



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

L'ABUSO DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Relatrice:

Prof.ssa Elisabetta Pederzini

Laureanda:

Sabrina Canal

PAROLE CHIAVE:

abuso di diritto, concordato preventivo,
fallimento, ruolo del Tribunale, sanzioni

Anno Accademico 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

LA NATURA GIURIDICA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1.1.	Brevi cenni storici sul concordato.....	7
1.2.	Il primo intervento di riforma dell'istituto: D.L. n. 35/2005	8
1.3.	Gli interventi riformatori in corsa: 2006, 2007 e 2012	10
1.4.	Le finalità perseguite dal legislatore delle riforme	11
1.5.	La fisionomia del nuovo concordato.....	12
1.6.	Perché pensare ad un pre-concordato e ad un concordato in continuità aziendale? ...	14
1.7.	I poteri delle parti nel concordato	17
1.8.	Il concordato come un contratto	19
1.9.	Gli elementi essenziali del contratto: la causa del concordato	22
1.10.	L'accordo: l'ostacolo del principio maggioritario	25
1.11.	L'opinione della Corte di legittimità.....	30

CAPITOLO II

L'ABUSO DEL CONCORDATO

2.1.	L'abuso di diritto: cenni storici.....	33
2.2.	Il diritto fallimentare e l'abuso di diritto.....	35
2.3.	L'abuso del concordato preventivo.....	36
2.4.	L'abuso del concordato in "bianco"	41
2.5.	L'abuso del concordato in continuità aziendale.....	44
2.6.	Lo spazio per l'abuso tra l'istruttoria prefallimentare il concordato preventivo	49
2.7.	Le conclusioni della più recente giurisprudenza.....	53

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL TRIBUNALE

3.1.	Analisi sistematica dell'evoluzione della disciplina	65
3.2.	La disciplina attuale: il contenuto degli artt. 160 e 161 l. fall.	68
3.3.	Il problema della "fattibilità"	70
3.4.	Il controllo del tribunale e la relazione del professionista: l'evoluzione giurisprudenziale	74
3.5.	Il rilievo dell'abuso nel giudizio di ammissibilità	76
3.6.	Il giudizio di revoca e l'abuso di diritto	79
3.7.	Il giudizio di omologazione	84
3.8.	La giustificazione del ruolo del tribunale	93
3.9.	Le novità del 2013 per il concordato con riserva	96
3.10.	I profili sanzionatori dell'abuso di diritto nel concordato	101
3.11.	I rimedi all'abuso del concordato	108
CONCLUSIONI		117
Bibliografia		135

INTRODUZIONE

Il concordato preventivo è uno strumento di ricomposizione della crisi d'impresa. Era già previsto nel codice del 1942, ma a seguito della riforma della legge fallimentare del 2005 ha assunto una fisionomia completamente nuova.

Il concordato delle origini era soggetto a molte limitazioni e veniva concesso a condizione che l'imprenditore *insolvente* presentasse i necessari requisiti soggettivi e fosse considerato *meritevole* di accedervi. Esso poteva essere accettato solo a seguito di una verifica di tipo *giudiziale*, la quale era volta ad accertare la rispondenza della soluzione concordataria all'interesse pubblico alla liquidazione, quale sanzione per il debitore. Il concordato, detenendo una prospettiva esclusivamente liquidatoria, era all'epoca una mera alternativa al fallimento.

Prima della riforma, la crisi aziendale era concepita come un evento patologico destinato ad un epilogo negativo: l'idea generale era infatti che le imprese in situazioni di crisi economica, non essendo in grado di risollevarsi, fossero destinate alla liquidazione sotto il controllo e l'ingerenza dell'autorità giudiziaria. Con la riforma la finalità del legislatore è cambiata: non si mira più a punire l'imprenditore *insolvente* quanto invece a soddisfare gli interessi dei creditori.

In nome dell'importanza attribuita al ceto creditorio le procedure concorsuali sono state improntate sull'autonomia privata e sull'incentivo alla prosecuzione dell'impresa in crisi. Nel nuovo sistema il concordato preventivo è divenuto un accordo tra il debitore e la maggioranza dei suoi creditori, mantenendo tuttavia marcate connotazioni procedurali.

Nonostante tale configurazione sembri orientata ad una natura prevalentemente negoziale dello strumento, non è possibile equiparare *tout court* in maniera semplicistica il concordato ad un contratto. Ciò, principalmente per due ragioni: la permanenza dell'organo giudicante durante tutto lo svolgimento della procedura e l'effetto esdebitativo del concordato nei confronti di tutti i creditori, a prescindere dalla volontà da loro espressa nella votazione.

La grave crisi economica attuale ha trasformato il mercato, ponendo gli imprenditori in condizioni di difficoltà nella normale gestione delle loro attività d'impresa. Proprio per le particolari condizioni economiche, il legislatore dopo il 2005 ha introdotto ulteriori modifiche, con lo scopo di sostenere gli imprenditori fornendo loro gli strumenti per fronteggiare la crisi. Il susseguirsi delle riforme, prima nel 2007, poi nel 2012 e da ultimo nel

2013, ha impedito l'insorgere di una normativa armonica e completa, in grado di contrastare le conseguenze derivanti dalle novità introdotte.

In un panorama così delineato, il forte potere di autonomia contrattuale riposto nelle mani dei debitori e dei loro creditori, ha fatto sì che ora le procedure concorsuali, sempre più spesso, vengano adottate non per superare il momento di crisi "temporanea", quanto invece per allontanare l'incombente fallimento. Ovvero, siano utilizzate né con un fine liquidatorio né tanto meno recuperatorio conservativo dell'impresa, ma semplicemente con lo scopo di sfruttare le moratorie cui il concordato dà accesso per ritardare tanto il fallimento quanto la sistemazione dell'esposizione debitoria.

I tribunali, di recente, hanno spesso ravvisato in queste condotte dei debitori il fondamento per l'applicazione dell'istituto dell'abuso di diritto anche al concordato preventivo, giustificando tale scelta sulla base della natura prevalentemente contrattuale dello strumento. Nella recente giurisprudenza fallimentare in generale, si è notato che l'istituto ha ricevuto grande favore da parte dei giudici e ha inoltre, ottenuto la legittimazione della Corte di Cassazione.

Ho scelto di affrontare questo tema perché a mio avviso è molto interessante e attuale. Esso si inserisce all'interno di un panorama economico sociale fortemente complesso e compromesso dalla crisi, ponendo l'interprete in una condizione di notevole difficoltà.

Lo scopo della ricerca è fornire un'analisi completa del problema dell'abuso dello strumento concordatario focalizzandosi su alcuni punti in particolare. Ci si chiede in primo luogo quale sia la natura del concordato, considerandola un aspetto fondamentale per condurre la nostra ricerca. Secondariamente, si rileva come l'applicazione dell'istituto dell'abuso di diritto al concordato preventivo non sia pacifica in dottrina e in giurisprudenza, e ci si interroga sulla funzione che esso può legittimamente assumere nelle procedure in questione. Da ultimo, si vuole al contempo analizzare il ruolo concretamente svolto dai tribunali nelle procedure come attualmente configurate, per capire quali siano nella prassi i poteri dei quali essi si servono e per fornire una soluzione completa della questione, alla luce delle più recenti modifiche legislative.

CAPITOLO I

LA NATURA GIURIDICA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Brevi cenni storici sul concordato

La normativa fallimentare italiana sin dagli albori contemplava la fattispecie del concordato preventivo. L'istituto, come disciplinato all'epoca, appariva come un beneficio, al quale il debitore poteva avere accesso solo se in possesso di determinati requisiti. Chi volesse usufruirne, doveva rientrare nella categoria degli imprenditori "onesti ma sfortunati", ed essere quindi considerato *meritevole*.

Il vecchio art. 181 l. fall. ai fini dell'omologazione del concordato, richiedeva appunto al tribunale di valutare la *meritevolezza* del debitore in relazione alle cause che avevano provocato il dissesto ed alla condotta di questi.

Per quanto concerne i requisiti, essi erano stabiliti dall'art 160 l. fall. ed erano sia di carattere personale che patrimoniale. Quanto ai primi, la disposizione prevedeva che il debitore: fosse iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio (o dall'inizio dell'impresa se questa avesse avuto durata inferiore); avesse tenuto regolarmente la contabilità per lo stesso periodo di tempo; non fosse stato soggetto a fallimento o ad un precedente concordato preventivo nei cinque anni anteriori alla presentazione della proposta; non fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, ecc. Con riferimento ai requisiti patrimoniali la legge richiedeva che il debitore: offrisse serie garanzie reali o personali di pagare integralmente i creditori privilegiati o almeno il 40% dei creditori chirografari entro sei mesi dall'omologazione; oppure cedesse tutti i suoi beni ai creditori, sempreché la valutazione di tali beni facesse fondatamente ritenere di poter soddisfare integralmente i creditori privilegiati e per almeno il 40% i chirografari.

