dimeno - si sono sollevate per confutare motivatamente questa tesi restrittiva, assumendo che anche in assenza di classi sarebbe stato possibile per un creditore dissenziente chiedere al tribunale di valutare un difetto di convenienza, non ostandovi in effetti – tra l'altro - alcuna contraria disposizione, sì che il silenzio della legge su tale aspetto non avrebbe potuto interpretarsi come una preclusione implicita. Ma la tesi restrittiva ha comunque fatto presa, per quanto non fosse per nulla irresistibile.

Ora, infine, la legge di conversione del Decreto Sviluppo è intervenuta modificando ancora l'art. 180 l.fall.

Essa, in particolare, consente esplicitamente l'opposizione per ragioni di (non)convenienza anche nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, sia pure attribuendo ancora una volta una legittimazione limitata. L'opposizione può infatti essere proposta solo da creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

La convenienza resta perciò anche adesso una condizione di omologabilità il cui rilievo da parte del Tribunale è sempre *condizionato*: nel concordato con classi, alla opposizione di un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente, e nel concordato senza classi alla opposizione di tanti creditori titolari di almeno il 20% dei crediti ammessi al voto.

A prescindere da eventuali dubbi di costituzionalità su una disciplina così strutturata, che non possiamo certo esaminare in questa sede, ora sembra in effetti logico, alla luce dell'ultima modifica, che in nessun caso il Tribunale possa procedere *ex officio*, visto che l'attuale disciplina prevede espressamente un controllo del Tribunale conseguente solo all'opposizione dei creditori e quest'ultima è disciplinata con riferimento ad ogni tipologia di concordato (con o senza classi).

#### **4. Gli argomenti sviluppati nelle sentenze della S. Corte in cui si esprime il rilevato contrasto d'indirizzi.**

È giunto ora il momento, una volta dato atto in via sintetica dell'attuale stato dell'arte nella giurisprudenza di merito, di esaminare più analiticamente gli argomenti che sostengono i contrastanti orientamenti, per testare se e quali di essi siano effettivamente compatibili con la disciplina positiva.

#### **4.1. Esame critico degli argomenti. L'argomento ideologico.**

Secondo un'opinione che va facendosi via via più uniforme e condivisa, dovrebbero sempre considerarsi del tutto inconferenti gli argomenti di taglio sostanzialmente ideologico (che tali restano, cioè, anche quando simulano una natura teleologica).

In effetti, allo stesso modo in cui talora si rinviene in alcune delle sentenze di merito favorevoli alla tesi più estensiva qualche riferimento all'immutata natura pubblicistica del concordato preventivo come puntello sulla cui base vengono valorizzati i poteri di controllo officiosi del Tribunale, un argomento di questo tipo, sebbene in senso diametralmente opposto, risulta ancor più utilizzato nelle già citate sentenze restrittive della S. Corte, laddove esse fanno costante riferimento alla natura (prevalentemente) privatistica o finanche contrattualistica del concordato preventivo per derivare da tale premessa la conclusione circa la pretesa necessità di limitare i poteri di controllo del Tribunale.

Già la prima sentenza che ha dato il via al trend restrittivo - Cass. n. 21860/10 (est. Fioretti) - assume ad esempio che dal dettato normativo *«si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori»*.

Questa impostazione si rinviene tal quale anche nella replicativa Cass. n. 3586/11 (est. Didone), in Cass. n. 13817/11 (est. Zanichelli) ove pure viene fatto espresso richiamo alla prima, e infine in Cass. n. 18987/11 (est. Cultrera), anche se in tale ultima pronuncia viene attutita dalla considerazione, indubbiamente vera, che il profilo pubblicistico e quello privatistico, immanenti alla procedura, non si escludono a vicenda; si enfatizza tuttavia, anche in tale pronuncia, il ruolo svolto dalla votazione dei creditori: *«momento centrale della procedura nel suo complesso è l'adunanza dei creditori, al quale l'impianto rimodulato dalle riforme intervenute conferisce ruolo decisivo e di massima responsabilità, e che riscontra in parallelo, nell'ambito indicato, la restrizione del potere d'intervento del giudice che ad esso si correla nella visione, prevalentemente ma non esclusivamente privatistica della procedura, contraendone l'ambito del controllo di garanzia»*.

Ebbene, se nessun rilievo, al fine di risolvere il problema sul potere di sindacato del Tribunale in ordine alla fattibilità, può attribuirsi alle sentenze di merito quando fanno perno sulle disposizioni che più sembrano dare peso alla funzione pubblicistica del concordato, nessun rilievo dovrebbe analogamente attribuirsi alle sentenze di legittimità che enfatizzano il profilo contrattual-privatistico.

In primo luogo perché, com'è stato lucidamente osservato, la disciplina positiva dell'istituto dimostra come esso è, e resta ancora, in realtà, un *mixtum compositum* di entrambi tali caratteri, il che potrebbe tutt'al più giustificare interpretazioni variabili ed "eclettiche"<sup>9</sup>, basate nei diversi casi, qualora il dato normativo sia dubbio, sul profilo o sulla finalità che nella singola norma o nella singola fattispecie appaia prevalente, fatta salva la possibilità – se in concreto sussistente - di contemperare gli interessi contrapposti<sup>10</sup>. Nella tematica in oggetto, però, sarebbe forse miglior partito eliminare completamente tutti i possibili richiami a tali profili, visto che finora essi sono serviti solo a confondere le acque provocando un conflitto meramente ideologico tra opposte tifoserie.

In secondo luogo, perché la prevalenza del profilo privatistico (come di quello pubblicistico) è francamente indimostrabile, tanto che le citate sentenze della Cassazione in realtà non lo dimostrano affatto e nemmeno si peritano di farlo

---

<sup>9</sup> Cfr. Cass., SU, 18/5/2009, n. 11396, secondo cui: «*non sembra ne' necessario ne' utile interrogarsi in via generale, ancora una volta, sulla natura giuridica del concordato preventivo, sui suoi caratteri spiccatamente contrattuali o, viceversa, sugli interessi di natura pubblicistica che esso sarebbe prevalentemente destinato a soddisfare. Per risolvere i problemi che, di volta in volta, possono porsi nell'attuazione di singole norme o di plessi normativi concernenti tale istituto sembra assai più produttivo un approccio maggiormente eclettico, che tenga conto di come il concordato, non diversamente del resto da molte altre figure giuridiche presenti nel diritto concorsuale (e non solo in quello), sia senza alcun dubbio saldamente radicato nel diritto dei privati, derivando da un atto di innegabile natura negoziale, ma possa anche risultare idoneo a riflettersi su una gamma più vasta e diffusa di interessi, per ciò stesso colorandosi di quelle connotazioni, almeno vagamente pubblicistiche, che danno ragione della sua collocazione in un ambito procedimentale giudiziariamente controllato. Si tratta allora di valutare, a seconda delle situazioni, se la soluzione del problema dato sia ragionevolmente influenzata dall'una o dall'altra delle suaccennate polarità - tra le quali d'altronde lo stesso legislatore sembra spesso oscillare - ed in qual misura quindi sia lecito avvalersi di argomenti giuridici di stampo schiettamente civilistico, o si debba invece privilegiare differenti logiche legate alla specificità del fenomeno concorsuale ed alla più vasta area di interessi in esso generalmente coinvolti».*

<sup>10</sup> «*Il potere del giudice di intervento eteronomo sull'equilibrio contrattuale deve essere valutato non più in chiave di eccezionalità, bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata*»: questo afferma la stessa S. Corte affermando la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva (cfr. la sentenza Sezioni Unite 13 settembre 2005 n. 18128). Com'è stato da più parti evidenziato, la pronuncia si muove in una prospettiva di adeguamento ai principi costituzionali e di rinnovata concezione dell'autonomia contrattuale, partendo da una corretta interpretazione dell'art. 1322 c.c., norma che, nel riconoscere ai privati la libertà di determinazione del contenuto negoziale, impone, comunque, il rispetto dei limiti legali. Pertanto, applicato tale criterio alla clausola penale, l'interesse tutelato mediante il potere di riduzione non è a favore di una sola parte, ma dell'ordinamento nel suo complesso, potendo una penale eccessivamente onerosa tradursi in abuso del diritto, che è necessario scongiurare con un intervento del giudice *ex officio*, senza la mediazione della domanda di parte.

[nemmeno la sentenza capostipite n. 21860/10 (est. Fioretti), che si limita ad un pedissequo e superfluo richiamo delle norme in cui si compendia la disciplina del concordato], visto che, piuttosto, i vari interventi di riforma si sono succeduti secondo la **legge del pendolo**, periodicamente ora restringendo ora estendendo l'area di intervento tutorio del Tribunale. La stessa sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) correttamente ha evidenziato, a questo proposito, come il legislatore, con il D.Lgs. n. 169/2007, abbia disegnato un “**giudice più interventista**”, ma anche il Decreto Sviluppo, per ultimo, ha ulteriormente marcato, come vedremo, tale carattere, attribuendo al Tribunale vasti poteri autorizzatorii dal cui esercizio dipende anche, direttamente, la stessa fattibilità del concordato.

Infine, perché da siffatti postulati ideologici non può trarsi alcuna utile inferenza, essendo ben più produttivo per l'interprete valorizzare il senso letterale e logico del dato normativo positivo.

Basti osservare al riguardo che se ci si libera dall'effetto “slogan” prodotto dall'acritica e ormai trita asserzione secondo cui il concordato riformato avrebbe una prevalente natura contrattualistica, ci si avvede di come lo stesso riferimento alla “centralità della votazione” quale presunto fondamento di tale natura possa semmai giocare un ruolo interpretativo in senso diametralmente opposto.

Potrebbe infatti attribuirsi al concordato una prevalente natura contrattualistica se una votazione a maggioranza non vi fosse, poiché essa esprime, appunto, il principio maggioritario e non il principio unanimitario, solo nel quale si inverte l'essenza contrattualistica.

Come puntualmente è stato rilevato nella sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai), il concordato preventivo semplicemente **non è ...un contratto**: esso si perfeziona, infatti, non in forza del semplice ed unanime consenso dei creditori, ma sulla base di un consenso espresso a maggioranza e solo in presenza di requisiti di garanzia dei creditori (e dei terzi) che operano o come presupposti di ammissibilità o come condizioni di omologabilità, aspetti sui quali esprime il suo giudizio il Tribunale con competenza esclusiva.

In tal senso **il concordato è certamente qualche cosa di meno del contratto, ma anche qualche cosa di più**, perché proprio la presenza di controllo dell'organo tutorio consente che il concordato espanda i suoi effetti anche oltre la cerchia dei creditori consenzienti, obbligando alle condizioni della proposta anche i creditori dissenzienti, quelli che non vogliono votare, quelli che non possono farlo (art. 177: privilegiati capienti non rinuncianti né postergati, coniuge del debitore, parenti ed affini fino al quarto grado, cessionari e aggiudicatari del loro credito da meno di un anno prima della proposta di concordato), i creditori inerti e quelli pretermessi. Dinanzi a tale ampia categoria di creditori, che potremmo definire sinteticamente “estraniati”, non è nemmeno necessario ipotizzare che, in generale, il concordato produca effetti anche verso una non meglio predeterminabile categoria di terzi estranei o del mercato per giustificare la necessità di un controllo tutorio del Tribunale.

D'altra parte, se è certamente vero che le leggi di riforma hanno reso più facile il raggiungimento della maggioranza utile per l'approvazione del concordato modificando le regole in tema di *quorum*, il sistema di votazione a maggioranza non è però cambiato nella sua essenza, e pertanto non si comprende perché non fosse prima il “*momento centrale della procedura nel suo complesso*” e lo sia divenuto adesso, ovvero perché non avesse attitudine prima, nel vigore delle norme del '42, a rendere il concordato una procedura prevalentemente contrattualistica, e dovrebbe invece spiegare tale attitudine oggi.

Si può anzi affermare che vi è un rapporto inversamente proporzionale tra potere deliberativo della maggioranza dei creditori e la pretesa natura contrattualistica del concordato. Infatti, più s'introducono norme che rendono facile il raggiungimento del *quorum* deliberativo, meno il concordato può esprimere una natura contrattuale, visto che il consenso dei singoli perde progressivamente rilievo. Ciò è del resto evidente se l'approvazione della proposta si fa dipendere non da un consenso unanime e nemmeno da una quantità di consensi tendenzialmente quanto più vicina all'unanimità, ma piuttosto da regole che propiziano il formarsi di una maggioranza con finzioni e presunzioni che sostituiscono alla volontà reale dei creditori una volontà attribuibile tutt'al più alla legge.

Si pensi ad esempio alla modifica dell'art. 178 l.fall. ora introdotta dalla legge di conversione del Decreto Sviluppo, secondo cui i creditori che non hanno esercitato il voto in adunanza e non hanno fatto pervenire il proprio dissenso nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale si ritengono consenzienti (silenzio-assenso).

La norma (si badi, però, che solo di questa stiamo ora parlando) può senza dubbio considerarsi espressione *in parte de qua* del *favor* del legislatore per la soluzione concordataria, ma non certo prova della natura contrattualistica (e nemmeno privatistica) del concordato, visto che l'approvazione della proposta appare affidata ormai in larga misura ad una *fictio*, ossia ad un criterio di formazione della maggioranza non reale ma presuntivo, e tra i più lontani dall'ottica unanimità del consenso. Non autonomia delle parti, dunque, ma semmai elevato tasso di eteronomia in questo caso (funzionale alla soluzione concordataria *tout court*, ovvero all'interesse prevalente del solo debitore), perché è in sostanza il legislatore, dall'alto, a imporre una valutazione artificiale delle condotte, trasformando il disinteresse, l'inerzia o il dissenso tacito dei creditori in una forma di consenso presunto.

L'esempio dimostra chiaramente come sia sempre molto pericoloso affrontare l'interpretazione delle norme positive sulla base di preconcetti ideologici, che spesso ribaltano la logica sottesa all'operare delle norme stesse, e sono comunque sempre opinabili e controvertibili.

È giocoforza dunque concludere sul punto che non ha più alcun motivo di essere ripetuta – semmai l'abbia avuto in passato – la trita argomentazione basata sulla

natura prevalentemente contrattualistica del concordato e/o sulla centralità della votazione come suo fondamento.

In ogni caso sta di fatto – si ripete - che il concordato preventivo comunque non è un contratto, perché la legge non richiede un consenso unanime per l'approvazione della proposta. Ciò fa scattare la necessità di un meccanismo idoneo a controbilanciare il difetto di un integrale consenso, e questo meccanismo è costituito, in generale, dal sindacato di controllo esercitato dal Tribunale sui presupposti di ammissibilità (e poi sulle condizioni di omologabilità) e, più in particolare, sulla fattibilità, controllo che a sua volta viene svolto con l'ausilio della relazione resa da un esperto.

Beninteso: non che un contratto potrebbe restare valido se prima della sua stipula fosse acquisita dai contraenti un'attestazione di inattuabilità - intesa in senso oggettivo – resa da un'autorità terza ed indipendente. Non basterebbe infatti il consenso espresso dai contraenti, che pur fossero consapevoli dell'inattuabilità oggettiva del programma negoziale e condividessero tale previsione, per conservare validità al contratto, mancando in tal caso comunque una sua valida **causa economico-giuridica**. La S. Corte in alcune delle già dette pronunce sembra far cenno a tale evidenza quando ipotizza una nullità assoluta della proposta concordataria per quel vizio genetico costituito dall'impossibilità dell'oggetto (1325, 1346 c.c.), come tale rilevabile *ex officio* dal giudice (*ex art.* 1418 c.c.). E forse nemmeno si sbaglierebbe a parlare ancor più in generale di nullità (sia genetica che funzionale) della causa, giacché da un lato l'irrealizzabilità oggettiva (e già conosciuta *ex ante*) del programma negoziale senza dubbio priverebbe il contratto della sua causa e tale difetto non potrebbe certo integrarsi o supplirsi mediante il consenso dei contraenti, e, dall'altro, un vizio altrettanto assoluto refluyente sulla causalità negoziale potrebbe ravvisarsi quando fossero già *ex ante* conosciute situazioni anche di soggettiva impossibilità di realizzare il programma negoziale.

Il che ci aiuta anche a comprendere perché non abbia nemmeno alcun senso asserire che l'approvazione della proposta di concordato in sede di votazione dei creditori sia idonea a precludere qualunque indagine sulla fattibilità, perfezionando il concordato. Se infatti nemmeno un consenso unanime, nemmeno un contratto fra privati, potrebbe produrre tale effetto, rendendo valido un contratto privo di causa (in quanto oggettivamente irrealizzabile), a maggior ragione non è ipotizzabile che esso si produca come conseguenza di una votazione espressa a semplice maggioranza.

Inconferente è quindi sostenere che non sarebbe necessario alcun controllo sulla fattibilità perché prima della votazione non vi sono creditori di maggioranza o creditori di minoranza da tutelare, o che tutti si trovano nella stessa condizione e che occorre solo che siano effettivamente e adeguatamente informati: infatti non esiste un consenso, per quanto informato, che possa sanare un difetto assoluto di validità sussumibile come impossibilità dell'oggetto o come mancanza di causa. Ed è di questo che si tratta, in realtà, quando si parla di difetto di fattibilità,

dovendo evitarsi l'equivoco di considerarla invece come qualche cosa di soggettivo, quasi che attenesse alla volontà o alla disponibilità soggettiva all'adempimento da parte del debitore e non invece, come deve piuttosto più appropriatamente intendersi, all'oggettiva sostenibilità economica della proposta e del piano, secondo le modalità e i tempi di adempimento, alla stregua dei mezzi posti a servizio di tale programma adempitivo.

L'insanabilità di un contratto nullo per impossibilità dell'oggetto o perché privo di causa per la sua oggettiva irrealizzabilità riguarda dunque sia il contratto, che il concordato, ma la differenza è proprio laddove solo per quest'ultimo la legge esige quel controllo preventivo di un'autorità terza sulla fattibilità che non esige invece per il primo. E non perché, evidentemente, nel contratto il consenso dei contraenti possa sanare un difetto radicale della causa, ma solo perché esigere il medesimo procedimento di garanzia per ogni patto tra privati intralcerebbe i traffici negoziali fino a paralizzarli del tutto. Per tale motivo la legge non esige per i comuni contratti analoga cautela, ma certo non vieta a ciascun contraente di svolgere tutte le indagini del caso per verificare prima della stipula non solo se la controparte sia affidabile, e quindi se ragionevolmente sarà disposta ad adempiere, ma ancor prima se il programma negoziale sia oggettivamente fattibile, realizzabile, sostenibile. In questo caso è semmai un onere per la parte diligente acquisire preventivamente tali elementi di valutazione, in ciò esprimendo, ancor prima di formulare la vera e propria accettazione della proposta, la sua responsabilità e libertà volitiva.

È chiaro però che le cose cambiano quando un soggetto-imprenditore, dopo aver già concluso una molteplicità di accordi negoziali, si rivolga a tutti i suoi creditori-controparti ammettendo, auto-dichiarando lui stesso, di essere in crisi o in stato di insolvenza, e di non poter quindi onorare nei termini originariamente previsti le sue obbligazioni.

In tal caso, dinanzi a questo cattivo pagatore, e dinanzi alla pluralità delle sue controparti, la legge appresta un mezzo che al tempo stesso consente al primo di pagare meno di quanto dovrebbe, o in tempi più dilazionati, o sostituendo un altro debitore a sé o un bene con un debito, e ai secondi di decidere se accettare o meno questa "ristrutturazione" del debito. Questa decisione/approvazione viene però compressa nei limiti del principio maggioritario (se si vuole, forse proprio perché ci si trova dinanzi ad una pluralità non predeterminabile di partecreditori e per rendere quindi più agevole e semplificato l'iter di approvazione) e proprio per tale ragione (oltre che per il fatto di trovarsi dinanzi ad un cattivo pagatore confesso) si esige quella cautela procedimentale – la produzione di un'attestazione specifica di fattibilità ed un controllo tutorio del Tribunale - che non è richiesta nei comuni rapporti contrattuali fra privati.

Ne risulta con ciò ulteriormente e comunque confermata l'irrilevanza di qualunque impostazione pregiudiziale finalizzata a ridurre il concordato in termini di contratto.

#### 4.2. L'argomento che nega alla fattibilità il carattere di presupposto di ammissibilità.

È invece certamente pertinente ai fini della soluzione della problematica in esame, la *querelle* processualmente pregiudiziale sul se, la fattibilità, sia o meno presupposto o requisito o condizione di ammissibilità.

In effetti è questo il punto processuale dirimente, la chiave di volta per la soluzione del problema, e al riguardo le SS.UU. dovranno certamente assumere una posizione netta e definitiva.

*Ça va sans dire* che la sentenza iper-restrittiva della S. Corte n. 13817/11 (est. Zanichelli) nega in radice che la fattibilità sia un presupposto di ammissibilità, mentre le sentenze di merito che formulano senza riserve la tesi estensiva affermano che lo sia.

Secondo la prima, conseguentemente, il Tribunale non potrebbe rilevare il difetto di fattibilità nemmeno con il procedimento di revoca attivato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 173, proprio perché tale norma consente solo il rilievo della mancanza delle “*condizioni prescritte per l'ammissibilità*”, e se tra queste non fosse compresa – in ipotesi - la fattibilità, ne deriverebbe che essa non potrebbe essere oggetto di rilievo officioso nemmeno *ex art. 173*. La stessa soluzione si ripropone poi anche quanto al giudizio di omologa, ammettendosi tuttavia che il Tribunale possa in tal caso entrare nel merito della fattibilità se vi sia l'opposizione di un creditore.

Il motivo principale posto a base di questa tesi è che: «*il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori*».

La sentenza quindi trasforma la fattibilità in un requisito di perseguibilità (difetto di veridicità rilevabile dal Commissario) o di omologabilità limitata (difetto di fattibilità denunciata con opposizione da un creditore). Non spiega come mai l'art. 162 richieda di valutare tutti i presupposti contemplati dagli art. 160 e 161 senza altra limitazione, considerandoli tutti requisiti di ammissibilità.

Le richiamate pronunce di merito, tutt'al contrario, reputano che il difetto di fattibilità sia sempre rilevabile *ex officio* proprio perché la fattibilità è un presupposto di ammissibilità, e ravvisano nell'ultimo comma dell'art. 173 una chiara conferma di tale soluzione.

Come si collocano in questa dialettica le altre sentenze della S. Corte?

Il quadro, come già detto, è variegato.

Le sentenze che sembrano ammettere un controllo di legittimità sostanziale non possono negare che, se non la fattibilità in sé, quanto meno una relazione attestativa motivata in modo completo e congruo sia presupposto di ammissibilità.

Lo si desume chiaramente dal fatto che tali pronunce fanno derivare da una relazione non adeguatamente motivata il potere del Tribunale di dichiarare *de plano* inammissibile la proposta.

La sentenza n. 21860/10 (est. Fioretti), ad esempio, espressamente censura nel caso di specie proprio la formula dispositiva del decreto impugnato, per avere il Tribunale disposto il **rigetto** della domanda; esso avrebbe cioè utilizzato «*una formula impropria, che in realtà è una **pronuncia di inammissibilità***». D'altra parte la sentenza si riferisce al giudizio che il Tribunale svolge al momento dell'ammissione parlando proprio – con una sintomatica traslazione - di «*giudizio di ammissibilità*», e da ciò traspare chiaramente il convincimento della S. Corte circa il fatto che il Tribunale comunque in tale sede si esprima anche sulla fattibilità in termini di ammissibilità/inammissibilità, solo che, come si è rilevato, tale valutazione non viene riferita alla fattibilità in sé, ma piuttosto alla relazione che ne attesta l'esistenza.

Analoga idea sembra orientare anche le sentenze n. 18987/11 (est. Cultrera) e n. 18864/11 (est. Bernabai), anche se poi esse tendono a svincolarsi dall'alternativa ammissibilità/inammissibilità, di carattere essenzialmente processualistico, preferendo far capo alla categoria delle nullità sostanziali o comunque della violazione di legge. Il riferimento all'impossibilità dell'oggetto è sintomatico di questo diverso approccio, che però resta, in definitiva, almeno in parte elusivo, laddove non si preoccupa comunque di risolvere in modo netto il dubbio sulla qualificazione della fattibilità come requisito o presupposto di ammissibilità, e anzi sembra sottendere l'idea che meglio sia non discorrere affatto di inammissibilità, quanto piuttosto conservare al Tribunale il potere di esaminare la proposta o il piano nei casi in cui sia rilevabile una nullità (assoluta) sostanziale.

In ciò, in definitiva, sembrerebbe dare il suo massimo la tesi che vuole il controllo del Tribunale limitato alla legittimità sostanziale, ossia ad un raffronto della proposta e del piano con le norme di diritto sostanziale: proposta e piano dovrebbero risultare conformi a legge, ed essere perciò legittimi, assumendosi come parametro di legittimità le norme di diritto sostanziale, che, a loro volta, stringi stringi, si identificano con le norme codicistiche sui (requisiti essenziali dei) contratti (in generale).

Ma tale impostazione lascia residuare alcuni indegradati residui.

La sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera), ad esempio, appare finanche contraddittoria in sé stessa, come si è prima rilevato, laddove, da un lato, sostiene che le violazioni di legge devono essere sanzionate sempre dal Tribunale e non possono trovare copertura nella votazione dei creditori, mentre, dall'altro, esclude che il Tribunale possa provvedere in tal senso dopo che la votazione si sia svolta con esito favorevole. Eppure dovrebbe essere chiaro che una nullità del genere non potrebbe certo mai essere sanata da una approvazione a maggioranza e valicare la soglia dell'omologazione, se si parte dall'idea che sia una nullità assoluta.

Quanto poi all'idea che per valutare la legittimità della proposta e del piano occorra effettuare un confronto con norme di diritto sostanziale, non si vede

francamente che differenza vi sia rispetto alla tesi che assume sempre possibile quel controllo di merito che viene normalmente affidato al giudice del fatto.

Nessuno, infatti, ha mai sostenuto che tale controllo, in relazione alla fattibilità, possa estendersi al merito economico inteso come profilo suscettibile di una valutazione meramente soggettivistica, o addirittura alla disponibilità soggettiva del debitore all'adempimento della sua promessa, assumendosi piuttosto che la fattibilità implichi una **valutazione tecnica ed oggettiva di sostenibilità** del piano secondo criteri razionali, alla luce dei mezzi posti dal debitore a servizio del programma adempitivo.

Semmai è la S. Corte ad equivocare su tale aspetto, come dimostra ad esempio laddove, si veda la sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera), discetta di *«uno scrutinio sul merito della scelta soggettiva ed individuale dei creditori, intendendosi tale la realizzabilità del piano»*, con ciò rendendo evidente il pregiudizio soggiacente sul senso della nozione di fattibilità, inaspettatamente ridotta ad un'opzione soggettivistica.

Infine, la tesi restrittiva potrebbe anche reputarsi condizionata da un'idea soggiacente di carattere deviante: che i presupposti o requisiti di ammissibilità, cioè, debbano riguardare solo la domanda, e non la proposta e il piano. L'illazione è giustificata dal fatto che altrimenti non si comprende la ritrosia a risolvere la questione sul piano più semplice ed immediato della ammissibilità/inammissibilità. Ma se così fosse, dovrebbe subito smentirsi la fondatezza di un'ipotesi interpretativa siffatta, che sarebbe chiaramente erronea.

Basti osservare, sul piano letterale e logico, che l'art. 162, laddove al secondo comma prevede che il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli artt. 160, commi primo e secondo, e 161, dichiara inammissibile la proposta di concordato, si riferisce appunto alla **“proposta” (quale atto sostanziale) come oggetto della declaratoria di inammissibilità**, e non alla domanda (quale veicolo processuale della proposta).

La stessa legge, dunque, sembra indicare che l'esame del Tribunale in termini di ammissibilità va condotto sulla proposta.

Tuttavia tale riferimento lessicale, se non rende dubbio che l'esame del Tribunale in termini di ammissibilità vada condotto sulla proposta, non può considerarsi in ciò stesso esaustivo e completo. Infatti ciò che fa testo per stabilire quali siano i presupposti di ammissibilità è piuttosto il rinvio fatto dall'art. 162, secondo comma, agli artt. 160 e 161, norme in cui appunto, secondo l'art. 162, vanno individuati i presupposti di ammissibilità.

Ebbene, non è un caso che l'art. 160 sia rubricato **“Presupposti per l'ammissione alla procedura”** e che consideri tali i requisiti della **proposta e del piano** (*«L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere...»*) e che l'art. 161 sia rubricato a sua volta **“Domanda di concordato”** disciplinando i requisiti che la domanda deve avere **“per l'ammissione alla procedura”**.

L'una e l'altra norma, dunque, contemplan – secondo l'indicazione data dalla stessa legge nell'art. 162, secondo comma - presupposti o requisiti di ammissibilità, e per quanto l'interprete possa non concordare sulla pertinenza o correttezza dell'inserimento di alcuni elementi fra tali requisiti e presupposti o della suddivisione tra presupposti o requisiti attinenti da un lato alla proposta e al piano (art. 160), e dall'altro alla domanda (art. 161), non può in ogni caso negare quest'evidenza.

E siccome anche alla fattibilità l'art. 161 si riferisce, non è congruente cercare di traslare il problema del sindacato su di essa su un piano diverso da quello dell'ammissibilità, o fingere addirittura che la questione non si ponga in questi termini.

Come si vede, dunque, il quadro è caratterizzato da un'elevata e diffusa confusione, sia quanto a premesse, che quanto a conseguenze logiche.

Vediamo allora se è possibile, sulla scia delle brevi osservazioni che precedono, fare ancora un po' di chiarezza.

Cominciamo con il riprendere il discorso sulla nullità sostanziali.

Il riferimento ad esse va ad evocare ragioni di vizio dell'atto che precedono la sua innervazione nel processo e tendono a traslare l'indagine sul piano contrattualistico anche quando questo tipo di approccio – come nella sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) - viene considerato improprio in ragione dell'irriducibilità del concordato al contratto.

Forse la finalità che ispira tale impostazione sta però proprio nel timore che non sia agevole affermare il potere di controllo del Tribunale sulla fattibilità qualora essa non potesse considerarsi quale presupposto di ammissibilità. Tuttavia il timore non ha fondamento, come abbiamo visto, e quindi non è affatto necessario, come ora ulteriormente si constaterà, seguire questa via tortuosa ed impropria per giustificare il potere di sindacato del Tribunale.

Deve rilevarsi infatti che, una volta che la proposta sia depositata, la legge affida al Giudice il potere di valutare se essa meriti di essere sottoposta all'approvazione dei creditori, così sottomettendola alla necessità di superare uno sbarramento liminare in cui i requisiti di validità (sostanziale) dell'atto si apprezzano, ai fini processuali, come requisiti o presupposti di ammissibilità.

Una proposta è inammissibile, ad esempio, se il debitore proponente non è in crisi, o se non è un imprenditore commerciale "sopra-soglia" (art. 160).

Ciò significa che lo stato di crisi e la qualità di imprenditore fallibile sono presupposti di ammissibilità. Quando il Tribunale giudica dell'esistenza di tali presupposti si avvale di tutta la documentazione prodotta dal debitore proponente e se essa non basta può disporre un'integrazione istruttoria *ex art. 161*, primo comma.

Il giudizio però, senza alcun dubbio, è, e resta, un giudizio di merito, poiché il Tribunale valuta il fatto, e dunque verifica in concreto se quei presupposti ricorrono.

Non dimeno il ricorrere di uno stato di crisi e l'essere un imprenditore fallibile sono, senza possibilità di confutazione, presupposti di ammissibilità, e nessuno in effetti, alla luce del combinato disposto degli artt. 160-162, osa affermare il contrario.

Da ciò una prima importante e sicura conclusione: anche ciò che è sottomesso ad un giudizio di merito può configurare un presupposto di ammissibilità, e pertanto non è conferente assumere che la fattibilità non sia un presupposto di ammissibilità in quanto sottenderebbe un giudizio di merito.

Questo fa comprendere come il reiterato riferimento – che si rinviene nelle sentenze della S. Corte - al sindacato del Tribunale sulla convenienza, che, in quanto esercitabile solo su opposizione dei creditori, dimostrerebbe che quando il controllo attenga a profili di merito il Tribunale non potrebbe svolgere un controllo *ex officio*, sia del tutto specioso e strumentale.

Tale argomento viene infatti indebitamente utilizzato come una sorta di premessa maggiore di un sillogismo di questo tipo: la **convenienza** è profilo che riguarda essenzialmente il **merito**; la legge proprio per questo attribuisce solo ai creditori la facoltà di valutarla nel proprio interesse in sede di votazione, tanto è vero che il Tribunale non può senza l'opposizione dei creditori esaminarne la sussistenza; ma anche la fattibilità attiene al merito, e quindi per ciò stesso non è configurabile come condizione o requisito o presupposto di ammissibilità: *ergo* anche sulla fattibilità non è il Tribunale che deve pronunciarsi, ma i creditori, e può intervenire solo se questi propongono opposizione.

Si tratta però, all'evidenza, di un banale paralogismo, basato su incongruenze logiche agevolmente confutabili.

La prima è quella secondo cui tutte le volte in cui un profilo riguardi il merito, il Tribunale non potrebbe svolgere *ex officio* alcun sindacato.

Essa contraddice quanto abbiamo già detto sul presupposto oggettivo e soggettivo del concordato preventivo, che sono indubbiamente presupposti di ammissibilità benchè il Tribunale possa svolgere su di essi un controllo di merito (e la conclusione potrebbe valere per ogni altro profilo di merito contemplato dall'art. 160 e dall'art. 161 su cui il Tribunale è chiamato a svolgere un controllo ai fini dell'ammissibilità, a partire dalla stessa conformazione della proposta in termini di "ristrutturazione dei debiti" e di "soddisfazione dei crediti" attraverso qualsiasi forma).

Ma è anche espressamente smentita dalla storia. Abbiamo già visto, infatti, che il vecchio art. 181 contemplava espressamente un potere officioso del Tribunale in tema di sindacato sulla convenienza pur essendo riguardabile come un sindacato di merito, e il fatto che ora la norma sia stata modificata nulla toglie a tale evidenza.

Può aggiungersi, sul piano sistematico, che nel concordato fallimentare è stato attribuito al Giudice Delegato l'autonomo potere di sindacare il merito delle varie proposte pervenute decidendo che una di esse tra quelle non scelte dal comitato dei creditori sia posta in votazione in quanto ritenuta **da lui**

conveniente. Il giudizio di convenienza viene svolto in tal caso dal Giudice Delegato *ex officio* e senza neppure alcun riferimento a parametri oggettivi.

Non esiste dunque alcuna oggettiva incompatibilità tra poteri di controllo officiosi del Tribunale e profili attinenti al merito.