Il concordato si articolava in una serie di fasi che sono rimaste uguali nel tempo. Al deposito della domanda di accesso, composta di piano e proposta, segue la fase di ammissione alla procedura, la quale viene prima della votazione dei creditori e del giudizio di omologazione, che termina con l'emanazione del decreto del tribunale.

Se si valuta poi la finalità dell'istituto, all'epoca, il concordato aveva una fisionomia nettamente differente da quella attuale, era concepito come strumento alternativo al

fallimento, con scopi meramente liquidatori. Il legislatore mirava a consentire una “gestione risanatoria volta alla rigenerazione dell’indebitamento”⁽¹⁾, cioè a soddisfare i creditori attraverso un sistema di liquidazione diverso da quello previsto per il fallimento e più celere.

Era diverso principalmente perché, ora come allora, non prevedeva il totale soddisfacimento dei crediti chirografari, la presenza di un comitato dei creditori, la gestione della liquidazione sotto la direzione del curatore e non implicava le conseguenze derivanti dalla dichiarazione di fallimento.

Era più celere perché non necessitava del rispetto dei vari *step* procedurali che invece rendevano più macchinosa la liquidazione fallimentare. L’amministrazione dei beni durante la procedura spettava al debitore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato; il debitore doveva versare in anticipo l’intero importo delle spese della procedura; il concordato era approvato se riportava la doppia maggioranza; calcolata per numero (creditori votanti) e per somma (due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto).

Il culmine del giudizio si raggiungeva al momento dell’omologazione, in sede della quale il tribunale doveva accertare la regolarità dell’iter concordatario; la convenienza della proposta per i creditori, la fattibilità del piano e soprattutto, come già sottolineato, la *meritevolezza* del debitore. Il cerchio si chiudeva con un importante potere per l’organo giudicante: a partire dalla fase di ammissione, il tribunale, se si fossero presentate situazioni che non consentivano di proseguire fino in fondo l’iter della procedura concordataria, poteva dichiarare d’ufficio il fallimento.

2. Il primo intervento di riforma dell’Istituto: D. L. . n. 35 /2005

Con la riforma del 2005 il concordato ha cambiato completamente aspetto. Il requisito oggettivo non coincide più con quello del fallimento: allo *stato di insolvenza* si è sostituito lo *stato di crisi*, sul significato del quale si è a lungo dibattuto.

C’è stato chi inizialmente ha sostenuto che il debitore in crisi fosse colui che non era ancora tecnicamente insolvente, volendo quindi in questo modo precludere all’imprenditore

⁽¹⁾ L. CAPRIO, *L’efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia, un’interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in L. CAPRIO, *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un’analisi economica*, Milano; 1997, p. 36.

insolvente l'accesso al concordato⁽²⁾, nonostante però non emergesse in nessun punto della legge fallimentare questa volontà da parte del legislatore. Infine, la dottrina maggioritaria ha nel tempo confermato una lettura diversa del concetto: *crisi e insolvenza* si pongono tra loro in rapporto di genere e specie, nel senso che l'insolvenza rappresenta una delle forme in cui può manifestarsi la crisi dell'impresa commerciale, ovviando in questo modo al problema della possibilità per l'imprenditore insolvente di chiedere l'ammissione al concordato.⁽³⁾

Ad ogni modo questo dibattito è stato risolto in maniera molto chiara con un intervento del legislatore: l'art. 36 del decreto legge n. 273 del 2005, convertito nella legge n. 51 del 2006, ha infatti aggiunto all'art. 160 l. fall. il comma 2° che prevede che “ai fini di cui al comma 1° per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

Permane comunque il problema di definire lo *stato di crisi* per la parte in cui questo non si sovrappone allo *stato di insolvenza* ma tale questione non pare rilevante ai fini della ricerca qui svolta.

Riportiamo quindi l'attenzione sugli aspetti innovativi di questo primo importante intervento. Con la riforma in questione vengono eliminati i requisiti personali e patrimoniali previsti dall'originario art. 160 l. fall.; si aggiunge la possibilità di suddividere i creditori in classi con l'opzione per il debitore di sottoporre ad un trattamento differenziato creditori appartenenti a classi diverse; per ottenere l'approvazione della proposta non si richiede più la maggioranza per numero, mentre quella per somma viene ridotta alla maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto.

La convenienza e la fattibilità della proposta non sono più sottoposte al vaglio del tribunale in sede di omologazione e la *meritevolezza* scompare dai requisiti personali.

3. Gli interventi riformatori in corsa: 2006, 2007 e 2012

⁽²⁾ È questa la posizione di G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, 2005, pp. 952 ss.. In forma dubitativa si esprime G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 361, per il quale “non è chiaro se il legislatore abbia inteso far riferimento all'insolvenza o ad una pre-insolvenza o ad altra situazione economico-finanziaria del debitore”.

⁽³⁾ “Conformi U. DE CRESCENZO-L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 12. Nel medesimo senso S. PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, p. 6; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova revocatoria e del nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, pp. 136-137.

Con il d. lgs n.5 del 2006 sono state ulteriormente modificate ampie parti del regio decreto del 1942. Nello specifico, con riferimento al concordato preventivo è stato ridimensionato il ruolo del giudice delegato, il quale non ha più la direzione della procedura. In questa maniera si è voluto dare maggiore equilibrio alle posizioni degli organi della procedura, attribuendo più valore al curatore ed ai creditori.

Con il d. lgs. n.169 del 2007 sono state apportate ulteriori importanti modifiche, con lo scopo di sistemare ulteriormente la disciplina da poco riformata. È stata eliminata la possibilità per il tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento nel corso della procedura; è stato consentito *expressis verbis* un pagamento in percentuale dei privilegiati; non è più richiesto il versamento integrale delle spese di procedura. Il giudizio di omologazione ha acquistato una fisionomia nuova, più vicina a quella del concordato fallimentare, facendo sì che il tribunale assumesse un ruolo sempre più marginale cedendo il passo all'accordo tra debitore e creditore. Infine, sempre sulla falsariga di quanto appena sottolineato, il concordato come riformato è diventato a tutti gli effetti uno strumento soggetto al principio di autonomia delle parti, potendo ora essere risolto solo su impulso dei creditori e solo se l'inadempimento da parte del debitore non sia di scarsa importanza.

Nel 2012 poi, con il cd. decreto Sviluppo (d.l. n.83 del 2012, convertito nella l. n.134 del 2012), sono state introdotte due principali novità: la possibilità di depositare una domanda di concordato con riserva di deposito del piano, anche detto concordato “in bianco” o concordato “prenotativo” e la nuova figura del concordato “in continuità” prevista dall'art. 186-bis l. fall., che delinea una disciplina specifica per i concordati che prevedano la continuazione dell'attività d'impresa.⁽⁴⁾ Per quanto riguarda la prima delle due innovazioni, leggendo il nuovo sesto comma dell'art. 161 l. fall. si evince l'ammissibilità di una domanda di concordato di poche righe, con l'accorgimento per il debitore di provvedere a depositare i documenti prescritti, in particolare i bilanci degli ultimi tre esercizi e le indicazioni necessarie a stabilire che si tratti di un imprenditore fallibile in stato di crisi e che non vi siano condizioni ostative all'ammissibilità della domanda. Tutto ciò al fine di fornire al tribunale il materiale necessario in sede di valutazione della concessione del termine entro il quale deve essere depositato il piano, termine, che secondo la legge fallimentare, può variare da un minimo di 60 ad un massimo di 120 giorni e se vengano dedotti “giustificati motivi” può essere prorogato per non più di 60 giorni.

⁽⁴⁾P. BOSTICCO, *Evoluzione del concordato dopo il decreto Sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2014, pp. 707 e ss..

Il deposito della domanda “in bianco” essendo equiparato ad un provvedimento iniziale della procedura concorsuale, comporta gli effetti previsti dagli artt. da 167 a 169 l. fall. e l’applicazione delle norme in tema di fallimento richiamate da quest’ultima disposizione, con particolare attenzione al divieto di avviare o proseguire iniziative esecutive e cautelari.

In riferimento poi al caso della cosiddetta “continuità aziendale” sarebbe errato rilevarne un carattere squisitamente innovativo, poiché già sotto la normativa previgente si riteneva che la prosecuzione dell’attività costituisse un effetto tipico del concordato.⁽⁵⁾ La recente riforma ha quindi tipizzato condotte preesistenti, facendo sì che la prosecuzione dell’attività assurga a fattispecie concordataria distinta.