Ma non si comprende poi perché un giudice di merito qual è il Tribunale non dovrebbe esercitare il suo potere di valutazione del merito laddove la legge espressamente non lo vieti: la tesi sembra una contraddizione in termini.

Il Tribunale viene chiamato a giudicare proprio quale Giudice di merito, e dunque per effettuare un controllo di merito che appartiene al suo ruolo funzionale. Sembrano perciò quanto mai eccentrici quei commenti che, per giustificare l'orientamento restrittivo, evocano con toni da tregenda il rischio di una **deriva** verso un sindacato di merito. Ma di quale deriva si parla, se il Tribunale è per definizione un giudice di merito, ossia un Giudice chiamato a giudicare del fatto?

La verità è che da parte di qualcuno si vorrebbe a tutti i costi sottrarre al Tribunale un qualunque potere di controllo per assicurare a tutte le proposte di concordato, anche quelle più eccentriche e impresentabili, un percorso senza ostacoli verso la votazione nella convinzione che sia più temibile il controllo del Tribunale in fase liminare che quello dei creditori in sede di votazione. Proprio per questo si cerca di negare l'evidenza (cioè che la stessa legge considera la fattibilità come presupposto di ammissibilità) cercando di svalutare il significato letterale e logico degli artt. 160, 161 e 162 l.fall., da ciò facendone poi derivare l'assunto secondo cui la legge nulla direbbe sulla fattibilità (e cioè non la considererebbe espressamente quale presupposto di ammissibilità), per dedurne infine che, nel silenzio della legge, non potrebbe considerarsi tale.

Si tratta però – anche a voler ritenere che in alcuni casi questa tesi non sia velata da ragioni seconde (perché ad esempio si teme che il Tribunale possa svolgere questo sindacato in modo variabile da foro a foro, da giudice a giudice, con una diffusa incertezza per gli operatori; timore peraltro che non ha ragione di porsi qui diversamente da ogni altro caso) – di una strategia argomentativa non solo irragionevole in fatto (giacché un rischio di valutazioni contrastanti è insito nell'operare della giurisdizione, e nella materia qui trattata non vi è quindi nulla di nuovo; d'altra parte qui il rischio semmai si riduce in ragione della maggiore specializzazione che, di norma, le regole di ordinamento giudiziario richiedono per l'assegnazione alle sezioni fallimentari dei giudici che devono ivi operare), ma ancor prima contraria al dato positivo ed erronea sul piano processualistico.<sup>11</sup> Bene fa, perciò, la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai) a considerare inaccettabile «*la ricostruzione ermeneutica che.... - quasi riecheggiando un'antica clausola di chiusura di teoria generale del diritto, secondo cui tutto*

---

<sup>11</sup> Di solito si tende a dire che il Tribunale non può esprimersi perché già si esprime l'esperto quale tecnico, senza rendersi conto che, a voler seguire tale premessa, allora nemmeno i creditori potrebbero esprimersi, proprio perché non tecnici e proprio per l'esclusività della legittimazione che si vorrebbe accreditare all'attestatore.

*ciò che non è espressamente permesso è proibito - esclude, in radice, alcun controllo contenutistico del giudice».*

Non solo, infatti, una tale clausola non può applicarsi ai poteri del Giudice di merito afferenti alla sua tipica funzione (quella di giudicare, appunto, nel merito), ma confligge anche ed ancor prima con la banale considerazione che il sub-procedimento di ammissione, interno alla più generale procedura di concordato, al pari del successivo sub-procedimento di omologa, ha **natura camerale, e dunque in esso il Tribunale esplica ampi e non predeterminati poteri officiosi sia quanto a tipo di sindacato, che quanto ad attività istruttorie**, sì che, quando manchino disposizioni che limitino espressamente tali poteri, essi devono considerarsi esistenti e legittimamente esercitabili.

Nessun profilo di merito è dunque precluso al Tribunale, laddove la legge non ne subordini l'esercizio a determinate condizioni, come avviene ora per la convenienza, ove appunto si richiede che sia proposta un'opposizione.

La seconda incongruenza va ravvisata laddove si afferma che se un profilo riguarda il merito, allora non può tradursi in requisito di ammissibilità.

Infatti non è assolutamente vero che se la fattibilità è requisito di ammissibilità allora non attiene al merito e che, viceversa, se attiene al merito non è requisito di ammissibilità.

Le due caratteristiche non sono incompatibili.

La verità è che mentre l'essere attinente al merito attiene alla intrinseca natura di un determinato profilo, essere o meno anche requisito di ammissibilità deriva essenzialmente da una previsione formale di legge.

Pertanto la tesi che fa derivare dalla presunta attinenza al merito l'insussistenza di poteri di sindacato del Tribunale è di per sé inconferente. Infatti anche se la fattibilità fosse intrinsecamente attinente al merito resterebbe comunque da stabilire se oggettivamente sia, o la legge la consideri, un requisito o un presupposto o una condizione di ammissibilità.

Sta di fatto che la fattibilità, o quanto meno la sua positiva attestazione, è proprio chiaramente considerata dalla stessa legge quale requisito di ammissibilità, poiché l'art. 161, in correlazione con il successivo art. 162, secondo comma, lascia chiaramente intendere che solo in presenza – tra l'altro – anche della fattibilità, o quanto meno di una positiva attestazione di fattibilità, il concordato può ammettersi, non nel caso contrario.

Pertanto non è dubbio che, prevedendo l'art. 161 la necessità che sia prodotta la relazione attestativa (positiva) in merito alla fattibilità, la relativa mancanza renda **inammissibile** la proposta. Il che val quanto dire, appunto, che di un presupposto di ammissibilità stiamo discorrendo.

Ne deriva che, così come i creditori non hanno alcun esclusivo potere di stabilire se la proposta sia ammissibile in quanto dotata e corredata di tutti i documenti richiesti dall'art. 161 l.fall., allo stesso modo non hanno il potere esclusivo di valutare se il piano o la proposta siano fattibili.

Proprio perché ci troviamo dinanzi ad un requisito o presupposto di ammissibilità, ossia ad un fattore che condiziona il superamento dello sbarramento liminare costituito dall'ammissione, questo giudizio è demandato o all'asseveratore e/o al Tribunale, ma non certo ai creditori.

D'altra parte le sentenze della Cassazione che, pur esprimendo una tesi restrittiva, ammettono comunque il controllo del Tribunale in termini di legittimità sostanziale, danno per scontato che ove la relazione dell'esperto non sia compiutamente e congruamente motivata il Tribunale debba *de plano* dichiarare inammissibile la proposta, in tal modo impedendo che sulla stessa possano esprimersi i creditori; conclusione che in modo solare dimostra come, da un lato, si verta in una indubbia ipotesi di difetto di un presupposto di ammissibilità, e, dall'altro, come proprio per questo su di esso si esprima il Tribunale con effetto preclusivo del successivo procedere del concordato e quindi anche della possibilità di giungere ad una votazione.

In conclusione, l'affermazione secondo cui sulla fattibilità deve o può esprimersi solo il ceto creditorio, o è bene che si esprima solo il ceto creditorio, è intrinsecamente illogica e contraddittoria.

Come del resto qualcuno ha posto bene in rilievo anche in dottrina, se sulla fattibilità potessero esprimersi solo i creditori, non si comprenderebbe perché non siano ammessi al voto i creditori privilegiati anche nel caso in cui la inattuabilità del piano incida sul soddisfacimento dei loro crediti.

Sta di fatto che né i privilegiati hanno diritto di voto (a meno che vi rinuncino), come pure i creditori di cui all'ultimo comma dell'art. 177 e dell'art. 182-*quater*, né possono esprimere il proprio consenso i creditori ignorati e pretermessi o a cui la proposta mai sia stata comunicata. Assumere che i creditori siano quindi gli unici a potersi esprimere collide anche con l'oggettiva impossibilità di assicurare a tutti tale potere.

Infine, alla luce della modifica apportata dal Decreto Sviluppo in termini di silenzio-assenso, è ancor più irragionevole ipotizzare che il giudizio sulla fattibilità sia rimesso ai creditori, visto che non è più richiesta un'accettazione espressa della proposta, ma vale come assenso il semplice silenzio. Evidenti ancor più di prima sono allora i rischi di abuso qualora il concordato venga deliberato da creditori disinteressati rispetto agli obiettivi non realizzabili, a scapito della minoranza e dei creditori non convocati.

Resta – infine - l'inaccettabilità di una costruzione secondo cui il Tribunale, pur quando si avveda di una clamorosa ipotesi di non fattibilità, non potrebbe rilevarla, ma dovrebbe far continuare la procedura di concordato fino all'omologa.

Si pensi al caso eclatante di un concordato con assuntore, in cui lo stesso Tribunale abbia ad esempio dichiarato il fallimento dell'assuntore poco prima di dover decidere sulla ammissibilità della proposta (ma la questione sarebbe identica anche quando si fosse già pervenuti alla fase dell'omologa). Qui siamo dinanzi ad un concordato assolutamente, oggettivamente (ed evidentemente) non

Formattato: Tipo di carattere: Corsivo

fattibile. Se il debitore non facesse presente la circostanza e ne tacesse anche l'esperto, avrebbe senso ammettere (oppure omologare) in tal caso il concordato, pur chiaramente non fattibile, avendo il Tribunale una conoscenza addirittura diretta dell'evento preclusivo per avere esso stesso contribuito a determinare il venir meno della fattibilità dichiarando il fallimento dell'assuntore?<sup>12</sup>

È proprio in casi come questo che si misura il massimo scollamento tra la giurisprudenza di merito e il giudice di legittimità, rischiando di scontrarsi linee culturali inconciliabili sul concetto di giurisdizione.

Infatti nessun giudice di merito potrà mai accettare quel ruolo, ben descritto dalla sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai), di **convitato di pietra** costretto ad ammettere un concordato che esso sappia oggettivamente non fattibile, così rendendosi consapevolmente complice di danni economici anche gravissimi per i creditori.

Se poi non si ha un'idea meramente liquidativa e statica del concordato e si riflette sul fatto che in alcuni casi l'impresa debitrice propone anche piani in continuità d'impresa, non può sfuggire che se il Tribunale non potesse bloccare il procedere di tali concordati quando si avvedesse, dopo aver disposto l'ammissione, che la prosecuzione dell'attività danneggia gravemente i creditori erodendo gli attivi, si proporrebbe un ruolo della giurisdizione così privo di utilità da essere semplicemente opposto a quello prefigurato dal Costituente.

Sarebbe in ogni caso assurdo che il Tribunale tacesse ove il mutamento *de quo* si traducesse nell'impossibilità di pagare anche solo in parte i chirografi: il difetto di tale condizione, infatti, non è certo disponibile da parte dei creditori.

---

<sup>12</sup> Osserva ineccepibilmente Bozza, a questo riguardo (*La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2011, 167), che «*non intervenire su una procedura in corso nel momento in cui risulta che non può realizzare gli scopi per cui era stata aperta contrasta con i principi generali che, in situazioni del genere, imponevano, in passato, il passaggio al fallimento delle procedure minori e ancora impongono la conversione in fallimento dell'amministrazione straordinaria quando, appunto, risulta che la stessa "non può essere utilmente proseguita" e similari (artt. 69 e 70 D.Lgs. n. 270/1999) e la stessa chiusura del fallimento quando nel corso dello stesso "si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare neppure in parte i creditori..." (art. 118, primo comma, n. 4). Il sistema si armonizza agevolmente ammettendo che il tribunale abbia conservato, al momento dell'apertura, poteri di verifica di merito sulla fattibilità perché, solo in tal modo, si apre la strada alla possibilità di interrompere la procedura quando vengono a mancare le condizioni di ammissibilità, essendo la funzione dell'art. 173 proprio quella di mantenere un controllo continuo e costante sulla procedura, che investe anche la sua utilità e praticabilità».*

È questa dunque la linea invalicabile di qualunque ricostruzione teorica: *hinc sunt leones*.

Ma torniamo all'esame critico delle pronunce restrittive.

Si diceva poc'anzi che il problema avrebbe dovuto essere affrontato da queste ultime valutando non tanto se il difetto di fattibilità configuri un'ipotesi di nullità, quanto piuttosto se esso sia un'ipotesi di inammissibilità, alla stregua di come la legge mostra di intenderlo. Questa precisazione non è fine a se stessa, ma ha una sua precisa giustificazione. Se infatti si circoscrive il discorso alla nullità, si corre il rischio che, se il difetto di un certo presupposto, o requisito (o condizione), a seconda di come lo si voglia definire, come appunto può accadere per la fattibilità, non fosse classificato come nullità, esso non necessariamente potrebbe considerarsi assoggettato al controllo officioso del Tribunale. Il rischio viene accreditato da quelle pronunce già esaminate che tendono a ridurre la fattibilità a fattore rilevante sul piano (funzionale) del futuro inadempimento traslandolo nella sfera della normale alea contrattuale.

È chiaro però che tale rischio non si pone se si reputa che la fattibilità sia, *tout court*, un requisito di ammissibilità, perché allora qualunque sia il motivo fondante per la sua sussunzione *ex lege* in tale categoria concettuale, il rilievo officioso da parte del Tribunale sarebbe puramente consequenziale.

D'altra parte, anche requisiti non apprezzabili come presupposti di ammissibilità possono impedire l'omologa del concordato pur non essendo classificabili al contempo come nullità assolute di carattere sostanziale.

Si pensi al caso della convenienza. Sarebbe assai arduo assumere che il difetto di convenienza derivi da una nullità sostanziale, eppure ben sappiamo che, ove essa manchi e il Tribunale abbia modo di rilevarne la mancanza (previa opposizione di un creditore a ciò legittimato), il concordato non può essere omologato. La convenienza rileva dunque come condizione di omologabilità, pur non essendo ipotesi di nullità, e il suo difetto può determinare la caducazione degli effetti di un voto favorevole proprio perché esso non è *ex se* ragione preclusiva del successivo controllo del Tribunale in presenza di un consenso non unanime, ma di un voto espresso a maggioranza.

Allo stesso modo ben può darsi che un presupposto di ammissibilità non integri anche un'ipotesi di nullità, o che l'integrare ipotesi di nullità sia di per sé processualmente irrilevante, essendo piuttosto decisivo il fatto che esso si risolva (anche) in ipotesi di inammissibilità.

Si pensi, da un lato, alla mancanza della qualità d'imprenditore commerciale (art. 160) o alla mancata produzione della documentazione richiesta dall'art. 161. Si tratta senza dubbio di ipotesi di inammissibilità, anche se è più arduo ipotizzare che esse configurino anche casi di nullità della domanda o della proposta.

Ma perché si tratta di casi di inammissibilità? Quando, ad esempio, manchi la documentazione, non avrebbe maggior senso parlare semplicemente di semplice difetto di prova sui presupposti del concordato?

In effetti la documentazione ha di norma, nel processo, la funzione di fonte di prova, ma il legislatore del 2007 (forse diversamente da quello del 2005) ha qui evidentemente ritenuto che la sua mancanza non determini semplicemente un mero rigetto (per difetto di prova, appunto) della domanda, quanto piuttosto una inidoneità oggettiva della domanda ad attivare la procedura<sup>13</sup>. Si tratta cioè ancor prima di una *condicio sine qua non* per il procedere del concordato. Ma come mai?

Per dare risposta al quesito occorre partire dalla considerazione che, in astratto, ben può darsi un giudizio di ammissibilità sulla proposta in sé e per sé considerata a prescindere da qualunque documentazione di corredo. Se, ad esempio, il debitore, proponesse un concordato senza classi con il pagamento per intero dei privilegiati e nella misura del 30% dei chirografari, in tal modo ristrutturando i suoi debiti, la proposta potrebbe **in astratto** *ex se* considerarsi ammissibile, poiché rispondente ad una delle possibili forme di concordato comprese nell'assai ampio modello normotipico di cui all'art. 160. Se, dunque, la legge – con l'art. 161 - esige anche la produzione di una documentazione rappresentativa dei dati contabili ed economici necessari per valutare la proposta, ciò deriva dalla necessità non tanto di provare la fondatezza della domanda, giacché non può svolgersi un giudizio sulla proposta che ne sia oggetto in termini di fondatezza/infondatezza, quanto piuttosto di rendere possibile un giudizio sulla serietà della proposta stessa, ossia, in ultima analisi, sulla sua fattibilità e convenienza. Ed è chiaro che senza una documentazione a ciò finalizzata tale valutazione sarebbe totalmente e non solo in parte impossibile.

Il fatto che la fattibilità sia un requisito di ammissibilità significa che essa va accertata come esistente già al momento dell'ammissione e quindi per ciò stesso su di essa non sono i creditori che devono esprimersi, visto che non sono presenti nella fase introduttiva della domanda anteriore all'ammissione.

Sappiamo che l'alternativa su chi può esprimere un giudizio sulla fattibilità è tra il Tribunale e l'attestatore.

Ma chiediamoci: esiste una ragione logica sufficiente perché un giudizio tipicamente appartenente alla sfera dei poteri del Tribunale, come dimostra il fatto che esso già era legittimato ad esprimerlo secondo la disciplina previgente quando doveva valutare se la proposta consentisse di pagare almeno il 40% dei chirografari, sia stato affidato a un consulente del debitore (nominato e pagato dal debitore) espropriandone il Tribunale?

È difficile trovarne.

L'esperto è infatti nominato e pagato dal debitore e quindi per definizione non può essere imparziale. E, si badi, la legge nemmeno dopo le modifiche apportate dal Decreto Sviluppo chiede la sua imparzialità, limitandosi ad intervenire sul piano del requisito dell'indipendenza che prima nemmeno era richiesto (ma

---

<sup>13</sup> Bozza, *op. loc. cit.*

l'indipendenza è un fattore di aiuto all'imparzialità, ma non si identifica con essa: paradossalmente un soggetto non indipendente potrebbe anche essere imparziale se vicesse la soggezione data dal rapporto di dipendenza, e allo stesso modo, ma all'inverso, un soggetto indipendente potrebbe essere parziale, se non fosse capace di vincere eventuali pregiudizi).

Peraltro il Decreto Sviluppo pone regole sulla indipendenza solo sul piano delle conseguenze soggettive, non su quello delle conseguenze oggettive, poiché da un lato non stabilisce alcuna sanzione in termini di inefficacia o invalidità della relazione redatta dall'esperto che non sia indipendente, e dall'altro perché continua a prevedere la nomina da parte del debitore.

Il fatto che ora siano state previste sanzioni penali forse attutirà le situazioni di più smaccata partigianeria, ma non eliminerà mai la dipendenza reale e sostanziale del designato dal designante.

Sta di fatto che per il passato la stessa S. Corte ha ritenuto non necessaria, alla stregua del dettato letterale normativo, nemmeno l'indipendenza dell'attestatore, con il che ha avallato una situazione logicamente assurda, perché ritenere che il giudizio sulla fattibilità, che ha senso solo se espresso da un terzo indipendente ed imparziale (in ipotesi assertiva, a tutela dei creditori), possa essere validamente ed efficacemente espresso da chi indipendente non è, vuol dire arrendersi ad una sorta di frode sistemica, tanto più quando poi si assume che il Tribunale nemmeno possa interloquire sul giudizio di fattibilità.

Ben diverso sarebbe il discorso se fosse il Tribunale a nominare un esperto, avvalendosi di professionisti di sua fiducia, o se l'esperto potesse depositare la relazione direttamente al Tribunale e non nelle mani del debitore. In tali ipotesi sarebbe possibile attendersi anche relazioni negative sulla fattibilità, che invece per definizione oggi non possono esservi, visto che non può essere presentata una domanda che non sia corredata da una positiva attestazione di fattibilità. Il che val quanto dire che se un esperto fosse così corretto ed onesto da rilasciare una relazione negativa o da rifiutarsi di rilasciarne una positiva, ciò non sarebbe mai posto a conoscenza dei creditori.

Ma chiediamo poi: che senso avrebbe far esprimere un parere tecnico su un requisito che si assume attinente al merito e che dovrebbe quindi essere lasciato alla sola volontà dei creditori?

Si sostiene che la relazione serve per informarli. Sennonché qui si tratta di informare soggetti che votano a maggioranza, e non ha senso che la maggioranza costringa la minoranza ad accettare una proposta non fattibile. Una tale compressione della volontà individuale può semmai ammettersi quando la valutazione attiene proprio a valutazioni soggettivistiche, come (ora) in materia di convenienza (essendo escluso il parametro oggettivo prima riferito dall'art. 181 alle *“attività esistenti”* e all' *“efficienza dell'impresa”*), ma non certo quanto a un requisito che causalizza necessariamente la proposta (e la sua accettazione).

In definitiva, dunque, la fattibilità è un requisito intrinseco della proposta (e del piano ad essa sottostante), e proprio per questo si richiede un completo corredo documentale *ad hoc* senza il quale sarebbe impossibile valutarla (corredo che comprende la produzione di un piano; di un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; di uno stato analitico ed estimativo delle attività; dell'elenco nominativo dei creditori; dell'elenco dei titolari dei diritti reali o personali sui beni; della relazione che attesti veridicità dei dati e fattibilità del piano).

Resta però inteso che, sebbene sia la fattibilità che la documentazione necessaria per valutarne la sussistenza siano entrambe requisiti di ammissibilità (giacché una proposta di concordato sarà inammissibile sia se non fattibile a prescindere dalla documentazione prodotta, qualora quest'ultima sia inidonea a dimostrare che sia fattibile o la non fattibilità emerga *aliunde*; sia se manchi in tutto o in parte la documentazione prescritta), non dimeno esse restano ben distinguibili sul piano concettuale.

Altrimenti detto: una proposta andrà dichiarata inammissibile non solo se manchi in tutto o in parte la documentazione finalizzata a dimostrare la fattibilità del piano, ma anche se essa, ancorché prodotta, sia inidonea a tale scopo, o, pur apparendo *ex se* astrattamente idonea, non si riveli oggettivamente e concretamente tale alla luce di elementi informativi *aliunde* acquisiti: ciò perché non basta a configurare una proposta ammissibile la presenza della documentazione *de qua*, ma occorre anche che il piano sia di per sé fattibile.

È poi puramente consequenziale, come s'è detto, che, trattandosi di requisito di ammissibilità, sia il Tribunale a poterne d'ufficio valutare la sussistenza, in ogni fase del procedimento.

La rilevabilità d'ufficio è del resto, come già detto, carattere proprio dell'inammissibilità.

Perciò sembra davvero ultronea quella tesi che si rinviene in una delle pronunce restrittive della S. Corte, la **n. 18987/11 (est. Cultrera)**, laddove si nega che possa il Tribunale in sede di giudizio di omologa rilevare un difetto di fattibilità sulla sola base del motivato parere depositato dal commissario giudiziale. In altri termini tale parere non sarebbe mai idoneo a far scattare un potere di rilievo officioso, ma il commissario giudiziale potrebbe al più sollecitare il Tribunale all'esame del difetto di fattibilità solo costituendosi e proponendo una vera e propria opposizione.

Ora, si potrebbe già contestare la tesi secondo cui il commissario giudiziale avrebbe la possibilità, prima ancora che l'onere, di proporre opposizione, poiché non si comprende come possa tale organo assumere la veste di parte non solo formale, ma anche sostanziale, in una procedura dove tutte le possibili parti portatrici di interessi propri (creditori) o altrui (PM) sono già presenti o rappresentate e titolari di un potere oppositivo.

Non è un caso dunque che questa tesi si scontri con altri precedenti della stessa S. Corte che negano al commissario giudiziale la possibilità di svolgere azioni

come parte sostanziale. Si può citare ad esempio **Cass. 9 maggio 2007, n. 10632**, secondo cui nel caso in cui la sentenza dichiarativa di fallimento e di **rigetto dell'omologazione del concordato preventivo** sia riformata dalla corte d'appello, **il commissario giudiziale non è legittimato** a proporre il ricorso per cassazione in quanto **parte soltanto formale** del procedimento di omologazione. Egli conserverebbe cioè la posizione giuridica di **ausiliare del giudice**, e non sarebbe portatore di specifici interessi da far valere, in sede giurisdizionale, in nome proprio o in veste di sostituto processuale. Il **parere** da lui manifestato al tribunale, anche se diretto all'adozione di una pronuncia favorevole o contraria alla omologazione, **non integrerebbe dunque una domanda giudiziale** in senso tecnico.

Si può citare altresì **Cass. 10 febbraio 2011 n. 3274** in tema di **concordato fallimentare**, ove in via speculare si afferma che **nemmeno il curatore** nel giudizio di omologazione è legittimato all'opposizione, neppure nel caso di parere contrario alla proposta, e il suo ruolo è solo quello di essere il necessario **contraddittore processuale** del proponente e degli eventuali opposenti, nella sua qualità di rappresentante della massa dei creditori.

In ogni caso non si comprende francamente quale sia la necessità di riprodurre con una memoria di opposizione *ad hoc* ciò che già il commissario giudiziale contesti depositando il suo motivato parere.

Ma il profilo più discutibile è laddove si sostiene più in generale che il Tribunale non esercita un controllo d'ufficio quando il difetto di fattibilità emerge dal parere del commissario giudiziale.

Questa affermazione contraddice nella sua essenza la funzione di tale organo, che è proprio quella di dare ausilio tecnico al Tribunale oltre che ai creditori. In altri termini il Tribunale esercita un controllo officioso, quando e dopo che il commissario giudiziale è stato nominato, proprio attraverso le relazioni ed i pareri di costui, che sono ormai la fonte principale delle informazioni che il Tribunale acquisisce. Assumere dunque che, invece, il Tribunale non svolge un controllo officioso quando si avvale di tali relazioni e pareri è chiaramente contraddittorio. Lo dimostra anche il chiaro tenore dell'art. 173 nel testo attualmente vigente, laddove al primo comma prevede che il commissario giudiziale riferisca al Tribunale sui fatti di frode e il Tribunale a questo punto apra **d'ufficio** il procedimento di revoca. In altri termini la norma rende chiaro che l'avvio del procedimento è officioso anche quando trae impulso dalla relazione del commissario giudiziale. Ebbene, non vi è motivo di credere che lo stesso meccanismo, lo stesso collegamento logico-processuale non debba valere in ogni altra ipotesi, ad esempio quando il commissario giudiziale deposita la relazione *ex art. 172* o il parere *ex art. 180* secondo comma.

Non può poi ignorarsi che ben possono verificarsi eventi che incidono sulla fattibilità prima esistente, facendola venir meno successivamente. Sarebbe allora assurdo che il Tribunale non potesse verificare e sanzionare il venir meno di tale presupposto. Ma in fase di omologa non è prevista una relazione asseveratrice di

aggiornamento da parte dell'esperto designato dal debitore; è previsto invece il solo parere del commissario giudiziale.

Anche la modifica innovativa dell'art. 161, come apportata da Decreto Sviluppo, laddove la norma statuisce ora che una relazione attestativa debba essere presentata anche nel caso di **modifiche sostanziali della proposta o del piano**, presuppone che un aggiornamento di tale relazione possa riguardare sì anche il requisito della fattibilità, ma solo prima della votazione, poiché solo entro tale momento sono possibili modifiche della proposta o del piano. Ne risulta dimostrato che in sede di omologa solo il commissario giudiziale o il Tribunale *ex officio* possono, senza necessità di una sollecitazione dei creditori, sollevare il problema del difetto o del venir meno della fattibilità (v. anche l'art. 179 nel testo post Decreto Sviluppo). Pertanto un sindacato *ex officio* del Tribunale in caso di sopravvenuto venir meno della fattibilità sulla base del parere del commissario giudiziale s'impone anche sotto questo profilo per ragioni logico-sistematiche.

Infine, la suddetta sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera) pone in realtà solo un ostacolo pratico al rilievo della fattibilità, non un impedimento giuridico insormontabile. È chiaro infatti che se si segue tale impostazione e se si continua a dire che il Tribunale non può esaminare *ex officio* la fattibilità, ma può farlo solo se il commissario giudiziale propone un'opposizione, di fatto i commissari giudiziali si costituiranno sempre come parti opponenti proprio per agevolare in modo inappuntabile il sindacato completo del Tribunale, ma con un ennesimo inutile spreco di risorse.

#### **4.3. L'argomento letterale che limita il controllo alla regolarità della procedura.**

Nelle pronunce restrittive si rinviene anche un terzo argomento, sebbene di rilievo indubbiamente minore, basato sul tenore letterale dell'art. 180, terzo comma, laddove si prevede che nel giudizio di omologa il Tribunale, in mancanza di opposizioni, esamina solo la regolarità della procedura e l'esito del voto, omologando quindi *de plano* il concordato se tale esame sia positivo.

Da ciò si desumerebbe – in asserto – che il Tribunale non debba né possa svolgere altre indagini.

L'appena citata sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera), così, assume che «*se i fatti incidenti sulla fattibilità del piano rappresentati dal professionista e valutati dal commissario giudiziale nella sua relazione, momento essenziale della procedura e garanzia della "veridicità" dei dati illustrati dal privato, dovessero risultare vagliati criticamente e regolarmente accettati dai creditori, l'omologa, applicandosi il procedimento semplificato previsto dall'art. 180, comma 3, rappresenterebbe un atto dovuto*».

La tesi è, però, semplicemente indimostrabile.

Già si è osservato che un requisito di ammissibilità non può che rilevare anche come requisito di omologabilità. E infatti le pronunce della giurisprudenza di merito che considerano la fattibilità quale requisito o presupposto di ammissibilità attribuiscono per ciò stesso al Tribunale il potere di rilevarne la mancanza anche *ex officio*. Che dunque il potere di vagliare la regolarità della procedura possa o meno includere in sé anche il potere di vagliare *ex novo* anche la fattibilità (senza distinzione tra la sussistenza originaria del requisito e la sua sussistenza anche al momento dell'omologa in relazione a fatti sopravvenuti) è per un verso conclusione del tutto ragionevole, per altro anche superflua.

È ragionevole, perché non si vede per quale motivo possa fuoriuscire dalla nozione di regolarità quella di conformità della proposta e del piano alle norme che prescrivono requisiti di ammissibilità, quasi che possa considerarsi procedura regolare quella in cui sia stato omissso un controllo su detti requisiti.

È anche superflua, perché, posto che la fattibilità rientri tra i presupposti o requisiti di ammissibilità, è la stessa Suprema Corte a dare per scontato che essi possano essere oggetto di controllo del Tribunale in ogni fase della procedura. Si veda ad esempio la stessa sopracitata sentenza in cui pure si legge: «*se l'omologa ha il senso collegato alla sua tipica funzione d'imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta, esplicandosi nel controllo della regolarità della procedura, comporta necessariamente la verifica circa la persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppur siano già state scrutinate nella fase iniziale (...)* La nozione di regolarità, come del resto è pacificamente ammesso anche in sede dottrina, va insomma riferita alla **legittimità, indubbiamente formale, ma anche sostanziale della procedura**, che impone il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato ».

Conclusione del resto avallata in modo dirimente dall'art. 173, ultimo comma, laddove si prevede giustappunto il potere di sindacato del Tribunale in ogni fase del procedimento sulla persistenza dei requisiti di ammissibilità.<sup>14</sup> Tale norma

<sup>14</sup> Si veda anche **Cass. 8 giugno 2012, n. 9373 (rel. Ceccherini)**, secondo cui non può essere ignorata: «... la distinzione, che pure è assai chiara nell'impostazione della disciplina del concordato preventivo, tra **presupposti di legittimità** della proposta concordataria, e valutazione della **convenienza** della proposta. I primi sono disciplinati dalla legge e **inderogabili dalla volontà delle parti** (debitore da un lato e massa dei creditori dall'altro), sono **verificati d'ufficio** dal tribunale, che in mancanza di essi dichiara la proposta **inammissibile senza sottoporla all'approvazione della maggioranza dei creditori**. La convenienza della proposta, invece, deve incontrare il favore della maggioranza dei creditori, e, se divisi in classi, della maggioranza delle classi che votano separatamente. La mens legis è stata del resto esplicitamente confermata dalla sostituzione della parola "presupposti" a quella precedente "condizioni", nella rubrica dell'art. 160, disposta con il decreto correttivo (D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, art. 12, comma 1)... nè l'ordine logico-giuridico può

anzi addirittura dimostra in sé stessa che il Tribunale debba valutare già da subito la fattibilità ai fini dell'ammissione, giacché altrimenti si assisterebbe «*all'incongruenza di consentire al tribunale l'esercizio, in corso di procedura, di un sindacato sulle condizioni di ammissibilità che gli sarebbe impedito al momento dell'ammissione*»<sup>15</sup>.

Ed è appena il caso di segnalare che tale norma, invece, non è stata per nulla modificata dal Decreto Sviluppo, che, anzi, ne ha accresciuto o comunque precisato le potenzialità statuendo, al nuovo **art. 186-bis, ultimo comma, che se nel corso di una procedura iniziata come concordato in continuità l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173, ossia revocando l'ammissione al concordato**, fatta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato. Ne risulta dunque confermato che quando viene meno un presupposto di ammissibilità, tale dovendo certamente intendersi nel caso di specie proprio quello costituito dalla fattibilità di un concordato in continuità, il Tribunale può provvedere in ogni tempo *ex officio* alla revoca.

Che poi l'art. 186-bis, ultimo comma, regoli proprio il venir meno della fattibilità è indiscutibile, tenuto conto che la **cessazione dell'esercizio dell'attività d'impresa o il suo manifestarsi dannoso** sono *ex se* ipotesi di non fattibilità del piano di continuità, visto che ai sensi del comma primo della medesima norma il concordato può considerarsi in continuità solo **se il piano prevede la prosecuzione dell'attività di impresa ovvero la cessione dell'azienda in esercizio o il suo conferimento in una o più società**, e, ai sensi del secondo comma, in tali casi il piano deve contenere **un'analitica 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** e la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che **la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori**. 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.

---

*essere sovvertito, interpretando i presupposti sulla base delle maggioranze che sarebbero richieste qualora essi ricorressero».*

<sup>15</sup> Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, in Fall., 2007, 189, commentando analoga considerazione svolta da Trib. Torino 12 dicembre 2006, ivi commentata.

La previsione dell'art. 186-*bis*, ultimo comma, è importante anche perché confuta ora esplicitamente ed in modo inoppugnabile, almeno a partire dall'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Sviluppo, l'asserzione secondo cui non vi sarebbe alcuna norma che consideri la fattibilità come requisito di ammissibilità.

Già si è detto più sopra che tale asserzione era smentita anche prima della entrata in vigore della legge n. 134/2012, poiché l'art. 162 richiede al Tribunale di valutare d'ufficio tutti i presupposti contemplati dagli art. 160 e 161 senza alcuna limitazione, considerandoli tutti requisiti di ammissibilità, e implicitamente riferisce tale indagine anche alla fattibilità<sup>16</sup>. Se però era anche possibile, in astratto e limitandosi ad un'interpretazione solo letterale, assumere che nel fare il detto rinvio tale norma non riferisse esplicitamente il controllo del Tribunale alla fattibilità quanto piuttosto alla relazione dell'esperto che dovrebbe attestarla, nemmeno questo limite formale è oggi più riproponibile alla stregua dell'art. 186-*bis*, ultimo comma, poiché tale norma attribuisce al Tribunale il potere di rilevare d'ufficio il venir meno della fattibilità di un concordato in continuità in ogni momento in cui di ciò si avveda, classificando esplicitamente tale difetto sopravvenuto come ipotesi di inammissibilità produttiva di revoca dell'ammissione.