4. Le finalità perseguite dal legislatore delle riforme

È di ovvia percezione, che l’economia mondiale stia attraversando un periodo di crisi. Proprio partendo dalla necessità impellente di intervenire su questo fronte, il legislatore fallimentare ha voluto cercare di affrontare con immediatezza il problema, modificando tempestivamente la normativa preesistente.

Dopo aver sinteticamente delineato le varie fasi di riforma, è possibile farsi un’idea su quali fossero gli scopi ad esse sottesi. È evidente che prima del 2005 il canale di accesso al concordato passava attraverso “l’ostacolo” della valutazione di merito del Tribunale svolta in sede di omologazione. Tale vaglio era molto influente e mirava più alla tutela dell’ordinamento nel suo complesso che alla garanzia del credito.

Il sistema normativo concorsuale italiano del 1942 risultava totalmente inadeguato alla situazione socio economica perché incompatibile con la legislazione europea e con le nuove prospettive di recupero della capacità produttiva delle imprese.⁽⁶⁾

Il concordato preventivo, per avvalorare le aspettative che avevano accompagnato la riforma, doveva assurgere a strumento conservativo dell’attività d’impresa e discostarsi dalle linee fondamentali del precedente istituto. L’istituto in questione, come rivisto, non è stato tuttavia l’unico strumento individuato dal legislatore al fine di sostenere gli imprenditori in

⁽⁵⁾ Cass., sez. Trib., 8 giugno 2011, n. 12422, in *Riv. Giur. Trib.*, 2011, p. 1065.

⁽⁶⁾ Su questa linea G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fallimento*, 2012, p.5.

crisi; si individuavano infatti anche altre due novità che pare rilevante menzionare per una migliore visione d'insieme: il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti, le quali a loro volta mettevano in evidenza gli scopi di prevenzione e superamento della crisi. Si è cercato di offrire flessibilità e operatività eliminando la precedente eccessiva giurisdizionalità.

Benché il fine fosse di tentare di semplificare le cose, il legislatore nell'introdurre il nuovo concordato, è incorso negli anni in numerosi vizi di carattere metodologico, formale e contenutistico.

Per quanto riguarda il metodo, sembra condiviso che forse non si sarebbe dovuti intervenire in modo affrettato con il decreto legge n. 35 del 2005, bensì sarebbe stato preferibile creare un impianto normativo più organico, sì da disporre un coordinamento con gli altri strumenti sopra citati.

Formalmente invece, non pare essere stata una buona idea limitarsi ad introdurre in modo disarmonico alcune nuove norme, non preoccupandosi di intervenire sulla vecchia struttura.

Relativamente al contenuto si evidenziano le carenze maggiori, infatti a tratti il legislatore pare essersi dimenticato di considerare l'aspetto culturale, dal quale emerge una forte diffidenza verso le soluzioni esterne della crisi (mancano i sistemi di allerta e di prevenzione), visione dissonante rispetto al contenuto attuale dell'istituto.⁽⁷⁾

5. La fisionomia del nuovo concordato

Il concordato come rinnovato ha senza dubbio ampliato la sfera di disponibilità del debitore, attribuendogli una vasta discrezionalità che si desume facilmente valutando il nuovo istituto nel suo complesso. Gli elementi rilevanti a tal fine sono tra quelli sin qui menzionati nell'analisi delle varie riforme, ma si ritiene preferibile sottolinearne alcuni, cercando di riporre maggiore attenzione sui momenti della procedura caratterizzati dalla possibilità per il debitore di compiere una scelta in totale autonomia.

Come già accadeva prima del 2005, è l'imprenditore a proporre la domanda e quindi a decidere il contenuto della proposta e del piano, depositando un'istanza in Tribunale per ottenere l'ammissione al procedimento. In sede di redazione del piano dopo il 2005, come

⁽⁷⁾ Si condivide qui l'opinione di G. LO CASCIO, op. cit..

anzi detto, il debitore ha la facoltà di introdurre la suddivisione dei creditori in classi omogenee per posizione giuridica ed interessi economici, la quale può anche essere omessa, ma diviene un elemento fondamentale nella valutazione dell'ammissibilità.

Il giudizio di ammissione si fonda ora sull'esistenza dei presupposti ex. art 160 l. fall. e sulla correttezza delle classi, ove previste, assumendo un carattere formale che si discosta nettamente da quello del precedente giudizio di omologazione.

Sempre con riferimento al ceto creditorio un'ulteriore importante novità riguarda l'opzione lasciata al debitore, che si trovi in corrispondenza di un'insufficiente capienza dei beni e dei diritti vincolati, di soddisfare anche solo parzialmente i creditori garantiti da un diritto di prelazione. Più che di una percentualizzazione rispetto alla previsione del soddisfacimento integrale del 1942, si tratta di un'assimilazione del ruolo di creditore concorsuale alla posizione che lo stesso rivestirebbe in un'esecuzione individuale. Grazie a quest'accorgimento ciascun credito può essere soddisfatto nel limite del concreto esercizio della preferenza.⁽⁸⁾

È evidente che il debitore abbia da sempre un ruolo centrale nel concordato, conservando l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, anche se tutta la procedura si svolge sotto la vigilanza del commissario giudiziale, il quale può in qualsiasi momento comunicare eventuali violazioni al tribunale.

Il tribunale si vede normativamente riconosciuto un ruolo marginale, rivestendo con la collaborazione del commissario, la posizione di "mero controllore". L'organo giudicante potrà aprire d'ufficio il procedimento di revoca dell'ammissione ex. art.173, dandone comunicazione al pubblico ministero ed ai creditori, solo dopo eventuali rilievi da parte del commissario; provvedendo con decreto e se sussistendo i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, su richiesta del pubblico ministero e dei creditori, potrà dichiarare il fallimento con sentenza contestuale.

Il concordato appare come una soluzione liberale della crisi dell'impresa: non si richiede più al debitore il possesso di qualità e condizioni soggettive, si riconosce ai creditori il diritto di votare ed approvare la proposta, si introduce un giudizio sommario di ammissibilità, e nella prassi giurisprudenziale si limita l'omologazione ad un accertamento della regolarità della procedura e del raggiungimento delle maggioranze.

⁽⁸⁾ In linea con la visione di G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 997.

6. Perché pensare a un pre-concordato e ad un concordato in continuità aziendale?

Dopo aver attentamente considerato il processo di liberalizzazione avvenuto con la riforma riguardo al concordato preventivo in generale, si vuole porre l'accento sugli aspetti del concordato "in bianco" e in "continuità aziendale" che a loro volta evidenzino la posizione centrale del debitore e il suo ampio margine discrezionale.

Rispettivamente, riguardo alla prima tipologia, all'imprenditore in crisi viene lasciata la possibilità di depositare il ricorso per il concordato, accompagnato dal deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori, privo del piano e della proposta, riservandosi di presentarli in un termine fissato dal giudice, ottenendo così un effetto prenotativo.

Lo scopo è di anticipare la protezione e gli effetti del concordato, per evitare che nelle more della predisposizione del piano, operazione che può richiedere dei tempi più o meno lunghi, i creditori possano aggredire il patrimonio con azioni esecutive e iniziative cautelari. Lasciare ai creditori la possibilità di esercitarle significava che la situazione del debitore durante la stesura del piano e della proposta sarebbe potuta essere compromessa o almeno resa più complicata.

Si evince chiaramente che il legislatore abbia voluto evitare questo potenziale ostacolo al prosieguo della procedura concordataria, mostrando ancora una volta il suo *favor* per questa rispetto al fallimento. Il conseguimento della prenotazione viene in questo modo, affidato alla semplicità del ricorso.

Nella seconda fase della procedura poi, trascorso il termine per depositare piano e proposta, il debitore potrà scegliere nuovamente. Alla domanda di concordato egli potrà, se lo ritenga opportuno, far seguire una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 *bis* l. fall., oppure un piano che preveda la continuità aziendale. In previsione di continuità potrà beneficiare di un peculiare trattamento dei rapporti pendenti ed effettuare pagamenti a favore dei creditori concorsuali se un attestatore dichiarerà che il pagamento è funzionale ad un miglior trattamento per tutti i creditori, potendo anche contrarre finanziamenti prededucibili.

Vi è però un'altra faccia della medaglia che non può essere tralasciata. Si fa qui riferimento al fatto che la novella del 2012 difetta di una coerente visione strategica, laddove attribuisce al tribunale il potere di autorizzare il compimento degli atti di straordinaria amministrazione e di disporre obblighi informativi periodici, sintomatici dell'affidamento della procedura alla tutela degli organi giurisdizionali. Grazie al monitoraggio della procedura da parte del tribunale, se da un lato il deposito della domanda offre l'ombrello protettivo di cui si è detto, dall'altro però, crea trasparenza e controllo sulla gestione operata dal creditore, agevolando l'eventuale emersione anticipata della crisi d'impresa.⁽⁹⁾

Riguardo invece alla seconda tipologia, i tratti che caratterizzano l'approccio liberale nei confronti del debitore s'individuano sia nella possibilità che gli è concessa di scegliere di proseguire nella sua attività imprenditoriale, sia nella libertà di condurla nel modo che ritiene più adeguato per un miglior soddisfacimento dei creditori.