Certo la suddetta norma non regola direttamente il caso in cui il difetto di fattibilità di un concordato in continuità emerga già al momento dell'ammissione, poiché disciplina invece solo i casi in cui esso sopravvenga successivamente. È chiaro non dimeno che proprio in quanto tratta il sopravvenuto difetto di fattibilità come venir meno di un presupposto di ammissibilità, per implicito e in via logica conferma la tesi che sostiene che esso sia tale anche al momento dell'ammissione e che quindi anche in tale momento il Tribunale possa e debba rilevarlo *ex officio*.

Vale la pena anche di osservare che, per una parte della dottrina corriva alla tesi restrittiva, un altro e diverso inciso dell'art. 180 giustificherebbe la necessità di interpretare restrittivamente tale norma (oltre a quello secondo cui il Tribunale dovrebbe effettuare solo un controllo sulla "regolarità della procedura"), quello secondo cui solo nel caso in cui sia stata svolta opposizione il Tribunale potrebbe far luogo ad **un'attività istruttoria**.

Ciò – si sostiene – implica che il Tribunale non possa disporre lo svolgimento di tale attività istruttoria in mancanza di opposizioni, il che a sua volta starebbe a significare che nemmeno possa svolgere rilievi ufficiosi circa il difetto di fattibilità.

L'argomento è però palesemente fragile anche in questa seconda versione, visto che il fatto che l'art. 180 si sia espressamente occupato di regolare l'attività

---

<sup>16</sup> Infatti «i presupposti di cui all'art. 161 sono costituiti non solo da una relazione, ma da una relazione che attesta la fattibilità del piano, il che apre la strada alla possibilità di una verifica da parte del tribunale della stessa fattibilità del piano perché solo all'esito positivo di tale verifica può dirsi che sussiste il requisito di cui all'art. 161», così Bozza, *La fattibilità nel concordato preventivo*, cit..

istruttoria del Tribunale in caso di opposizione non vale certo ad escludere che esso possa esercitare un'attività istruttoria in mancanza di opposizione.

Basti pensare che nessuno nega che anche in fase di omologa il Tribunale debba riesaminare i presupposti di ammissibilità, controvertendosi solo sul se tra essi sia o meno compresa la fattibilità. Pertanto non avrebbe senso negare al Tribunale il potere di svolgere un'istruttoria – se del caso – quando ancora emerga un dubbio, ad esempio, sull'esistenza del presupposto soggettivo o di quello oggettivo, a prescindere da un'opposizione e quindi d'ufficio. Il giudizio di omologa è del resto un procedimento camerale e, come ben sappiamo, in tale ambito il Tribunale dispone di ampi poteri istruttori ufficiali.

#### **4.4. L'argomento che ipotizza l'effetto preclusivo-perfezionativo della votazione.**

L'ultimo argomento speso dalla S. Corte in una delle sue pronunce restrittive è quello, già segnalato, secondo cui la votazione dei creditori opererebbe come evento comunque preclusivo rispetto alla successiva possibilità di rilevare un difetto di fattibilità.

A questo riguardo la posizione della S. Corte è però quanto mai ambigua.

Come si è visto, la sentenza n. 18987/11 (est. Cultrera) riconosce che il Tribunale debba effettuare *«necessariamente la verifica circa la **persistenza sino a quel momento** [i.e.: dell'omologazione] **delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppur siano già state scrutinate nella fase iniziale**»*, imponendosi *«il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato»*; ma inaspettatamente aggiunge poi la contraddittoria considerazione secondo cui, pur potendo la non fattibilità *«ricondursi ad un'ipotesi d'impossibilità originaria del piano, suscettibile di determinare a sua volta l'impossibilità della proposta, in quanto tale rilevabile dal giudice nell'ottica della legittimità sostanziale dell'atto negoziale, la verifica della completezza e regolarità dell'informazione resa ai creditori e del conseguente processo di formazione della loro volontà d'accettare quella condizione di rischio, adeguatamente rappresentata dal commissario, confermata dall'assenza di opposizioni, ha segnato, e in senso risolutivo, il limite del controllo del giudice, precludendo quel tipo d'indagine»*.

Da un lato, dunque, si sostiene che le violazioni di legge non possono essere convalidate dalla votazione a maggioranza; dall'altro si afferma esattamente l'opposto, ossia che il voto favorevole segna *“in senso risolutivo, il limite del controllo del giudice, precludendo”* una rinnovata indagine sulla fattibilità in sede di omologa.

Il contrasto logico non potrebbe essere più stridente e non vale a ridimensionarlo l'inconferente giustificazione secondo cui ciò che si richiede in ultima analisi sarebbe un'informata consapevolezza dei creditori, realizzata la quale essi

sarebbero liberi di accettare l'alea della proposta. Questa idea, figlia del già rilevato pregiudizio secondo cui la fattibilità altro non sarebbe che un profilo del merito economico suscettibile solo di una valutazione soggettiva dei creditori, comunque non può reggere dinanzi alla regola per la quale qualsiasi ipotesi di inammissibilità appartiene alla cognizione esclusiva del Tribunale, non è sanabile dal voto dei creditori e può e deve essere rilevata *ex officio* in ogni fase della procedura (come del resto ogni ipotesi di nullità sostanziale cui pure la medesima sentenza fa espresso riferimento).

Per la verità di tale contraddizione non sembra soffrire invece l'altra pronuncia, la n. 18864/11 (est. Bernabai), che pure ipotizza la sussumibilità del difetto di fattibilità *sub specie* di impossibilità dell'oggetto («riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia...alcuna probabilità di essere adempiuta») e quindi di nullità sostanziale, giacché in tal caso si afferma che resta « estranea alla sfera dell'autonomia soggettiva di giudizio l'ipotesi «della radicale e manifesta inadeguatezza del piano - per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo - non rilevata ab initio nella relazione del professionista. In tal caso, il difetto di veridicità dei dati non può essere sanato dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio ».

Qui, in effetti, a parte l'impropria reiterazione della prospettiva contrattualistica (che pure la sentenza stessa ha voluto in premessa ripudiare) nel punto in cui si fa riferimento a un vizio della volontà costituito dall'errore, a sua volta indotto dalla non veridicità dei dati, sui quali si sia basata l'attestazione di fattibilità, ciò che davvero rileva è l'ammissione del fatto che comunque la favorevole votazione dei creditori non può sanare il difetto di fattibilità di cui si sia avuta officiosa contezza in sede di omologa.

L'improprietà argomentativa, si ripete, è semmai nel punto in cui si fa ancora riferimento a istituti di natura contrattuale.

E in effetti l'argomento da cui muove l'altra pronuncia più restrittiva, la n. 18987/11 (est. Cultrera), è di indole essenzialmente contrattualistica, partendo dal presupposto, chiaramente erroneo, che, **quando con la votazione i creditori accettano la proposta, perfezionano per ciò stesso un contratto**; pertanto, una volta che la proposta si sia trasformata in contratto per effetto di quella sorta di accettazione in cui si tradurrebbe la votazione favorevole a maggioranza, residuerebbe solo una fase esecutiva di adempimento e null'altro, sì che il Tribunale non potrebbe più porsi un problema di fattibilità, che semmai potrebbe rilevare solo nella fase post-omologa qualora un creditore proponesse domanda di risoluzione o di annullamento.

Agevole è però dimostrare che la tesi è solo suggestiva. Il paralogismo si annida nel punto in cui si riduce apoditticamente la votazione alla fenomenologia del contratto.

Il concordato è invece, come già detto, qualche cosa di meno ma anche qualche cosa di più di un contratto, ma certamente non è un contratto.

È qualcosa di meno perché produce i suoi effetti non già per la semplice espressione di volontà adesiva espressa dai creditori, ma perché esige che intervenga il Tribunale con l'omologa a dare efficacia a questa composizione di interessi.

È qualcosa di più perché, diversamente dal contratto, proprio l'omologa assicura effetti estesi anche ai creditori non votanti, non assenzienti, assenti o pretermessi. È comunque qualcosa di diverso, perché la votazione a maggioranza per definizione non è espressione di un consenso unanime.

Pertanto, quando il concordato viene approvato dai creditori, non è vero che si abbia già un contratto, non è vero che da quel momento in poi si attende solo la sua esecuzione e che il Tribunale non può più interloquire.

La tesi si rivela fragile proprio per la sua assolutezza. Dimentica che il Tribunale può riesaminare tutti i presupposti e requisiti di ammissibilità oltre che la regolarità della procedura, e se fosse vera la premessa secondo cui la votazione già suggella un contratto perfetto *inter partes* tale potere di controllo non avrebbe più ragion d'essere.

La verità è invece che, fino a quando non interviene l'omologa, il concordato non è "chiuso". Fino a quel momento è il Tribunale che deve tirare le somme e stabilire se l'effetto esdebitatorio anche verso i terzi si può produrre in quanto siano state rispettate tutte quelle cautele a tutela dei creditori senza le quali sarebbe impossibile il prodursi di effetti pregiudizievoli nei loro confronti.

In definitiva, dunque, nulla impedisce al Tribunale di rivedere tutte le condizioni che possono impedire l'omologa.

Ma se poi fosse vero che con l'approvazione la proposta diventa già contratto, allora nemmeno i singoli creditori, opponendosi, potrebbero sottoporre al Tribunale il problema della fattibilità. Non si vede infatti per quale ragione la preclusione derivante dal contratto perfezionato non dovrebbe valere anche per essi.

Ma la stessa cosa a maggior ragione si può dire per la convenienza: se si ammette la possibilità che un creditore, opponendosi, possa determinare la non omologazione per un difetto di convenienza, ne deriva che non si è già perfezionato alcun contratto, perché altrimenti esso vincolerebbe anche il dissenziente.

Il motivo, del resto, è ben chiaro: la regola maggioritaria consente di costringere anche i dissenzienti a subire gli effetti del concordato, ma alla sola condizione che comunque non ci rimettano rispetto all'alternativa fallimentare, giudizio che solo il Tribunale è abilitato a compiere, e solo alla condizione che il piano sia fattibile.

#### **4.5. Conclusioni.**

Sgombrato il campo dagli equivoci cui danno origine gli argomenti adottati dalla S. Corte nelle sentenze che propongono la tesi restrittiva, è giocoforza

concludere che il contrasto interpretativo tra la giurisprudenza di merito e parte della giurisprudenza di legittimità, e tra pronunce interne a quest'ultima, si riduce in definitiva, sul piano logico, all'individuazione esatta del referente su cui il Tribunale deve svolgere il suo potere di controllo.

Per le sentenze della Cassazione di taglio restrittivo, è solo l'esperto asseveratore che può affermare l'esistenza della fattibilità, non il Tribunale. Potremmo dire, di conseguenza, una volta sgombrato il campo dagli equivoci sulla fattibilità quale requisito di ammissibilità, che per la Cassazione è solo la relazione in quanto affermi l'esistenza della fattibilità ad essere requisito di ammissibilità, non la fattibilità in sé, ed occorre per di più che la relazione sia anche compiutamente e razionalmente motivata. Tanto è vero che, se non lo è, proprio la Cassazione afferma che il Tribunale deve dichiarare *de plano* l'inammissibilità della proposta. Ma se il Tribunale deve dichiarare l'inammissibilità ne resta confermato che si sta parlando di un requisito di ammissibilità.

La Cassazione però attribuisce in tal modo alla relazione sempre una funzione documentale o poco più che documentale. Si qualifica di conseguenza il controllo che il Tribunale può svolgere come di legittimità sostanziale. In realtà si vuole solo dire che il Tribunale deve limitarsi ad un controllo non tanto o non soltanto sull'esistenza del documento in sé, ma anche sulla motivazione adottata dall'esperto. Tale controllo però è confinato all'interno del documento, un po' come avviene quando la Cassazione giudica di una sentenza: essa si limita alla valutazione della motivazione come requisito della sentenza, senza spingersi all'esame dei fatti – il merito – che sono alla base di tale motivazione e che hanno quindi natura extratestuale. Allo stesso modo la Cassazione ammette che il Tribunale possa vagliare anche il tenore della domanda o della proposta del debitore, e dichiarare anche in tal caso l'inammissibilità se esse siano intrinsecamente contraddittorie o insufficienti a delineare i termini dell'offerta formulata ai creditori. Anche in questi casi l'esame critico del Tribunale è però confinato entro ciascuno di tali atti e non assume carattere documentale o d'indagine extratestuale. Infatti la Cassazione afferma che l'inammissibilità deriva dal fatto che gli atti in oggetto non corrispondono al modello legale, non dal fatto che *aliunde* emerga la non fattibilità o altri difetti di sostanza.

La verità è che la relazione attestativa, come sembra dire del resto il suo nome, altro non è che una relazione resa da un consulente tecnico, per di più di natura privata, in quanto nominato dallo stesso debitore e da lui retribuito<sup>17</sup>. La legge – a ben vedere – nemmeno dice che l'unica prova della fattibilità sia la relazione dell'attestatore, limitandosi solo a richiedere che una attestazione siffatta sia prodotta. Ma la relazione nemmeno è prova in sé, ma solo un mezzo di valutazione della prova, come qualunque consulenza tecnica, sì che è in realtà la

---

<sup>17</sup> Lo stesso fatto che il legislatore usi la parola relazione e la parola esperto fa capire che si è riferito alla sfera degli elaborati tecnici.

restante documentazione che dovrebbe provare la esistenza del requisito-presupposto<sup>18</sup>.

Al di là della relazione, perciò, resta impregiudicato stabilire, da parte del Tribunale, se il concordato sia o meno fattibile, e a tal fine il Tribunale potrà avvalersi, quando la relazione sia inidonea allo scopo, di altre prove documentali e contabili (anche se forse non potrà avvalersi di un'altra consulenza redatta da un perito di sua fiducia, se si ritiene che la legge abbia ammesso solo la relazione dell'esperto di cui all'art. 67 come mezzo tecnico di valutazione della prova).

Abbiamo già osservato peraltro che la stessa prescrizione della produzione documentale di cui all'art. 161 costituisce conferma di questa conclusione<sup>19</sup>.

Per quale motivo, infatti, il debitore deve produrre, oltre all'attestazione, anche una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, lo stato analitico ed estimativo della attività, l'elenco dei creditori per nominativo, entità e rango, l'elenco dei titolari di diritti reali e personali?

Se a certificare la fattibilità e la veridicità dei dati aziendali bastasse solo l'attestazione dell'esperto asseveratore, per quale motivo occorre che il debitore produca anche tutta la citata documentazione?

L'unica risposta sensata è che essa sia richiesta per consentire al Tribunale un controllo sulla fattibilità o comunque un riscontro sull'attendibilità della relazione nel punto in cui parla della fattibilità. Certamente non si tratta di documentazione richiesta nell'interesse dei creditori, che non solo è dubbio possano vederla, ma che in ogni caso nella stragrande maggioranza dei casi nemmeno sarebbero in grado di comprenderla. Comunque, non sarebbe stato necessario porre il deposito di tali documenti come requisito di ammissibilità se il Tribunale nemmeno potesse guardarli: sarebbe bastato consentire una produzione successiva sottoposta al vaglio del commissario giudiziale. Questo spiega anche perché tale documentazione neppure si può ritenere che sia richiesta per essere solo poi esaminata dal commissario giudiziale, perché altrimenti sarebbe bastato appunto consentirne la produzione dopo l'ammissione,

---

<sup>18</sup> V. anche Bozza, op. ult. cit.: «comprendendo la documentazione allegata una relazione (quella del professionista) che si articola in un giudizio, diventa, come detto, implicito che la stessa sia valutata con criteri di logicità e coerenza, di modo che il legislatore, quando richiede che il tribunale verifichi la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 161, vuole qualcosa in più del semplice controllo di regolarità e completezza, per quanto non soltanto formale; ossia vuole che il tribunale entri nel merito della valutazione di fattibilità fatta dal professionista».

<sup>19</sup> Bozza, ibidem: «Il nuovo primo comma dell'art. 162, infatti, finalizza la concessione del termine (e, quindi della richiesta) non alla integrazione della relazione del professionista per sopperire ad eventuali carenze riguardanti le risultanze contabili o il giudizio di fattibilità e neanche alla integrazione della proposta, che è e resta atto esclusivo del debitore, bensì alla integrazione del piano, ossia di quel documento che contiene le linee programmatiche che l'imprenditore intende attuare per risolvere la sua crisi e che il professionista ha attestato essere realizzabile per il raggiungimento delle finalità esposte nella proposta fatta ai creditori. Questo presuppone necessariamente che il tribunale abbia potuto valutare nel merito il piano e, avendolo trovato carente in alcuni dei suoi elementi, che potrebbero riguardare anche la fattibilità attestata nella relazione del professionista, possa chiedere al ricorrente di integrarlo».

trattandola come condizione di proseguibilità più che come presupposto di ammissibilità.

In quest'ordine di idee assume un ruolo interpretativo non secondario anche il fatto, posto bene in rilievo dalla sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai), che l'art. 162, primo comma, si preoccupi di attribuire al Tribunale il potere di assegnare al debitore un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, ossia documenti aggiuntivi oltre a quelli che, come abbiamo visto, è già tenuto a depositare *ex art.* 161.