Lo scopo di salvaguardare l'integrità del patrimonio è qui perseguito con il tentativo di mantenere in vita l'impresa, quando questa sia ancora dotata di potenzialità individuali e reddituali. Interrompere l'impresa potrebbe significare produrre una repentina e grave perdita di valore poiché le opportunità di affari e investimenti sfumerebbero e lo stock dei crediti potrebbe svalutarsi, percependo i debitori la prossima uscita dell'imprenditore dal mercato.

Perché il mantenimento dell'attività sia realmente nell'interesse dei creditori, occorre che sussista almeno una delle condizioni qui di seguito indicate:

- a) un beneficio immediato, scaturito dalla capacità dell'impresa di produrre immediatamente utili;
- b) un beneficio futuro, derivante dalla capacità dell'impresa di tornare a produrre utili in prospettiva, in un tempo relativamente breve, dopo una ristrutturazione.

Si può notare come la continuità aziendale non sia tutelata come valore in sé, come accade invece nel caso dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, ma come un bene che deve essere protetto solo se il valore complessivo del patrimonio del debitore possa ridursi qualora l'attività d'impresa venga interrotta. Se, infatti, in prospettiva futura l'impresa possa produrre solo perdite e l'azienda non abbia alcun valore oltre a quello che deriva dalla somma dei suoi beni, continuare l'attività significherebbe solo aggravarne il quadro generale, assorbendo più valore di quello che si andrebbe a creare.

⁽⁹⁾ Si riporta qui la visione di L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, pp. 1222 ss..

Lo scopo del legislatore rimane quindi sempre costante: aprire la strada agli imprenditori in stato di crisi dando loro un raggio sempre più ampio di alternative per superarla.

Con riferimento alla fattispecie in esame l'art. 186 *bis* l. fall. in realtà, non crea una nuova figura di concordato, ma si limita ad introdurre adattamenti nel caso in cui in pendenza della procedura vi sia esercizio dell'attività d'impresa ed esso divenga parte del piano.

L'applicazione della norma però, nel caso specifico, non dipende da un'opzione del debitore, ma è una conseguenza del fatto che continuare l'attività è ciò che egli si prefigge di fare nella soluzione concordataria che propone, la quale può prevedere tanto la prosecuzione, quanto la cessione o il conferimento dell'azienda.

Le alternative appena menzionate sono agevolate da una serie di benefici, introdotti in via esclusiva per l'ipotesi della continuità:

- a) è prevista la "continuità contrattuale" grazie alla quale dal deposito della domanda non deriva la risoluzione dei contratti secondo i principi generali del codice civile e le clausole contrattuali che espressamente prevedano lo scioglimento del contratto come conseguenza della sottoposizione ad una procedura concorsuale, divengono inefficaci;
- b) il punto a) si applica anche con riferimento ai contratti pubblici, rispetto ai quali, grazie ad una relazione di un professionista che attesti la coerenza del contratto con il piano, il debitore potrà anche partecipare ad eventuali procedure di assegnazione, altrimenti preclusegli;
- c) l'opzione di una "moratoria fino ad un anno dall'omologazione" per il pagamento dei creditori prelati ex art. 186 *bis*, comma 2, lett. c), l. fall.;
- d) la possibilità di pagare i fornitori strategici per la continuazione dell'attività d'impresa per i crediti anteriori da essi vantati ex art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fall..

Il legislatore non si è preoccupato solamente di stabilire agevolazioni per il debitore anzi, consapevole dei rischi connessi alla prosecuzione dell'attività d'impresa, ha previsto anche alcune cautele che mirano ad evitare che la continuità si risolva in un danno per i creditori.

Le cautele che meritano attenzione sono principalmente due:

- 1) se prevede la continuità, il piano deve avere una maggiore analiticità;
- 2) la relazione dell'attestatore, diversamente dal caso del concordato preventivo in senso generico, deve contenere anche una specifica certificazione circa la convenienza della prosecuzione dell'attività d'impresa per i creditori.

Con riferimento alla prima, il legislatore intende imporre al debitore di indicare quali siano i risultati attesi in prospettiva e come intenda finanziare la sua attività, per tutto il lasso di tempo in cui la continuazione sia rilevante per i creditori. Dovranno cioè essere redatti i conti economici, i piani di cassa e gli stati patrimoniali prospettici per tutto il periodo in questione.

La seconda cautela mira invece a ridurre l'asimmetria informativa tra il tribunale e il debitore, il professionista attesta che, sulla base delle informazioni disponibili a seguito della sua indagine, "il mantenimento della continuità aziendale ragionevolmente consentirà di soddisfare i creditori in misura migliore rispetto alle alternative concretamente praticabili".⁽¹⁰⁾

L'attestatore, per una rappresentazione completa della situazione, non potrà fermarsi a riportare i dati ricevuti dal debitore, dovrà invece ricercare in modo attivo le informazioni rilevanti per il suo giudizio, permanendo comunque il rischio intrinseco all'attività d'impresa.

Se ci chiediamo ora il perché dell'introduzione di queste due peculiari fattispecie concordatarie la risposta sembra immediata: il legislatore ha voluto attribuire sempre più potere alle parti della procedura, lasciando nelle mani del debitore un potere concreto di gestione, senza però dimenticare gli interessi sia dei creditori che dell'ordinamento, i quali si riassumono nella rapida e legittima composizione della vicenda concordataria.

7. I poteri delle parti nel concordato

Se si procede analizzando le varie fasi si nota come, prima del deposito del ricorso, l'unico soggetto che dispone della facoltà di intraprendere un percorso giudiziale per la gestione della crisi è il debitore, il quale non può essere sostituito nella sua eventuale inerzia.

La sussistenza dello stato di insolvenza è oggi "lo spartiacque tra monopolio del debitore sull'impresa e contendibilità dell'impresa", poiché diversamente da quanto accade per il concordato preventivo, i creditori e i terzi nel fallimento possono proporre un concordato fallimentare. Il fallito, a differenza dell'imprenditore in stato di crisi, non è l'arbitro delle sorti della procedura che lo riguarda.

⁽¹⁰⁾ L. STANGHELLINI, op. cit..

Anche in tema di concordato alcuni autori⁽¹¹⁾ hanno cercato di ipotizzare che i terzi in via surrogatoria possano proporre una domanda di concordato preventivo, ma la tesi non ha raccolto molto favore, rimanendo ferma l'idea che un concordato proposto da terzi si risolverebbe in una sostanziale espropriazione senza indennizzo.

Data la preclusione di un potere del ceto creditorio, si può comunque ravvisare l'ipotesi in cui dall'interno della società gli organi di controllo facciano emergere la crisi, inducendo il debitore a reagire, spingendolo ad abbracciare la prospettiva della continuità o della liquidazione concordataria⁽¹²⁾.

Anche i creditori stessi possono dare una spinta al debitore, permanendo in capo a loro gli strumenti dell'esecuzione individuale o quello del ricorso per la dichiarazione di fallimento. Tali iniziative però hanno un connotato specifico o individuale che probabilmente non coinciderà con gli interessi generali. Detto ciò i poteri "delle parti del concordato preventivo" potranno concretamente essere misurati solo dopo che una domanda sia stata presentata.

La fase che si apre dopo il deposito è diversa a seconda che si tratti di una domanda "prenotativa" o di un normale ricorso per concordato preventivo. Nel secondo caso il margine discrezionale gestorio del debitore è più limitato, come si osserva da quanto detto nei precedenti paragrafi: l'imprenditore una volta scelta la via del concordato dovrà attenersi a quanto stabilito nel piano da lui depositato, potendo eventualmente suddividere i creditori in classi.

Riguardo invece al primo caso, dopo la pubblicazione del ricorso si apre una fase molto delicata. Il debitore, che chiede la protezione del suo patrimonio ancora, non sa ciò che davvero vorrà fare. I creditori a loro volta non hanno idea di quale sorte avrà il loro credito. Pare ovvio che, vista la totale incertezza in prospettiva futura, tutti i protagonisti cercheranno di adottare soluzioni prudenti, le quali dovrebbero ispirarsi al canone della "neutralità"⁽¹³⁾, comportando un impatto indifferente a seconda che poi venga avviato un concordato, un accordo di ristrutturazione o il fallimento.

⁽¹¹⁾ P. SCHLESINGER, *Proposta per una nuova procedura concordataria di soluzione di crisi aziendali*, in *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, a cura di C. Piccininni e M. Santaroni, Roma, 2002, p.19.