Si badi che la norma non distingue tra il caso in cui l'attestazione sia ben motivata e quello in cui sia incompleta o irrazionale, con la conseguenza che il termine per le integrazioni istruttorie ben può essere concesso in entrambe le ipotesi.

Come abbiamo visto, però, per la Cassazione un difetto motivazionale della relazione determina *eo ipso* la dichiarazione di inammissibilità della proposta perché il vizio riguardante la fattibilità è solo indiretto, e viene riferito appunto alla relazione, non al soggiacente piano concordatario. Viceversa, sempre secondo la S. Corte, se la relazione è ben motivata è irrilevante l'effettuale ed eventuale mancanza di fattibilità, poiché ciò che fa testo è l'attestazione positiva dell'esperto asseveratore.

La singolarità della tesi della Cassazione si comprende forse meglio osservando che il Tribunale può oggettivamente ed effettivamente rilevare *sua sponte* un difetto di fattibilità sia quando la relazione sia incompleta, sia quando, anche in presenza di una relazione attestativa compiutamente motivata, un dubbio emerge proprio in ragione della suddetta documentazione, che è l'unica altra fonte informativa di cui si dispone.

Si pensi ad esempio, per semplicità, sempre al già detto caso in cui dall'elenco nominativo dei creditori emerge l'esistenza di un credito privilegiato ingentissimo di cui non vi sia traccia né nel calcolo del fabbisogno, né nel piano, né nella relazione attestativa. Se il Tribunale rileva la mancata considerazione di tale credito che rende palesemente non fattibile il piano, che deve fare? Secondo la tesi della S. Corte, a rigore, siccome il controllo in tal caso è stato extratestuale, il Tribunale non avrebbe potuto effettuarlo: la conseguenza è che il Tribunale dovrebbe quindi far passare un concordato palesemente non fattibile. Secondo la giurisprudenza di merito che, invece, contrasta questa tesi, il Tribunale può attivare il potere di integrazione istruttoria e sollecitare o la modifica del piano o la produzione di altra documentazione che possa sciogliere il dubbio.

La conseguenza è che se il dubbio nasce da un esame della documentazione, ossia da un rilievo extratestuale, e l'integrazione istruttoria non consente di superarlo, il Tribunale dichiarerà inammissibile il concordato per difetto del presupposto della fattibilità. Se invece il dubbio origina da una motivazione incompleta o insufficiente o irrazionale, caso in cui secondo la Cassazione il Tribunale dovrebbe *de plano* dichiarare l'inammissibilità, invece secondo la

giurisprudenza di merito il Tribunale potrà comunque dichiarare ammissibile il concordato quando sia positivamente dimostrata *aliunde* la fattibilità.

È appena il caso di osservare che in tal modo è proprio la giurisprudenza di merito a valorizzare più della Cassazione la possibilità di salvare il concordato, poiché consente che passino quei concordati fattibili che però siano proposti sulla base di relazioni attestative mal redatte. In definitiva si può dire che mentre la Cassazione trasla sul debitore le conseguenze negative degli errori dell'esperto asseveratore, la giurisprudenza di merito non considera possibile tale traslazione e fa ricadere sul debitore solo le conseguenze negative di un difetto oggettivo di fattibilità, a prescindere dagli errori dell'esperto asseveratore. Ma è davvero singolare che un difetto di ammissibilità possa derivare da un vizio imputabile non al debitore, ma ad un terzo.

Sta di fatto che se vi è un duplice referente oggettivo, da un lato la fattibilità e dall'altro la relazione che l'attesta, e se si reputa che duplice sia la legittimazione a rilevare l'uno e l'altro, la fattibilità solo da parte dell'attestatore e la corretta motivazione della relazione da parte del Tribunale, è del tutto inevitabile che possano darsi casi di dissociazione patologica in cui esista la fattibilità ma non una congrua motivazione della relazione, o in cui non esista la fattibilità ma vi sia una relazione logicamente ben motivata ed inattaccabile.

Nel primo caso, seguendo la Cassazione, si dovrebbe dichiarare l'inammissibilità di un concordato fattibile solo a causa del difetto della relazione; nell'altro si dovrebbe far passare un concordato non fattibile solo per merito dell'abilità argomentativa dell'esperto attestatore<sup>20</sup>.

In entrambe le ipotesi uscirebbe sconfitta la giustizia e il buon senso e non si comprende che tutela ne riceverebbero i creditori.

Tenuto conto allora dei due contrapposti indirizzi, la soluzione preferibile non può che essere quella della giurisprudenza di merito, perché più rispettosa delle singole responsabilità soggettive e del dato normativo.

Più rispettosa delle singole responsabilità, perché è giusto che il debitore non debba subire le conseguenze di una mal motivata relazione attestativa le volte in cui il concordato comunque sia fattibile.

Più rispettosa del dato normativo, perché l'art. 162, primo comma, autorizza a ritenere che il potere del Tribunale di disporre integrazioni istruttorie sia funzionale proprio a verificare in modo diretto se esista o meno la fattibilità.

---

<sup>20</sup> Osserva Bozza, *ibidem*, l'incongruenza di «ammettere che, anche lì dove la non fattibilità emerga dalla documentazione, il tribunale non potrebbe rilevarla. Conclusione che appare eccessiva anche ai sostenitori della tesi qui avversata, che ammettono che la non fattibilità del piano possa essere rilevata qualora sia evidente, risulti per tabulas o sia macroscopica; ma questa salvezza in extremis nasconde una contraddizione perché il giudice, se non può esaminare la fattibilità del piano, non può dichiarare inammissibile la domanda quando risulti che il piano non sia fattibile, quand'anche la non fattibilità sia evidente o macroscopica».

In definitiva, la giurisprudenza di legittimità confina il controllo pur sempre alla relazione intesa come documento, confondendo però in tal modo il contenente con il contenuto, il mezzo con il fine.

Se in linea teorica è infatti legittima, per quanto opinabile, la tesi secondo cui solo l'attestatore potrebbe esprimersi sulla fattibilità, tuttavia questo non significa che è la attestazione in sé il presupposto di ammissibilità. Lo dimostra proprio la Cassazione nelle sue pronunce, quando afferma che la relazione non può essere meramente apodittica, ma dev'essere compiutamente e logicamente motivata. In tal modo si esige infatti che la fattibilità sia oggetto di una dimostrazione logica, e in effetti proprio a ciò serve la motivazione completa e razionale (di una relazione, appunto), sì che ne resta confermato che la relazione ha lo scopo precipuo di dimostrare, di attestare, appunto, che la fattibilità esiste.

Di conseguenza è la fattibilità il requisito ultimo in presenza del quale può essere ammesso il concordato, per quanto la sua esistenza debba essere certificata da un esperto asseveratore. La relazione come documento e l'attestazione positiva in essa contenuta sono necessarie, ma non sufficienti. Ne consegue che il Tribunale ben può esaminare sulla base di ogni elemento informativo in suo possesso la sussistenza di tale presupposto.

Si rifletta poi su un altro aspetto: secondo la Cassazione il Tribunale può esaminare la fattibilità solo attraverso la relazione motivata dell'attestatore; tuttavia questo limite non vale più quando un creditore si oppone all'omologa perché allora può direttamente valutare nel merito la fattibilità.

La contraddizione è evidente anche in tal caso: si può anche ipotizzare che il Tribunale non possa esercitare un potere di controllo senza un'iniziativa di parte, ma non si può certo ipotizzare che questo potere esista lo stesso quando l'iniziativa non c'è, ma sia qualitativamente diverso e minore. O esiste o non esiste. Non ha senso dire che in un caso esiste in pieno, e nell'altro in formato mignon.

## **5. Il potere di sindacato del Tribunale sulla fattibilità alla luce delle modifiche introdotte con il decreto sviluppo.**

Come già rilevato, le modifiche introdotte con il Decreto Sviluppo si riflettono anche sul problema del sindacato del Tribunale sulla fattibilità.

Esse vanno quindi attentamente considerate perché possono influire sulle decisioni giurisprudenziali sotto due profili:

a) perché idonee a influenzare anche l'interpretazione delle norme precedenti se si condivide la tesi secondo cui le modifiche normative non segnano mai una rottura con il passato, ma seguono un orientamento logicamente coerente ed in evoluzione<sup>21</sup>;

---

<sup>21</sup> V. ad esempio Cass. 29 ottobre 2010, n. 22150 (est. Zanichelli) nonché il rinvio ad essa fatto nella sentenza n. 13817/11 (est. Sempre Zanichelli).

b) perché comunque devono applicarsi *ratione temporis* ai concordati proposti dopo l'entrata in vigore della novella.

Quanto al primo profilo, chi scrive non reputa opportuno entrare nel merito della tesi che assume una sorta di efficacia interpretativa retrospettiva delle nuove norme, tenuto conto che essa appare comunque alquanto opinabile, sia perché apparentemente contraria alle regole in tema di interpretazione delle leggi secondo la loro successione nel tempo, sia perché basata su una *fictio* che fa a pugni con la realtà, la quale ci dimostra, tutt'al contrario, che spesso il Legislatore persegue proprio lo scopo di sovvertire le regole anteriori.

Tuttavia, qualora si condividesse questa tesi, le SS.UU. dovrebbero prendere atto che il Decreto Sviluppo ha ormai risolto definitivamente il problema nel senso voluto dalla prevalente giurisprudenza di merito.

Esso, infatti, ha introdotto modifiche che dimostrano senza equivoci come il Tribunale non solo possa entrare direttamente nel merito della valutazione sulla fattibilità, ma esso stesso abbia l'ancor più penetrante potere di influire sulla stessa concedendo o negando varie autorizzazioni che può richiedere il debitore, secondo uno schema che era del resto già presente negli artt. 182-*bis* e 182-*quater*, laddove la prima norma sottometteva all'autorizzazione del Tribunale la concessione della cd. *inibitoria*, attribuendogli il potere di valutare in udienza *ex officio* se sussistessero le condizioni di attuabilità quanto al pagamento dei creditori estranei alla luce di tutta la documentazione prodotta, e la seconda subordinava il riconoscimento della prededucibilità ai cd. finanziamenti ponte ad un esplicito *placet* del Tribunale.

Esaminiamo brevemente tali modifiche.

Almeno in sette casi si tratta di modifiche certamente idonee ad avallare la tesi che afferma la sindacabilità *ex officio* da parte del Tribunale, e ulteriormente confermano quel cambiamento di rotta verso un giudice più interventista già verificatosi con il D.Lgs. n. 169/2007, e caratteristicamente orientato proprio la fase iniziale della procedura<sup>22</sup>.

In un ottavo caso si tratta di modifica neutra a questo fine, ma che viene richiamata al fine opposto da alcuni sostenitori della tesi restrittiva.

1) La prima e più importante ai fini interpretativi è senza dubbio la modifica contenuta nel già citato art. 186-*bis*, ultimo comma, ove si precisa che, se nel corso di una procedura con continuità aziendale l'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173 l.fall., fatta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.

In tal modo anche la possibilità di revoca del concordato *ex art.* 173 si arricchisce del caso in cui esso non abbia più il requisito - la continuazione utile

Formattato: Tipo di carattere: Corsivo

---

<sup>22</sup> Bozza, *op. ult. cit.*

d'impresa – sulla cui base sono stati conformati proposta e piano, giustificando il regime di favore previsto dalla legge.

Abbiamo già diffusamente notato che la cessazione dell'impresa oppure una prosecuzione dell'impresa in perdita e dannosa per i creditori costituiscono in primo luogo ipotesi di sopravvenuta non fattibilità del piano. Un piano che quella prosecuzione programmava e considerava verosimile non può infatti che considerarsi non più realizzabile, non più fattibile, quando l'impresa cessa. Ugualmente non è dubitabile che una prosecuzione in perdita che eroda attivo si ponga in contraddizione con l'ipotizzata fattibilità di un piano che, secondo la relazione del professionista, preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa in quanto funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

La norma dunque, nel conferire espressamente al Tribunale il potere di dichiarare d'ufficio ex art. 173 la revoca dell'ammissione nel caso in cui l'inammissibilità sia causata dalla sopravvenuta non fattibilità del concordato in continuità, risolve in modo chiarissimo il problema della rilevabilità *ex officio* della non fattibilità da parte del Tribunale in ogni fase del procedimento.

È infatti evidente che se il Tribunale può rilevare il difetto di fattibilità allorché l'impresa cessi o sia divenuta dannosa, a maggior ragione potrà rilevarlo in limine se tali eventi già emergano in fase di ammissione. E siccome deve darsi per scontato che in un simile frangente la relazione dell'esperto dichiarerà esattamente il contrario (perché è concepibile solo l'allegazione di una relazione attestativa favorevole), è giocoforza concludere che il Tribunale possa attingere per la decisione a dati informativi diversi da quelli prodotti dal debitore e contenuti nella detta relazione.

È comunque del tutto evidente, tanto che tale conclusione poteva considerarsi inevitabile già prima, che, quando il piano abbia come suo presupposto costitutivo proprio la continuità dell'impresa, sì che proprio in funzione di essa ne sia stata attestata la fattibilità, la successiva cessazione dell'esercizio immuti la natura del piano incidendo negativamente sulla sua fattibilità.

Il richiamo all'art. 173 comporta poi coerentemente l'applicazione, anche alla fattispecie di nuovo conio, delle conclusioni interpretative già prima raggiunte in dottrina e giurisprudenza in relazione a tale norma, in particolare quanto alla natura officiosa della procedura di revoca dell'ammissione al concordato (che nel caso di specie sarà verosimilmente sollecitata quasi sempre dal commissario giudiziale) e ai limiti temporali di applicazione.

2) Quanto al più penetrante potere del Tribunale di influire sulla fattibilità, bisogna ricordare che in vari punti il Decreto Sviluppo ha introdotto un potere autorizzatorio liminare del Tribunale.

Così già l'art. 161, settimo comma, statuisce che, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163, ossia fino a quando il Tribunale non avrà emanato il decreto di ammissione, può **autorizzare atti urgenti di**

**straordinaria amministrazione** e a tal fine può **assumere sommarie informazioni**.

Da notare che la norma, parlando di deposito del ricorso *tout court*, non distingue tra il caso in cui sia stato presentato solo un pre-concordato da quello in cui sia stata presentata una proposta e un piano (definitivi) e considera dunque astrattamente possibile la concessione dell'autorizzazione sia in un caso che nell'altro, preoccupandosi solo di porre come unico *dies ad quem* quello di emanazione del decreto di cui all'art. 163.

È evidente che in entrambe le ipotesi **il Tribunale può influire direttamente sulla fattibilità del piano** concedendo la sua autorizzazione e ancor più negandola. Tuttavia tale esito si apprezza in modo più chiaro quando già siano stati presentati proposta e piano, poiché l'autorizzazione è in tal caso diretta funzione della fattibilità, basandosi il piano evidentemente anche sul compimento degli atti oggetto di autorizzazione. È evidente che tale incidenza sarà più o meno rilevante a seconda dell'incidenza dell'atto da autorizzare nell'economia complessiva del piano, ma quando tale rilevanza vi sia non potrà che derivarne l'influenza diretta sulla fattibilità dell'autorizzazione concessa o negata.

Ciò dimostra come sia assurdo negare in generale che il Tribunale non possa esercitare quel potere minore che consiste nella valutazione sulla fattibilità.

In ogni caso, soggiunge il comma settimo dell'art. 161, per decidere se dare o negare l'autorizzazione il Tribunale può assumere sommarie informazioni.

Anche in questo caso conviene notare che la norma non richiede speciali attestazioni, e pertanto potrà esservi al più la generale relazione attestativa prevista dal terzo comma, che però non è richiesta in caso di pre-concordato. Di conseguenza l'attestazione verrà prodotta solo quando siano presentati proposta e piano. **Nonostante la presenza di tale attestazione, la norma consente non dimeno al Tribunale di assumere sommarie informazioni** prima di decidere se autorizzare o meno l'atto urgente di straordinaria amministrazione, potere questo che si aggiunge a quello contemplato dall'art. 162, primo comma, di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano (quando questo sia stato già presentato) e produrre nuovi documenti.

Ve ne è più che abbastanza, pare, per ritenere che il Tribunale possa giudicare della fattibilità influenzando direttamente sulla stessa a prescindere dalla relazione attestativa, avvalendosi di materiale informativo acquisito d'ufficio presso terzi o presso il debitore.

3) Questa conclusione vale a fortiori con riferimento alle norme che ora prevedono l'autorizzazione per atti speciali sulla base di una speciale attestazione (per i **finanziamenti interinali**, per i **pagamenti di debiti anteriori** relativi a prestazioni essenziali, per la configurazione del concordato preventivo in continuità). In tali casi si esige quanto meno la necessità di una

funzionalizzazione dei predetti atti alla migliore soddisfazione dei creditori (artt. 182-*quinquies* e 186-*bis*), che deve essere attestata dall'esperto. È chiaro che in questo caso lo stesso esperto il quale ha ritenuto funzionali tali atti lo avrà fatto partendo dal presupposto che siano necessari all'attuazione del piano, e quindi condizioni *sine qua non* della fattibilità. In tal modo il Legislatore ha escluso ancor più chiaramente che siano solo i creditori gli arbitri nel giudicare se il concordato preventivo risponda alla loro **migliore soddisfazione**, poiché altrimenti non sarebbe stato necessario prevedere questo come criterio condizionante affidandolo ad un terzo. Su di esso si esprime l'esperto sotto il controllo del Tribunale, il quale solo se reputa esistente la funzionalità e quindi la fattibilità procede ad autorizzare, e tale autorizzazione, come si è detto, non solo può essere data previa assunzione di sommarie informazioni, ma è essa stessa un fattore che agevola o elimina la fattibilità. Il Tribunale a questo fine si potrà avvalere anche degli obblighi informativi periodici che abbia imposto ex art. 161 e potrà autorizzare anche la concessione di garanzie reali a copertura dei finanziamenti, a sua volta incidendo pesantemente sulla fattibilità.