⁽¹²⁾ V. A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum*, ANTONIO PIRAS, Torino, 2010, pp. 813 ss..

⁽¹³⁾ M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1055.

Con l'avanzamento della procedura i creditori assumono sempre maggiore potere d'intervento, il quale culmina nel momento della votazione, potendo comunque sino ad allora, far valere eventuali difetti della domanda davanti al tribunale in sede di giudizio di ammissibilità; arrivati poi alla votazione, potranno esprimere il loro consenso alla soluzione proposta, anche se esso risulterà da una votazione a maggioranza che potrebbe non soddisfare realmente tutti gli interessi personali in gioco.

Sono anche altri i soggetti coinvolti nella procedura: l'attestatore, il commissario e il tribunale.

Il primo ha il compito di garantire la veridicità dei dati esposti dal debitore, affinché i creditori possano esprimere un consenso correttamente informato. Il secondo controlla tutta la procedura rilevando eventuali atti frodatori o carenze, comunicandole immediatamente al tribunale. L'ultimo, anche per importanza, svolge il ruolo di controllore formale, prima del piano e della proposta e poi della votazione dei creditori. Gli è dato il potere di chiudere il cerchio, ammettendo l'imprenditore al concordato con un decreto che segue il giudizio di omologazione.

8. Il concordato come un contratto

Da sempre si discute se il concordato sia un contratto tra debitore e ceto creditorio o un procedimento diretto a gestire la sistemazione dell'esposizione debitoria mediante il controllo esercitato dall'autorità giurisdizionale.

Il dibattito sulla sua natura giuridica è sempre stato aperto, procedendo sulla scia di fasi giurisprudenziali alterne. Vigente la legge fallimentare del 1942, i fautori della tesi privatistica avevano cercato di sostenere che il concordato potesse essere visto come una transazione, una *cessio bonorum*, una sorta di regolamento amichevole, giungendo tuttavia a conclusioni non del tutto coerenti. I portatori della tesi pubblicistica, diversamente, ravvisavano nell'istituto un procedimento cautelare, cognitorio, o esecutivo ma, anche la loro visione era carente, e non adatta a dare una giustificazione a tutti gli aspetti dello schema giuridico proposto.

Siamo quindi indotti a ritenere che con riferimento al passato, non si fosse giunti ad una configurazione univoca della natura giuridica del concordato, e che fosse possibile solo darne una qualificazione considerando le singole fasi che lo compongono.

Le conseguenze giuridiche che derivano dalle recenti riforme della disciplina si riverberano decisamente sulla valutazione della intrinseca natura dell'istituto. Oggi, a seguito della riduzione dei poteri del tribunale e dell'espresso richiamo del legislatore fallimentare alle norme civilistiche dettate in materia di obbligazioni da contratto (art. 186 l. fall., dopo il d. lgs. n. 169 del 2007), è possibile aderire alla prima delle due tesi qui esposte.

Il rinnovamento normativo ha segnato un'espansione della posizione del debitore, a scapito di quella del tribunale, il quale ha subito un forte ridimensionamento. L'imprenditore ora è libero di ricorrere a qualsiasi mezzo che gli consenta di realizzare una soluzione "privatistica" della crisi. Il programma di superamento del dissesto non è più ricollegabile a preclusioni o vincoli personali sottoposti al vaglio del tribunale, ma è ampiamente liberalizzato.

Ciò nonostante, quando il debitore voglia richiedere l'apertura di un concordato preventivo, non si rivolge direttamente ai creditori, ma presenta una proposta al tribunale in cui chiede l'ammissione al procedimento. Pertanto si assiste all'instaurazione di un procedimento nel quale l'iniziativa dell'imprenditore riveste il contenuto di una domanda giudiziale destinata ad ottenere l'omologazione della proposta, con l'accettazione dei creditori.

Anche se la domanda ha un contenuto privatistico ed è caratterizzata dal principio dispositivo dei contratti, la fase che segue al suo deposito non è quella delle trattative, quanto piuttosto una fase giurisdizionale. Il successivo intervento del giudice comprime fortemente la posizione dei creditori: c'è la possibilità che il tribunale decida di concedere un termine per il perfezionamento della proposta del debitore, ritardando in questo modo la formazione del consenso; è possibile inoltre che l'iniziativa sia giudicata inammissibile, segnando così la cessazione del normale sviluppo della trattativa contrattuale.⁽¹⁴⁾

Tuttavia, anche se la domanda e la proposta dovessero essere ritenute ammissibili, i creditori neppure in questo caso potrebbero avviare le trattative con il debitore, dovendo attendere l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Infine, sarebbero comunque soggetti alla sorveglianza del commissario giudiziale sino

⁽¹⁴⁾ M. VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, commento a App. Torino 19 giugno 2007, in *Il Fallimento*, 2007, p. 1321.

all'espletamento dell'udienza di adunanza, dove sarebbe finalmente possibile dibattere sulla convenienza della proposta e manifestare l'eventuale approvazione.⁽¹⁵⁾

L'esito delle riforme, nell'attribuire esclusivamente ai creditori la facoltà di sindacare il contenuto economico della proposta, è valso a rafforzare l'autonomia dei privati. Costoro divengono liberi di scegliere se approvare o meno la proposta in base ad una valutazione prettamente economica sulla convenienza. Nel prendere tali decisioni, non subiscono in alcun modo le ingerenze da parte dell'autorità giudiziaria, alla quale residua esclusivamente il potere di controllo di legittimità.

I recenti interventi legislativi hanno radicalmente cambiato l'ideologia sottesa alla legge fallimentare la quale, se prima era orientata meramente alla logica dell'espropriazione collettiva dei beni dell'imprenditore per soddisfare le ragioni dei creditori, ora comprende anche l'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa al tessuto produttivo. Assume la posizione di interesse superiore la "gestione economica" della crisi, intesa sia come governo equilibrato dei vari interessi concretamente generati dalla crisi, sia come semplificazione delle procedure, al fine di garantire ai creditori una "pronta" soluzione.

Una concezione di questo tipo era senza dubbio tesa a esaltare la preminenza delle ragioni di mercato con la naturale conseguente necessità di preferire un sistema più negoziale di gestione. Così, lo stato di crisi generatosi nel mercato veniva risolto proprio per mano dei creditori, che sono senza dubbio i migliori "arbitri" dei loro interessi.

Con la riforma quindi sono stati estesi i confini dell'autonomia privata, sia per il concordato fallimentare, che per il concordato preventivo, in maniera da "spostare l'ago della bilancia verso la natura privatistica del concordato".⁽¹⁶⁾

Nei paragrafi precedenti si sono analizzate le varie innovazioni introdotte con le riforme, focalizzando l'attenzione maggiormente sugli aspetti processuali, mettendo in luce come sia stato ridotto il potere del tribunale, a favore di un più ampio margine di libertà di scelta per i creditori.

L'apertura ai privati dello strumento concordatario però, non è dovuta solo a tale impostazione, ma anche alla libertà sempre maggiore che viene attribuita agli imprenditori nel determinare il contenuto della proposta. Le disposizioni *post* riforme quindi sono orientate alla natura negoziale, tanto sul piano processuale quanto su quello sostanziale.

⁽¹⁵⁾ Si condivide qui l'opinione di G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 527.

⁽¹⁶⁾ L. STANGHELLINI, *Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (a cura di) II, Bologna, 2007.

Vigente la vecchia disciplina il debitore doveva rispettare nella proposta specifici requisiti e non aveva la possibilità di scegliere tra più tipologie di concordato (preventivo, con riserva, con continuità aziendale), vedendosi rigidamente vincolato al dettato normativo anche nella scelta della modalità stessa di gestione della crisi. Le modifiche introdotte si pongono quindi come stimoli allo sviluppo della soluzione concordataria.

9. Gli elementi essenziali del contratto: la causa del concordato

Se concludiamo che il concordato è un contratto è bene chiedersi quale sia la sua “causa”. Prima di analizzare il concetto, calato nel caso di specie, si ritiene necessario inquadrare l’argomento in senso generale percorrendone in sintesi l’evoluzione civilistica.

La causa è uno degli elementi fondamentali del contratto ex. art.1325 c.c. e la sua mancanza o illiceità sono sanzionate dal codice con la nullità del contratto. Nonostante l’espressa previsione di tale requisito il codice non ne dà una definizione, avendo scatenato nel tempo un ardente dibattito tra dottrina e giurisprudenza. Sotto la vigenza del codice del 1865 per causa del contratto s’intendeva lo scopo che aveva indotto i contraenti ad assumere il vincolo obbligatorio. Con il nuovo codice, dottrina e giurisprudenza, sulla base di quanto affermato nel paragrafo ad essa dedicato nella Relazione al codice civile, hanno configurato la causa come funzione economico-sociale del contratto tipico (coniando la c.d. teoria oggettiva della causa). Il contratto quindi doveva comunque essere finalizzato al perseguimento di finalità collettive ed al raggiungimento di scopi socialmente apprezzabili.⁽¹⁷⁾ La causa era dunque “la ragione per la quale l’ordinamento riconosceva rilevanza giuridica”⁽¹⁸⁾ al negozio.