Ancor più evidente è il rapporto tra autorizzazione e fattibilità in caso di pagamenti di crediti anteriori relativi a prestazioni essenziali, perché in tal caso l'attestatore deve anche asseverare, appunto, che queste sono essenziali alla prosecuzione dell'impresa, sì che si presuppone che – senza tali pagamenti – essa non possa proseguire e il piano non possa attuarsi. L'autorizzazione è necessaria anche quando i pagamenti siano compensati da gratuiti finanziamenti di terzi, anche se allora non è necessaria l'attestazione. Qui è addirittura il Tribunale che deve direttamente valutare se autorizzare o meno i pagamenti, senza ausilio dell'esperto.

4) Modificando l'art. 182-*quater*, il Decreto Sviluppo ha confermato che il Tribunale deve autorizzare la prededuzione dei finanziamenti ponte con il decreto di ammissione. Anche questo è un caso in cui l'autorizzazione incide direttamente sulla fattibilità. La norma dimostra inoltre che il Tribunale proprio per autorizzare il finanziamento deve decidere della fattibilità: se questa mancasse, certamente non autorizzerebbe<sup>23</sup>.

5) Anche il neointrodotta art. 169-*bis* prevede la facoltà per il debitore di chiedere, e per il Tribunale quella di concedere, un'autorizzazione allo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione alla data della domanda, ovvero

**Formattato:** Tipo di carattere: 14 pt, Corsivo

<sup>23</sup> Osserva giustamente Bozza, op. ult. cit, che « *seguendo la tesi della Corte, si dovrebbe concludere che il tribunale deve aprire una procedura concordataria che ritiene non possa essere portata a termine perché non può sostituirsi alla valutazione di fattibilità che spetta ai creditori, ma contestualmente può riconoscere la prededuzione dei finanziamenti ponte in quanto finalizzati, nell'interesse dei creditori, all'accesso alla procedura concordataria; oppure dovrebbe dirsi che il tribunale se apre una procedura che ritiene non fattibile non possa riconoscere la prededucibilità dei crediti in questione. Nel primo caso la contraddizione è evidente, nel secondo si finisce per subordinare la prededucibilità non alla finalità dei finanziamenti, come la legge prescrive, ma alla fattibilità del piano*».

la loro sospensione. In tal caso non è prevista alcuna attestazione dell'esperto. Il Tribunale dovrà dunque esercitare un controllo *ex officio* necessariamente di merito basato su informazioni assunte attraverso una istruttoria *ad hoc* e la sua decisione influirà direttamente sulla fattibilità essendo evidentemente lo scioglimento o la sospensione elementi costitutivi del piano.

6) Riassuntivamente va ancora segnalata l'importanza che può assumere ai fini interpretativi la stessa non irrilevante innovazione costituita dall'introduzione delle nuove forme di attestazione speciale.

Il predetto Decreto Sviluppo ha infatti introdotto **ben quattro ulteriori varianti**. L'esperto asseveratore deve infatti predisporre un'ulteriore relazione attestativa non solo in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano concordatario (art. 161, terzo comma), evenienza che arricchisce il ventaglio delle possibili relazioni, ma non in senso tipologico, bensì anche: I) quando, nel presentare concordati e accordi, si chieda al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali, per attestare che essi sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182-*quinquies*, primo comma); II) quando, nel presentare concordati e accordi con continuità, il debitore chieda al Tribunale l'autorizzazione ad effettuare pagamenti di crediti anteriori relativi a prestazioni di beni e servizi, per attestare che queste ultime sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (art. 182-*quinquies*, quarto e quinto comma); III) quando, nel presentare concordati (e accordi) con continuità, occorra attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori [art. 186-*bis*, secondo comma, lettera b)]; IV) quando siano ancora pendenti nei concordati con continuità aziendale contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, o il proponente intenda partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici, per attestare la conformità di tali contratti al piano e la ragionevole capacità di adempimento dell'impresa in concordato [art. 186-*bis*, terzo comma e quarto comma, lettera a)].

In tutte queste varianti, la relazione attestativa presenta in realtà sempre le medesime caratteristiche strutturali e funzionali che ha quando essa viene prodotta al fine di attestare la fattibilità *ex art.* 161. La sua efficacia, cioè, non cambia nei diversi casi, e anche la sua finalità sembra (quasi sempre) la stessa: consentire al Tribunale di esercitare i suoi poteri decisorii sulla base di un adeguato ausilio tecnico.

Questo inevitabilmente influisce anche sulla problematica dei rapporti intercorrenti tra la relazione dell'esperto asseveratore e i poteri di sindacato del Tribunale.

A parte le critiche che, sotto diversi aspetti, possono muoversi all'indirizzo restrittivo laddove finisce - tra l'altro - per ravvedere nell'esperto asseveratore non tanto un consulente tecnico *sui generis*, quale è, ma una sorta di fidefaciente

(quasi che non esprimesse valutazioni tecniche, ma rappresentasse “fatti” di cui sia testimone credibile fino a querela di falso: v. ad esempio la funzione del fidefaciente secondo l’art. 50 legge notarile), ora il Decreto Sviluppo dimostra come, sul piano funzionale, **debba escludersi, ad esempio, che la relazione attestativa abbia soltanto il fine di rappresentare ai creditori un quadro veridico della proposta ai fini di una consapevole ed informata espressione di voto**, poiché quantomeno alcune delle nuove varianti – pur avendo, si ripete, le medesime caratteristiche strutturali, e pur rispondendo alle medesime finalità delle altre relazioni concernenti veridicità dei dati e fattibilità/attuabilità di piani ed accordi –, **non hanno efficacia fidefaciente, non riguardano un voto dei creditori ed esigono chiaramente e soltanto un immediato intervento autorizzatorio del Tribunale discrezionalmente esercitabile qualunque cosa attesti l’esperto.**

Si pensi ad es. alle autorizzazioni che possono essere concesse per contrarre finanziamenti o pagare crediti anteriori *ex art. 182-quinquies*: in tal caso il Tribunale si esprime prima che abbiano modo di farlo i creditori con il voto, e in un ambito in cui, negata eventualmente l’autorizzazione, essi non avrebbero più alcuna possibilità di interloquire in sede di votazione. In queste ipotesi, inoltre, si prevede che il Tribunale possa sì concedere l’autorizzazione sulla base della relazione dell’esperto asseveratore, ma assunte, se del caso, previe informazioni, ciò che dimostra come il Tribunale utilizzi l’attestazione solo come un supporto informativo, un ausilio tecnico, non già come un atto insindacabile nel merito, visto che altrimenti non avrebbe senso acquisire *aliunde* informazioni per completare il quadro probatorio necessario ad emettere una corretta decisione. Infine, negando tali autorizzazioni, il Tribunale addirittura entra direttamente in gioco influenzando in modo anche determinante sulla stessa fattibilità dei piani, potendo precluderne l’attuazione quando, senza finanziamenti o senza il pagamento di prestazioni essenziali, essi non possano aspirare a realizzare gli obiettivi programmati. Si va dunque ben oltre una valutazione indiretta e solo formale della fattibilità attraverso il medio logico delle relazioni attestative: ora la fattibilità dipende anche, in via immediata e diretta, dal potere autorizzatorio del Tribunale, che presuppone a sua volta, inevitabilmente, valutazioni di merito e di fatto per poter essere esercitato.

Il Decreto Sviluppo ha dunque anche confermato che la relazione attestativa è null’altro che una forma di consulenza tecnica di parte (rassegnata non a caso da un professionista soggetto ormai a sanzioni penali analoghe a quelle previste per i periti), che il Tribunale valuterà con i criteri solitamente adottati per valutare analoghi atti, senza essere vincolato alle relative conclusioni, se non risultino immuni da vizi logico-motivazionali e tecnico-scientifici.

Il fatto che poi alcune delle attestazioni (come quelle di cui all’art. 186-*bis*) siano destinate non tanto (o non soltanto) al Tribunale, ma soprattutto alla P.A., quali atti finalizzati ad integrare requisiti soggettivo-formali per la perdurante operatività di contratti o per la partecipazione a gare di assegnazione, non muta

la conclusione: anche in tal caso le attestazioni non sono rivolte tanto ai creditori ai fini di un'informata espressione del consenso, ma piuttosto ad altri soggetti, che, a loro volta, come è a dirsi per gli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, hanno certamente il potere di sindacare sotto il profilo della legittimità sostanziale e finanche nel merito le relazioni in oggetto, giusta il generale rinvio a tal fine ed in tal senso effettuato dall'art. 12 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ferme restando poi le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici al fine della prevenzione di illeciti penali (compresi i reati di falsità dell'esperto asseveratore).

7) Nell'ormai sempre aperto cantiere delle riforme fallimentari non poteva mancare un ulteriore intervento modificativo anche relativamente alla legge sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (L. n. 3/2012). È stato infatti recentemente emanato il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, che ha tra l'altro completamente ridisegnato tali procedure.

Il riferimento a tale nuova normativa è utile sul piano sistematico laddove essa ha non solo riprodotto le disposizioni della L. n. 3/2012 che già attribuivano al Giudice un potere di sindacato diretto sulla fattibilità, ma le hanno ulteriormente rinforzate.

Ci si riferisce in particolare alle seguenti norme:

- art. 8, secondo cui quando siano presentati una proposta di accordo o di piano del consumatore e i beni e i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo o del piano del consumatore, la proposta deve essere sottoscritta da uno o più terzi che consentono il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per **assicurarne l'attuabilità**: la norma in tal modo dimostra che non è l'attestazione di un esperto il vero fattore di garanzia della fattibilità, ma l'intervento di terzi garanti, sui quali il Tribunale ha certamente l'autonomo potere di svolgere un controllo diretto;
- art.10, in forza del quale, se all'udienza il giudice accerta la presenza di **iniziative o atti in frode ai creditori dispone la revoca del decreto**: in altri termini il Giudice valuta *ex officio* i requisiti per la revoca come nel concordato è previsto che possa fare ai sensi dell'art. 173 l.fall.;
- art. 12, a tenore del quale se l'accordo è raggiunto, l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché **un'attestazione definitiva sulla fattibilità** del piano: da ciò si deduce che l'attestazione definitiva sulla fattibilità segue sempre la votazione dei creditori e finanche lo spirare del termine per le contestazioni (che equivalgono ad opposizioni); prima non vi è invece alcuna attestazione di fattibilità; in tal senso la norma dimostra che la fattibilità va comunque valutata ai fini e al momento dell'omologa e sempre *ex officio*; inoltre il giudice accerta lui stesso la sussistenza della fattibilità poiché deve d'ufficio verificare l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo;

- **art. 12-bis, terzo comma**, il quale espressamente statuisce che il giudice deve verificare la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo: ciò prova che la legge attribuisce al Giudice Delegato in alcuni casi un controllo di merito addirittura senza alcun ausilio tecnico.

8) A fronte di queste modifiche ormai univocamente orientate a dimostrare come il Tribunale possa e debba necessariamente valutare d'ufficio la fattibilità quale requisito di ammissibilità, e come dalle sue stesse autorizzazioni derivi la sussistenza o permanenza del requisito medesimo, parte della dottrina più corriva alla tesi restrittiva ha reputato che una conclusione opposta sia ricavabile alla luce del nuovo testo dell'articolo 179 l.fall., così come a sua volta modificato in sede di conversione del Decreto Sviluppo.

Statuisce ora la detta norma che: *«Quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto».*

Quanto agli aspetti procedurali, la norma non esige che il creditore intenzionato a mutare il voto svolga opposizione all'omologa, ma solo che si costituisca nel giudizio di omologazione entro la prima udienza. La sua costituzione ha dunque un limite cronologico ed un limite contenutistico: può effettuarsi solo nel termine costituito dalla prima udienza e può avere ad oggetto solo il mutamento del voto.

Infatti il suo interesse, nel ristretto ambito di cui la norma si occupa, è solo quello di esercitare lo *jus poenitendi* modificando il voto precedentemente espresso, non di negare o affermare, a seconda dei casi, la fattibilità, potere questo che certo la norma espressamente non gli preclude, ma che andrebbe allora sì esercitato mediante una vera e propria opposizione.

Non dimeno gli assertori della tesi restrittiva assumono che se i creditori possono esprimere ora, in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità, solo un assenso o un dissenso da recepire in termini di modifica del voto, a maggior ragione non potrebbe il Tribunale pronunciarsi sul requisito, tanto meno *ex officio*.

Senonchè la tesi è del tutto indimostrabile e fuorviante.

Come si è rilevato testè, infatti, la nuova disposizione non dice affatto che un potere di sindacato del Tribunale sulla fattibilità non esiste perché al riguardo esiste invece un potere esclusivo, e per di più limitato, dei creditori. La norma si limita solo a dire che un mutamento delle condizioni di fattibilità consente ai creditori di mutare il voto, e nulla dice in ordine al se i creditori possano anche in via generale opporsi all'omologa per un difetto di fattibilità preesistente, né che il Tribunale non possa d'ufficio, o sollecitato dalla relazione del commissario giudiziale, riesaminare il profilo della fattibilità, con riferimento a qualunque caso in cui essa sia mancante (per fatti originari o sopravvenuti).

Pertanto la norma non implica affatto che il Tribunale perda i suoi poteri, ma solo che li eserciti semmai dopo aver accertato se per caso il voto, a seguito della *jus poenitendi* esercitato da uno o più creditori, da positivo si sia trasformato in negativo, caso in cui nemmeno servirebbe entrare nel merito della fattibilità, non risultando più approvata la proposta; in caso contrario, certamente potrebbe procedere comunque a tale controllo.

Semmai è interessante chiedersi quale sia la *ratio* normativa, e come essa abbia conformato la disciplina positiva.

Non è dubbio che la finalità principale sia stata quella di assicurare ai creditori un diritto al ripensamento quando il presupposto di fattibilità sulla cui base si siano prima espressi subisca poi variazioni tali da rendere inattuale e ormai superata quell'espressione di volontà. Tuttavia quest'esigenza esisteva anche prima, ma il legislatore ha ritenuto di soddisfarla solo ora. Perché?

La risposta più ragionevole è ritenere che ciò dipenda dal fatto che solo adesso è stata introdotta la regola del silenzio-assenso e se ai creditori non fosse stato assicurato un diritto al mutamento del voto, coloro i quali non avessero votato e fossero stati non dimeno ritenuti assenzienti sarebbero rimasti privi del diritto di opporsi all'omologa per far valere un difetto di convenienza, atteso che tale diritto spetta solo ai dissenzienti. Il diritto di modificare il voto costituisce dunque la premessa indispensabile per far riacquistare ai creditori una legittimazione attiva all'opposizione.

Se così è, e non si vede come potrebbe negarsi tale evidenza, a maggior ragione si rivela del tutto inconferente la costruzione che vorrebbe trarre dalla modifica dell'art. 179 una indiretta conferma della tesi della non sindacabilità della fattibilità da parte del Tribunale.

Questa tesi è peraltro insostenibile anche per altre ragioni e sotto altri punti di vista, in particolare alla luce della banale considerazione secondo cui il diritto di modificare il voto può spettare solo a chi prima aveva il diritto di votare, non a chi non lo aveva. Pertanto assumere che l'unico modo di sindacare la fattibilità sia ora il diritto, concesso ai creditori dal nuovo testo dell'art. 179 l.fall., di modificare il voto è semplicemente incongruo. È infatti evidente che un creditore privilegiato di cui la proposta preveda l'integrale soddisfacimento non potrebbe vedersi certo negato il diritto di opporsi all'omologa per far valere un eventuale difetto di fattibilità che incida su tale previsione, sulla base della assurda premessa secondo cui l'unico modo per sindacare la fattibilità sarebbe attraverso .. una modifica del voto.

Deve altresì osservarsi che la nuova norma non consente alcun mutamento del voto nel caso in cui le variazioni delle condizioni di fattibilità intervengano dopo la prima udienza. Ma sarebbe evidentemente incongruo che il Tribunale nemmeno in questo caso potesse rilevare *ex officio* il difetto sopravvenuto di fattibilità, a prescindere dall'esito del voto.

Infine, la lettura restrittiva proposta finirebbe per abrogare il chiaro tenore letterale sia dell'art. 173, ultimo comma, che estende senza equivoci il potere del

Tribunale di sindacare il difetto delle condizioni di ammissibilità in ogni fase della procedura, sia dell'art. 186-*bis* ultimo comma laddove tale norma ricollega l'esercizio di tale potere al venir meno di quello specifico presupposto di ammissibilità costituito dalla fattibilità di un concordato in continuità aziendale. In questo modo incorrerebbe in aporie insuperabili.

In conclusione, a fronte delle svariate norme che dimostrano senza equivoci come ora la legge n. 134/2012 di conversione del Decreto Sviluppo, e in modo sistematicamente e sintomaticamente analogo anche il recente D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 che ha ridisegnato le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, abbiano confermato l'attribuzione al Tribunale di un esteso potere di sindacato officioso sulla fattibilità e di intervento autorizzatorio che incide sulla sua stessa configurazione effettuale, l'art. 179, che in asserto dovrebbe considerarsi norma di segno contrario, non abbia affatto tale attitudine.

#### **6. L'ulteriore questione del se, in caso di concordato per *cessio bonorum*, sia necessario formulare una promessa di pagamento in una prefissata percentuale.**

Come già detto, il contrasto demandato alle SS.UU. riguarda anche la questione del se, in caso di concordato per *cessio bonorum* (presupponendosi che in tal caso siano ceduti tutti i beni) sia necessario formulare una promessa di pagamento in una prefissata percentuale.

Secondo la tesi restrittiva, la risposta dovrebbe essere negativa, poiché il proponente potrebbe integralmente trasferire sui creditori il rischio insito nella liquidazione limitandosi ad offrire tutti i suoi beni.

Senonchè in tal modo si finisce per contraddire la premessa secondo cui la fattibilità o l'attestazione della stessa sono requisiti di ammissibilità del concordato, sottratti come tali ai creditori e demandati alla valutazione del Tribunale. Si finisce anzi per rendere il concordato con cessione dei beni sottratto di fatto al requisito della fattibilità, visto che, da un lato, non possono contestarla mai i creditori privilegiati capienti (e i creditori *ex art. 177*, ultimo comma) in sede di voto perché non votano, e, dall'altro, perché nemmeno il Tribunale può sindacarla in quanto non avrebbe rilievo il profilo della realizzabilità di una certa percentuale.

Insomma in tal caso la fattibilità viene abrogata come requisito, conclusione a sua volta palesemente *contra legem*, visto che la legge non distingue, esigendo sempre che la fattibilità sussista. Del resto, in ogni caso i beni ceduti dovrebbero garantire il pagamento integrale dei privilegiati e ciò fa comprendere come il profilo della soddisfazione quale oggetto della prognosi di fattibilità non possa mai mancare.

Al contrario, partendo dal presupposto che il debitore è obbligato al pagamento di una percentuale nei termini da lui stesso indicati e comunque minima (qualora

l'assunzione di un impegno vincolante non risulti, il tribunale potrà chiedere l'integrazione del piano ex art. 162), la fattibilità del piano potrà ancora essere oggetto di valutazione da parte del tribunale e del commissario giudiziale.

Tale costruzione logica è perfettamente in linea con la previgente disciplina del concordato preventivo, fatti salvi naturalmente gli adattamenti resi necessari dalle modifiche normative intervenute con la riforma.

Occorre ricordare infatti che il previgente testo dell'art. 160 esigeva come condizione-base di entrambe le forme di concordato ivi previste, il concordato per garanzia e quello per cessione dei beni, il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari; al tempo stesso però, l'art. 186 secondo comma escludeva che potesse risolversi il concordato con cessione dei beni se la percentuale poi effettivamente ricavata e pagata fosse stata inferiore al 40%. La giurisprudenza aveva interpretato la norma nel senso che comunque sarebbe stato necessario pagare per intero i privilegiati ed una percentuale anche piccola ai chirografari per evitare la risoluzione.

Ebbene, il raffronto tra l'art. 160 e l'art. 162 mette bene in rilievo il rapporto logico che esiste tra fattibilità e adempimento, ovvero tra non fattibilità e risoluzione.

Prima di tutto, quella che oggi viene chiamata fattibilità, prima non era altro che la "fondata previsione" di poter pagare il 40%. Oggi ciò che cambia è solo il parametro di valutazione, che non è più la percentuale fissa del 40%, ma la percentuale o le modalità di soddisfazione variabilmente inserite nella proposta e nel piano.

Si deve poi osservare che prima la previsione che il debitore riuscisse a pagare almeno il 40% dei chirografari era unanimemente considerata sia condizione di ammissibilità, che di omologabilità, da valutare quindi *ex officio*.

Siccome dunque il profilo della fattibilità altro non è oggi che lo stesso profilo di fondata previsione di pagare il 40% che era prima contemplato dall'art. 160, anch'esso non può che restare, *in re ipsa*, una condizione di ammissibilità e di omologabilità.

Pertanto va sventato l'equivoco secondo cui, siccome oggi le modalità ed i tempi di pagamento li fissa il debitore, allora anche la fattibilità sarebbe svincolata da un controllo del Tribunale. Una volta che il debitore liberamente ha fissato il contenuto della proposta e del piano, la capacità oggettiva di adempierlo diventa infatti "fattibilità" e su questa non può non esprimersi il Tribunale ancor prima dei creditori, perché si è nella stessa situazione di prima: si tratta di controllare se il debitore abbia proposto un piano basato su una previsione fondata o meno, e questo controllo non può non farlo il Tribunale sotto il profilo delle condizioni (oggi presupposti) di ammissibilità, perché se un concordato preventivo non fosse fattibile esso non sarebbe per ciò stesso ammissibile.

Ma siccome si tratta di presupposto o condizione di ammissibilità è ovvio che sia per ciò stesso il Tribunale a doverne verificare la sussistenza, sia pure con l'ausilio dell'elaborato dell'attestatore.

Ancora: l'art. 160 in rapporto all'art. 186 evidenziava in che modo si rapportasse il requisito del pagamento del 40% all'eventuale risoluzione del concordato. Mancando l'adempimento nei termini prospettati, il concordato si sarebbe risolto, ma solo se non fosse stata attribuita una percentuale purchessia. In definitiva, veniva considerato irrilevante – sia pure solo per il concordato con *cessio bonorum* - un inadempimento compreso tra il previsto 40% e una percentuale anche variabilmente prossima allo zero.

Il legislatore della riforma ha però modificato tale disciplina e nel nuovo regime la risoluzione può disporsi tutte le volte in cui l'inadempimento sia **di non di scarsa importanza** (art. 186, secondo comma).

Allo stesso modo, dunque, è ragionevole reputare che uno scostamento tra la previsione del debitore e quella autorizzata dalle risultanze istruttorie o dalla relazione del commissario giudiziale sia rilevante e tale da escludere la fattibilità solo se, a sua volta, e parallelamente, sia di non scarsa importanza. Se non si tratta di una regola necessaria, essa è però certamente ragionevole.

A questo punto il cerchio logico si chiude, dovendo solo stabilirsi come il Tribunale si regoli nelle ipotesi di risoluzione per valutare quando si sia dinanzi ad un inadempimento di non scarsa importanza. Inutile dire che questo è un accertamento di fatto soggetto a molteplici variabili. Tuttavia nella giurisprudenza di merito è fortemente sentito il problema di adottare regole se non assolutamente certe, quanto meno ragionevolmente prevedibili. In quest'ottica il Tribunale di Milano ad esempio, adotta, ferma restando, si ripete, la possibilità di valutare diversamente ogni singola ipotesi concreta quando le circostanze lo consiglino, una regola base o protocollare o di prassi, che fa perno sulle varie norme del codice civile o della legge fallimentare che quantificano nella misura del **quarto** (25%) alcune ipotesi in cui ha rilevanza una sproporzione di valori o di quote o di prestazioni (ora al fine di quantificare diritti<sup>24</sup>, ora al fine della rescissione<sup>25</sup>, ora della revocatoria<sup>26</sup>). Pertanto, allo

---

<sup>24</sup> **Art. 560 c.c.** : «Se la separazione non può farsi comodamente e il legatario o il donatario ha nell'immobile un'eccedenza maggiore del **quarto** della porzione disponibile, l'immobile si deve lasciare per intero nell'eredità, salvo il diritto di conseguire il valore della porzione disponibile. Se l'eccedenza non supera il **quarto**, il legatario o il donatario può ritenere tutto l'immobile, compensando in danaro i legittimari».

<sup>25</sup> **Art. 763 C.C.** : «Rescissione per lesione. **[I]**. La divisione può essere rescissa quando taluno dei coeredi prova di essere stato leso oltre il **quarto** [1448 ss., 2652<sup>n. 1</sup>]. **[II]**. La rescissione è ammessa anche nel caso di divisione fatta dal testatore [734, 735], quando il valore dei beni assegnati ad alcuno dei coeredi è inferiore di oltre un **quarto** all'entità della quota ad esso spettante».

stesso modo e nella stessa misura si considera rilevante, di norma, l'inadempimento ai fini della risoluzione e, alla stessa stregua, nella medesima proporzione si reputa rilevante anche la non fattibilità

È chiaro peraltro che il debitore può sempre modificare *in pejus* la proposta promettendo un pagamento nei limiti ritenuti dagli organi concorsuali più ragionevolmente realizzabili, ma può farlo solo prima della votazione, nel qual caso il problema, evidentemente, non si pone più, poiché la non fattibilità si commisura in base alla proposta e al piano, ossia ad un impegno di pagamento.

Viceversa, se lo scostamento si mantiene sotto tale soglia, esso viene considerato non rilevante ai fini dell'ammissibilità, così come non lo sarebbe ai fini risolutivi, e la votazione viene consentita in tal caso attribuendosi ai creditori una pienezza di valutazione soggettiva sulla convenienza in quanto consapevoli del fatto che il margine di dubbio – il gap - sulla realizzabilità della proposta comunque non legittimerebbe poi, di norma, una domanda di risoluzione.

Infine, nulla impedisce al debitore di proporre un delta tra un minimo e un massimo entro cui commisurare l'adempimento. Anche in tal caso i creditori potranno votare consapevolmente e l'eventuale scostamento dalla promessa in fase esecutiva avrà come parametro la soglia minore.

Approfondiamo ora tale problematica dal punto di vista teorico.

Assume la S. Corte nella sentenza n. 13817/11 (est. Zanichelli) che nulla impedirebbe al debitore di limitarsi ad offrire solo i suoi beni ai creditori traslando il rischio su di essi, perché l'art. 160 lo lascia libero di conformare nel modo più vario la proposta e il piano.

L'argomento, in realtà, non significa nulla.

L'esemplificazione che fa l'art. 160 sulle modalità con cui il debitore può ristrutturare i debiti e soddisfare i crediti lascia impregiudicato stabilire gli effetti che ciascuna modalità determina.

Non basta certo per risolvere tale problema dire che l'effetto è unico ed è l'esdebitazione totale.

Anzitutto, la disciplina del concordato non si occupa degli effetti che ciascuna modalità comporta, e per stabilirlo occorre fare rinvio alle norme che disciplinano in generale ciascuna modalità e lo stesso variabile contenuto della proposta.

Così, quando si tratta di stabilire che effetto produce una *datio in solutum*, occorre fare riferimento alla disciplina codicistica di tale istituto. Si scopre allora che la *datio* è in tal caso idonea a produrre effetti traslativi. Di conseguenza

---

<sup>26</sup> **Art. 67 l.fall.:** «Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso».

quando il debitore propone con il concordato una *datio* a favore di alcuni creditori, li soddisfa direttamente dando loro in proprietà l'oggetto di tale *datio*. Analoga è la situazione quando si attribuiscono azioni convertendo crediti in capitale di rischio.

Se, invece, si propone una *cessio bonorum* generale, riferita cioè a tutti i beni del debitore, si può dare il caso che il debitore scelga il modello traslativo o invece il modello cd. gestorio.

Nel primo caso si ripete la situazione precedentemente esaminata con riferimento alla *datio in solutum* o all'attribuzione di azioni, resa solo più complicata perché si tratta poi di stabilire come si attua il trasferimento, se per quote indivise su tutti i beni, o sulla base di un regolamento con carattere divisionale e così via.

Se invece il debitore sceglie il modello gestorio, la disciplina da esaminare è quella della *cessio bonorum* civilistica.

Sappiamo che quest'ultima consente di norma l'esdebitazione solo in proporzione a quanto viene pagato a seguito della liquidazione dei beni.

Vero è che la legge consente anche una esdebitazione immediata e totale, ma solo se c'è un patto tra debitore e creditori di natura contrattuale, patto che ovviamente impegna solo chi lo sottoscrive.

Ebbene, è riproducibile nel concordato tale disciplina?

Evidentemente no, perché da un lato quando il debitore proponente tende ad ottenere un'esdebitazione, di norma vuole che questa sia totale, e non parziale, e dall'altro, però, il concordato non è un contratto, manca cioè un consenso unanime, e quindi l'effetto totalmente esdebitatorio non può prodursi verso i terzi, verso chi non vota o verso chi dissente.

Come allora si concilia tale forma di cessione con il concordato?

Certamente non è possibile che il debitore scarichi sui creditori l'alea della liquidazione, con la pretesa che essi si "arrangino" se la liquidazione non consentirà di pagare quello che era stato previsto.

In primo luogo difficilmente una tale idea si concilia con l'obbligo di pagare comunque i creditori privilegiati per intero, tenuto conto che essi non votano. Pertanto ove la liquidazione non consentisse di pagare costoro, non si vede come potrebbe pretendersi di scaricare su di essi il rischio di un esito liquidativo insufficiente.

Ma anche per i creditori chirografari che votano non ha senso attribuire al voto della maggioranza la capacità di derogare alla norma (1984 c.c.) che esige un contratto per produrre l'esdebitazione integrale qualunque sia il pagamento conseguente alla liquidazione.

In altri termini, il concordato non può tradursi in un istituto aleatorio, perché non è un contratto, e non è dunque possibile scaricare tale effetto aleatorio su chi non accetti tale rischio.

Evidentemente allora il concordato si concilia con la *cessio bonorum* nell'unico modo possibile, che è quello di trattare la cessione come una qualunque altra

forma di **ristrutturazione** che abbia come mezzo di attuazione finale (ossia di adempimento) un pagamento in denaro: attraverso l'assunzione di un impegno di pagare ai creditori chirografari una certa percentuale e in un certo tempo. In tal modo la cessione dei beni resta quello che è, ossia un semplice strumento per monetizzare un cespite e poi effettuare un pagamento in denaro. L'unica differenza rispetto a quando tale attività viene posta in essere privatamente da un qualunque altro soggetto è che qui viene effettuata attraverso un procedimento giudiziale e con la mediazione di un liquidatore nell'interesse della massa dei creditori. Ma la struttura è identica. Solo in questo modo è possibile riportare la *cessio bonorum* nella normale architettura della *ristrutturazione*, e si causalizza l'impegno in modo non aleatorio. Infatti, se poi il debitore non adempie alla promessa nei termini in cui ha liberamente ritenuto di farla, i creditori insoddisfatti potranno chiedere la risoluzione e questa verrà pronunciata solo se l'inadempimento sia di non scarsa importanza.

Il problema può essere esaminato anche da un altro punto di vista, che fa perno proprio sul concetto di "ristrutturazione". È in effetti questo il pivot del nuovo modello normotipico di concordato, non il semplice e solo esito esdebitatorio.

La relativa disciplina, infatti, non prevede mai espressamente il prodursi di un effetto esdebitatorio, ed erra certamente chi pensa che questo sia l'unico effetto possibile del concordato preventivo o il suo effetto tipico. La verità è, invece, che il concordato produce tutti e solo gli effetti che la proposta può produrre secondo le condizioni con cui è conformata. L'art. 184 dice proprio e soltanto questo quando statuisce che il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori. Tale norma non prevede affatto che il concordato produca solo effetti remissori, e non lo prevede semplicemente perché il proponente potrebbe non volerli affatto realizzare.

Ciò avviene quando ad esempio egli proponga un concordato in continuità *puro*, assumendosi l'obbligo di pagare i creditori per intero, ma dilazionatamente, attraverso i flussi finanziari aziendali.

Del resto l'art. 160, nel prevedere che il debitore possa proporre ai creditori un concordato sulla base di un piano che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, fa riferimento alla nozione di ristrutturazione che, come è noto, con riferimento alla situazione debitoria, può realizzarsi in definitiva essenzialmente attraverso cinque principali modalità: la decurtazione oggettiva del debito (con effetto remissorio: *haircut*), la dilazione cronologica del debito, la sostituzione permutativo-traslativa a fini di adempimento del debito con un diritto o un bene, la sostituzione soggettiva di un debitore con un altro, o un mix di tali modalità.

È dunque giocoforza che, nel proporre la ristrutturazione come elemento conformativo imprescindibile del concordato, il debitore debba indicare in che cosa essa consista, se cioè tenda alla decurtazione del debito, ed in quale misura,

o solo alla sua dilazione, e con quale tempistica, o ad una sostituzione traslativo-satisfattiva, o ad una sostituzione soggettiva, o un po' a tutte .

Proprio per tale ragione, al fine di eliminare ogni equivoco, il Decreto Sviluppo ha introdotto nell'art. 161 una lettera e), esigendo che il proponente depositi sempre anche un **piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento** della proposta.

È chiaro infatti che, in tal modo, ha proprio richiesto la specificazione della misura del soddisfacimento proposta ai creditori ai fini dell'effetto remissorio e la tempistica dei pagamenti anche nell'eventualità che essi seguano una formula esclusivamente dilatoria, senza eccettuare il caso in cui il concordato sia con cessione dei beni.

Non può essere dubbio che la nuova regola si riferisca alla misura del previsto e promesso soddisfacimento-adempimento (la norma parla infatti proprio di “**adempimento**”) e non semplicemente, ove il concordato sia con *cessio bonorum*, alla messa a disposizione dei beni, giacché la liquidazione di questi è evidentemente solo lo strumento per poi giungere all'adempimento, ma non è adempimento essa stessa, come giustamente ha osservato la sentenza n. 18864/11 (est. Bernabai). L'adempimento si verifica solo quando, liquidati i beni, i creditori verranno pagati, e dunque esigere che nel piano siano indicate in modo analitico le modalità di adempimento significa in definitiva specificare in che modo e in quale misura si prevede che avverrà il pagamento ai creditori.

La nuova norma elimina in conclusione ogni dubbio soverchio sulla necessità che anche nel concordato con cessione dei beni sia indicata la misura della percentuale promessa ai creditori chirografari.