Con l’entrata in vigore della Carta costituzionale l’orientamento cambiò: dottrina e giurisprudenza adeguarono la visione alla nuova idea di rapporto tra Stato e individuo, identificando la causa come funzione economico-individuale: “come sintesi degli effetti giuridici ed essenziali del contratto”.⁽¹⁹⁾

Questa teoria ebbe numerosi risvolti pratici, elevando la causa a strumento di ricostruzione degli interessi effettivamente sottesi all’operazione contrattuale predisposta

⁽¹⁷⁾ Su questa linea, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, Ristampa 1960, pp. 170 ss.: “come i diritti soggettivi anche i poteri di autonomia (...) non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui essi sono destinati”.

⁽¹⁸⁾ M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1993, p. 423.

⁽¹⁹⁾ In questi termini, F. GRECO, *Il concetto di “causa in concreto” nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, in *Il caso.it*.

dalle parti⁽²⁰⁾, cioè la “causa in concreto”. A sostegno di questa tesi si fa tradizionalmente riferimento alla sentenza della Suprema Corte, Sez. I, n. 10490 del 2006 nella quale si afferma che “causa del contratto è lo scopo pratico del negozio; la sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, quale funzione individuale e specifica della negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti”.

Se quindi la causa del contratto è oggi concepita come “lo strumento di controllo dello scopo pratico e del risultato in concreto che le parti intendono realizzare con l’accordo”⁽²¹⁾, quando applicata al concordato, essa coincide con la legalità e possibilità giuridica del piano e della proposta.

Se la ragione giustificatrice dell’assetto negoziale, come sin qui si è sostenuto, deve essere il superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e il soddisfacimento anche parziale dei creditori allora la causa in concreto del concordato corrisponderà proprio a questo.⁽²²⁾

Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 hanno evocato il concetto di causa concreta dell’atto di concordato per definire i limiti di intervento del giudice chiamato a pronunciarsi sulla fattibilità della proposta concordataria e di conseguenza sulla sua ammissibilità. Il negozio concordato è soggetto sia a regole procedurali, quelle che riguardano la corretta formazione dell’accordo, che a norme di valutazione di contenuto, che hanno ad oggetto la fattibilità, economica, riservata ai creditori, giuridica, riservata al giudice.

Il controllo giuridico del tribunale non può però fermarsi alla legalità e possibilità giuridica e alla verifica della adeguatezza dell’attestazione. La Corte afferma infatti che una “esatta informazione non esaurisce la tutela dei terzi e che invece occorre operare un bilanciamento fra l’interesse del debitore e quello della massa dei creditori, il quale non può prescindere dall’indagine sugli interessi che il concordato preventivo è diretto concretamente a realizzare; dall’indagine sull’interesse sotteso all’intera operazione”.

Ciò significa che il giudizio verterà sulla “causa concreta del piano”, la quale coincide con la ragione giustificatrice dell’assetto negoziale predisposto dal debitore. La “causa” identifica l’oggetto del controllo, il quale coincide con “le concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria”.

⁽²⁰⁾ In questo senso, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 374.

⁽²¹⁾ F. GRECO, op. cit..

⁽²²⁾ Si condivide l’opinione espressa dalle Sezioni Unite in: Cass., Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Il Fallimento*, 2013, p. 149 ss..

Il Supremo Collegio ha espresso un principio di diritto fondamentale (creando un criterio giuridico di valutazione delle condotte) stabilendo che il controllo del giudice sulla fattibilità giuridica debba essere volto a verificare: “1) l’esistenza di una seppur minima soddisfazione dei creditori in tempi ragionevoli; 2) la liceità dei comportamenti delle parti; 3) il superamento dello stato di crisi dell’imprenditore”.⁽²³⁾

Tale criterio vale tanto per quelle condotte che rientrino nel novero delle fattispecie illecite, quanto per quelle condotte che siano di per sé lecite, ma nel complesso sottendano finalità strumentali da parte dell’imprenditore.

La proposta deve essere idonea a “superare la crisi attraverso un soddisfacimento sia pure modesto e parziale dei creditori, al fine di non dar vita ad un concordato inutile e costoso qualora manchi tale presupposto”. Allo stesso tempo trattandosi di un accordo, alla base della valutazione del Collegio ci sono quei principi generali di diligenza (art. 1176 c.c.) e di correttezza e buona fede nelle trattative (art. 1337 c.c.) e nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Non si condivide l’opinione per la quale sembrerebbe che la Corte nell’individuare tali poteri in capo al tribunale, abbia voluto rendere legittimo un sindacato nel merito della proposta da parte di esso. Se così fosse il principio dell’autonomia privata, fondante l’attuale fisionomia dello strumento concordatario, risulterebbe drasticamente ridimensionato.

Al contrario di chi⁽²⁴⁾, servendosi della recente interpretazione di “causa del concordato” fornita dalla Corte Suprema, vuole far rientrare nel novero delle condotte illecite oggetto del giudizio di fattibilità anche quelle abusive, si ritiene invece che l’abuso di diritto, debba mantenere una posizione esterna rispetto a tale giudizio, fatto salvo il riferimento ai criteri di valutazione.

Lo scopo della Cassazione non è di ripristinare un ruolo determinante del tribunale nelle scelte dei privati, bensì quello di fornire una soluzione equilibrata per le parti in causa, e soprattutto chiarificatrice rispetto al concetto di “fattibilità”. Pare qui, che affermare che il tribunale sia legittimato a condurre un giudizio nel merito della funzionalità della proposta, possa collidere con l’idea che sia riservata ai creditori la valutazione della “fattibilità economica” e della convenienza di essa. Il limite tra questi concetti non è facilmente

⁽²³⁾ F. GRECO, op. cit.

⁽²⁴⁾ F. GRECO, op. cit. il quale ammette un controllo di merito da parte del giudice sotto il profilo non solo della legittimità ma anche della funzionalità della proposta concordataria.

individuabile e forzare, ampliando ulteriormente il potere di sindacato del tribunale, non giova di certo ad una sua identificazione.

Al contempo, anche l'istituto dell'abuso non può considerarsi totalmente indenne da possibili critiche: i tribunali di merito sembrano ancora poco conformati alla nuova fisionomia contrattuale del concordato, e il giudizio sulle condotte abusive pare a volte un modo per mantenere l'autorità giudiziaria nella posizione che le era propria prima delle varie recenti modifiche.

10. L'accordo: l'ostacolo del principio maggioritario

Il legislatore delle riforme ha collegato gli effetti della falcidia concordataria alla mera volontà della maggioranza dei creditori, assoggettandola soltanto ad un vaglio di legittimità da parte del tribunale. Nonostante i creditori si presentino come unici "arbitri" dei loro interessi, la concezione privatistica del concordato, la quale definisce la proposta come atto di autonomia privata, è tutt'altro che pacifica.

Il contratto concordato dal punto di vista sostanziale è costituito dall'incontro tra la proposta del debitore e l'accettazione dei creditori. Tale accettazione però non è vincolata al raggiungimento dell'unanimità, quanto invece ancorata al principio maggioritario, il quale si applica diversamente se sussista o meno la suddivisione in classi.

Alla luce delle attuali modifiche è evidente che l'approvazione della maggioranza dei creditori ha un ruolo essenziale e determinante ponendosi al centro del concordato. Il debitore in stato di crisi presenta ai creditori una proposta di concordato, i quali nella votazione esprimeranno il loro consenso o dissenso a maggioranza.

Stante l'attuale fisionomia dello strumento è doveroso chiedersi quali possano essere le tutele riservate ai creditori dissenzienti. Sussiste un'evidente doppia sfaccettatura del principio di autonomia privata: da una parte la libertà di contrarre e dall'altra il diritto a non essere vincolati ad una volontà altrui. La questione qui discussa riguarda la seconda ipotesi.

In primo luogo si ritiene che il problema non si ponga in termini di diritto dei contratti. Non sussiste infatti una violazione dell'art 1372, comma 2, c.c. il quale prevede che "il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che non casi previsti dalla legge". Anche i creditori dissenzienti si considerano parti in senso sostanziale della proposta di concordato e soprattutto a seguito della recente novella che impone la presentazione di una lista

nominativa di creditori, lo sono anche gli assenti. “Chi pur non avendo cooperato a porre in essere la fattispecie del negozio, è soggetto a codesto rapporto giuridico, e pertanto destinato a risentire direttamente gli effetti del negozio, non va qualificato terzo, ma parte”.⁽²⁵⁾

Alcune perplessità sull’applicabilità del principio di maggioranza riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza erano sorte ancor prima delle modifiche del 2005.

In passato, proprio per tentare di conciliare tale principio con la natura privatistica dello strumento alcuni in dottrina e giurisprudenza avevano tentato di configurare il ceto creditorio come una collettività organizzata. Non si condivide qui l’opinione di chi in dottrina, con riferimento al concordato fallimentare ha riconosciuto nella massa creditoria una “collettività attraversata da comune interesse” rilevando l’esistenza di un “rapporto di strumentalità”⁽²⁶⁾ tra gli interessi dei creditori. L’estensione degli effetti del concordato a chi non vi abbia aderito o (ancor peggio) non abbia partecipato alla votazione, deriva da una previsione normativa, non dal principio maggioritario come applicato nel diritto societario e nel diritto dei contratti in genere.

Prima delle varie riforme era possibile assoggettare le minoranze ad una decisione della maggioranza in quanto ruolo attribuito al tribunale era molto più invasivo. Ad esso spettava infatti la valutazione della *meritevolezza* dell’imprenditore (costituita da: iscrizione nel registro delle imprese da almeno un biennio, la regolare tenuta della contabilità, il non assoggettamento alla procedura di fallimento o di concordato preventivo nei cinque anni precedenti, la mancanza di condanne per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l’economia pubblica, l’industria o il commercio) il quale era vincolato a certi limiti soddisfattivi nei confronti dei creditori, dai quali scaturiva anche un sindacato nel merito della proposta da parte dell’autorità giudiziaria. La tutela dei crediti della minoranza era quindi garantita dalla stessa procedura, la quale fungeva da eterotutela.

Non era concepibile una prospettiva di autotutela da parte dei creditori, costoro non compongono infatti un gruppo organizzato con struttura chiusa nel quale i soggetti siano titolari di interessi tra i quali intercorre un rapporto di strumentalità.⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 265.

⁽²⁶⁾ M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 179.

⁽²⁷⁾ R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984: l’autore ritiene che le regole dei contratti siano applicabili solo alle collettività con struttura chiusa, cioè composte da soggetti facilmente individuabili con esattezza. Egli si riferisce al concordato fallimentare riconoscendo la possibilità di individuare un gruppo almeno tra i creditori concorrenti. Nel concordato (segue) preventivo tale approccio pare inattuabile considerata la totale mancanza di un gruppo determinato come invece è quello del comitato dei creditori.

Se si intende tale rapporto come una reciproca utilità tra gli interessi in causa si conclude che esso non sia adatto alla procedura concordataria. Anche se il fatto di mirare a ottenere una “pronta” soluzione accomuna tutti i creditori, i singoli crediti da loro vantati non si coordinano tra loro, anzi, tendono prevalentemente a instaurare un conflitto in cui ciascuno cerca di raggiungere il risultato migliore per sé.

Stante in passato la garanzia del principio di maggioranza nel ruolo del tribunale (eterotutela), il legislatore delle riforme non si è dimostrato attento alle implicazioni che una scelta privatistica di sistema avrebbe comportato. È vero che dal punto di vista meramente sostanziale (per la conformazione del negozio concordato) sono applicabili all’accordo le regole del diritto dei contratti, non è altrettanto vero però, che le stesse valgono anche rispetto alla modalità di adozione della decisione la quale, non adattandosi completamente al principio di maggioranza, non risulta quindi tutelata.

Le decisioni dei creditori in sede di votazione, non solo implicano che i dissenzienti subiscano una volontà altrui, ma comprendono tra i loro destinatari anche gli assenti (le nuove regole introdotte con la modifica del D.L. n. 83 del 2012 delle quali qui di seguito). Inoltre, come si è detto, la posizione giuridica di ciascun creditore non è strumentale a quella di un altro, anzi, in conflitto con esso.

La prima delle due questioni rimane totalmente irrisolta, mancando in linea generale l’identificazione formale dell’insieme dei creditori. Parrebbe invece avere una soluzione la seconda: la legge fallimentare attribuendo al debitore la possibilità di suddividere i creditori in classi⁽²⁸⁾ permette di inserire nello stesso gruppo soggetti con interessi “comuni”. Ciò nonostante, si ritiene che anche se accomunati per interessi economici e posizioni giuridiche i creditori concorrano ciascuno per il proprio singolo interesse economico, il quale potrebbe essere comune a quello degli altri solo relativamente al profilo processuale, in quei casi in cui il peso della classe sia molto influente per il buon esito finale della procedura.

Rimane comunque la possibilità di proporre un concordato privo di classi in cui prendere una decisione a maggioranza significherebbe comprimere ingiustificatamente i

La previsione introdotta con il Decreto del Fare (D.L. n 69 del 2013) di depositare un elenco nominativo dei creditori riguarda esclusivamente la proposta di concordato e non è orientata a permettere di determinare in maniera precisa l’insieme dei creditori, quanto piuttosto a dare un’idea della massa passiva a carico della futura eventuale procedura concorsuale, vista la totale libertà accordata all’imprenditore nel caso del concordato in bianco.

⁽²⁸⁾ M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 437; L. ABATE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Il Fallimento*, 2008, p.253.

diritti dei creditori dissenzienti, dando vita ad una regolamentazione sospetta di legittimità costituzionale.

Prima del 2012, un ulteriore problema relativo alla formazione del consenso riguardava il procedimento con il quale il consenso veniva raggiunto. Il principio di maggioranza non assumeva il contenuto di una volontà prevalente e nemmeno era l'effetto di un atto impositivo per la generalità di tutti i partecipanti perché non costituiva la conseguenza di una decisione collegiale di tutti i creditori. Nel concordato, a differenza del fallimento, i creditori non si uniscono formando un comitato, non sarebbe infatti possibile colmare gli inconvenienti di una mancata partecipazione di tutti, contando assenti e dissenzienti.

Con la novella del 2012 il legislatore ha cercato di colmare questa mancanza, ha disposto che nel processo verbale di adunanza debba essere inserita l'indicazione nominativa dei creditori che hanno esercitato il voto e l'ammontare dei loro crediti. Grazie a questa previsione sarà possibile che gli assenti facciano pervenire il loro eventuale dissenso in sede di omologazione e in caso di mancanza, saranno considerati consenzienti, rilevando ai fini del calcolo della maggioranza. Tuttavia, tale intervento è opinabile: mancante un comitato dei creditori non si comprende come vengano individuati gli assenti e inoltre pare che si miri solo a coinvolgere tutti gli interessati, ma non a tutelare i loro interessi. Si è così equiparata la posizione del creditore assente a quella del creditore consenziente, per cercare di rafforzare la soluzione negoziale del concordato.

Nonostante i plurimi sforzi, la tesi privatistica a proposito della formazione del consenso rimane ancora lacunosa: restano infatti tuttora irrisolti il principio di maggioranza dei creditori che non rivestono una posizione omogenea (in mancanza delle classi) e l'applicabilità di tale principio ai terzi estranei all'accordo.⁽²⁹⁾

Come accadeva prima delle varie riforme, anche ora, sarà il tribunale a dover bilanciare gli interessi in causa, sia con riferimento alla tutela dell'adeguata informazione che alla corretta formazione delle classi.

“La regola della maggioranza funziona bene in presenza di tre condizioni: 1) quando c'è comunanza di interessi tra i membri del gruppo; 2) quando sono previsti limiti inviolabili

⁽²⁹⁾ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 527.

della maggioranza (“diritti individuali”); 3) quando il voto è esercitato secondo correttezza”.⁽³⁰⁾

La valutazione del tribunale serve quindi a giustificare l’imposizione della soluzione concordataria anche agli assenti e dissenzienti, legittimando l’ablazione della residua parte di credito di questi, servendosi dell’omologazione per il disconoscimento del verificarsi di una vicenda di natura espropriativa, sorretto dal riscontro della “non convenienza” dell’alternativa fallimentare valutata sull’interesse di ciascun creditore.

“Il voto dell’assemblea non può avere l’efficacia di deliberare la chiusura per concordato del processo di fallimento, perché questo vorrebbe dire che quel voto può disporre, contro la volontà della minoranza, del diritto di azione esecutiva pertinente a ciascuno dei creditori. [...] Ora una simile espansione del principio maggioritario, per cui la maggioranza potrebbe espropriare i componenti la minoranza del diritto di azione, non conforme al nostro diritto positivo”.⁽³¹⁾

In ragione di tali affermazioni, per la nuova disciplina marcatamente “contrattualistica” ciascun creditore è portatore del proprio interesse ed è l’unico soggetto legittimato ad esprimere la propria volontà in relazione ad esso rispetto agli interessi degli altri soggetti. Discostarsi da questa impostazione significherebbe impedire ai creditori di esercitare la loro libertà negoziale, violando il diritto costituzionalmente garantito all’art. 41 comma 1, Cost.. Il fatto stesso di poter manifestare la volontà contraria è espressione della libertà di iniziativa ed è difficilmente giustificabile lo spazio lasciato in sede di decisione nel concordato alla maggioranza. Si ritiene come si è detto sopra, che tale imposizione sia *tout court* una conseguenza della legge, della quale però è difficile individuare il principio fondante.

Pare evidente che nell’accogliere la tesi privatistica è impossibile escludere totalmente quella processual-pubblicista, non perché essa debba servire per definire la natura dello strumento, ma perché giova alla ricostruzione della presenza costante del tribunale durante tutta la procedura. Prima del più recente intervento della Corte del 2013 (del quale si tratterà nel dettaglio nel terzo capitolo) tale funzione si manifestava principalmente nel giudizio di omologazione.

⁽³⁰⁾ STANGHELLINI, *Creditori “forti” e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali*, In *Il Fallimento*, 2006, p. 377.

⁽³¹⁾ A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937,.

La natura contrattualistica a sua volta permette al tribunale di applicare al “negozio concordato” tutte le disposizioni relative alla disciplina dei contratti, ivi comprese quelle che riguardano gli obblighi di correttezza e buona fede nelle trattative tra privati. Tali obblighi valgono come criteri oggettivi per valutare quelle fattispecie che la giurisprudenza ha nel tempo fatto rientrare nell’istituto dell’abuso di diritto.

Si ritiene pertanto che a fianco al sindacato di legittimità riconosciuto di recente all’organo giudicante, permanga quindi il potere di valutare tutte quelle condotte che potenzialmente configurino usi strumentali della procedura. Entrambi i giudizi ricevono la loro legittimazione dalla necessità di tutela e bilanciamento degli interessi dei creditori coinvolti.

Si tratterà nello specifico nel prossimo capitolo del concetto di abuso di diritto in relazione alle procedure concorsuali, avendo particolare riguardo per la posizione assunta dai giudici di merito negli ultimi anni.

11. L’opinione della Corte di legittimità

Procederemo qui di seguito con una breve analisi degli argomenti affrontati e assunti dalla Corte sulla questione della natura del concordato e su argomenti che ne suggeriscano il punto di vista.

Con una prima pronuncia l’attenzione è stata subito riposta sul ruolo del giudice, asserendo che non gli spetti il giudizio sulla fattibilità del concordato preventivo, rimettendolo invece ai creditori in sede di votazione previa indagine del commissario giudiziale il quale deve garantire la completezza, veridicità e attendibilità dei dati offerti.⁽³²⁾ Proporre una soluzione di questo tipo significava essenzialmente ritenere che il legislatore delle riforme volesse orientarsi per la natura privatistica del concordato, come un contratto tra debitore e creditori, in cui il tribunale doveva limitarsi a conferire l’efficacia mediante la sentenza di omologazione.

Una seconda pronuncia sull’argomento, proseguendo nella stessa direzione della precedente, ha riposto maggiore attenzione ad un altro aspetto: si è precisato che la documentazione prodotta dal debitore debba essere completa ed esauriente e che la relazione dell’attestatore debba essere adeguatamente motivata in modo da consentire al commissario

⁽³²⁾ Cass. Civ., Sez I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Il caso.it*.

di procedere ad una valutazione critica idonea ad informare i creditori sulla complessiva situazione economica dell'impresa e sulla portata della crisi. In questa occasione, si è inoltre rilevato, come il potere del tribunale in sede di vaglio di ammissibilità non debba sovrapporsi alla valutazione della veridicità delle informazioni effettuata dal professionista, né divenire una verifica diretta degli stessi, la quale è riservata al commissario e può eventualmente sfociare nella revoca del concordato a seguito di una sua denuncia al tribunale.⁽³³⁾

Quest'orientamento interpretativo ha fatto riacquistare credibilità alla soluzione negoziale, lasciando da parte l'intervento giurisdizionale e privilegiando il principio di autonomia delle parti e della loro autotutela.

Lo stesso principio interpretativo qui enunciato è stato poi analogicamente applicato anche in sede di revoca ex art. 173 l. fall., dove il parere del commissario giudiziale è ancora una volta indirizzato ai creditori. Soltanto se sorga, un conflitto tra di loro in ordine alla fattibilità del piano, è possibile che il tribunale intervenga per dirimerlo.⁽³⁴⁾

Ciò significava sostanzialmente ritenere che nel giudizio di omologazione sarebbero emersi aspetti cognitivi-contenziosi soltanto se il creditore si fosse opposto per far valere le proprie doglianze, dando ancora una volta spazio all'intervento delle parti e confermando ulteriormente la natura contrattuale del concordato. La Corte di legittimità nelle pronunce successive ha continuato su questa linea, occupandosi del ruolo dei soggetti e del giudizio del tribunale sulla fattibilità del piano.

La Cassazione si è poi occupata del carattere da attribuirsi all'intervento del giudice, nel senso di individuare quali siano i poteri cognitori dei quali egli dispone. Si è ritenuto che il tribunale possa occuparsi di valutare la suddivisione in classi dei creditori e i criteri di correttezza impiegati, con riferimento all'adeguatezza della relazione del professionista e della fattibilità del piano. Si è inoltre ravvisato un potere di emendare in modo sostanziale e migliorativo la proposta laddove si prevede ex art. 162 l. fall. che il tribunale possa concedere un termine al debitore per integrare il piano e produrre nuovi documenti. Da ultimo, la corte ha poi riposto l'attenzione sull'art. 180 l. fall., nel testo originario, con un'interpretazione orientata ad individuare un potere del tribunale di rilevare in via officiosa una serie di vizi di legittimità, riguardanti la nullità del negozio. Il tentativo della Cassazione era di riconoscere un giudizio di legittimità sostanziale del tribunale durante tutto l'arco procedimentale.

⁽³³⁾ Cass. Civ., Sez I, 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Il caso.it*.

⁽³⁴⁾ Cass. Civ., Sez I, 23 giugno 2011 n.13817, in *Il caso.it*.

Sul punto in dottrina si è obiettato⁽³⁵⁾, ritenendo che il potere di integrazione potrebbe essere letto come un'esigenza di una più estesa informativa del piano in favore dei creditori e che la posizione del giudice e quella del perito non sono sovrapponibili, dal momento che quest'ultimo viene nominato dal debitore.

Rimane ancora ampiamente dibattuta la questione concernente le invalidità che il tribunale può rilevare d'ufficio in sede di omologazione, non avendo la Corte sul punto una visione unitaria. Talvolta la Corte si è pronunciata riproponendo la natura contrattuale mentre in altri casi ha avvalorato la tesi pubblicistica; da ciò ne deriva “una non totale sintonia nella giurisprudenza di legittimità, un non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito ed un ampio dibattito in dottrina con la prospettiva di soluzioni non coincidenti”.⁽³⁶⁾ Si ritornerà sulla questione dopo aver valutato nello specifico i punti critici della procedura e le loro conseguenze pratiche, volendo offrire una lettura risolutiva in sede di conclusion

⁽³⁵⁾ A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 42.

⁽³⁶⁾ Cass 15 dicembre 2011, n. 27063, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 229, con nota di A. DI MAJO, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*

CAPITOLO II

L'ABUSO DEL CONCORDATO

1. L'abuso di diritto: cenni storici

L'abuso del diritto è un istituto di matrice francese della metà dell'Ottocento, fondato sull'idea che i privati non possano sfruttare in maniera ingiustificata le prerogative loro offerte dallo Stato.

In Italia, come in Francia, l'abuso non è stato tradotto in una norma positiva, rimanendo oggetto del dibattito tra dottrina e giurisprudenza, le quali ne hanno usufruito per giudicare l'esercizio corretto dell'autonomia privata.

La Corte di Cassazione in un'importante sentenza del 2009 ne ha definito gli elementi costitutivi: “ 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extra-giuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte”. In base a questa definizione si può facilmente dedurre che l'abuso sia collegato all'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento in modo formalmente legittimo, il quale però abbia “utilità diverse e ulteriori rispetto a quelle che con l'attribuzione del diritto l'ordinamento intende assicurargli”.⁽³⁷⁾

Sempre la Corte, nella stessa sentenza ha infatti ritenuto che la condotta abusiva si integri quando “nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”.

⁽³⁷⁾ C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol I, Roma, 1988, p.1.

Il problema dell'abuso concerne quindi il confronto degli interessi in gioco in un determinato rapporto, derivando l'abuso dalla sproporzione fra il beneficio che deriva all'autore dell'atto e il pregiudizio subito dalla controparte.⁽³⁸⁾

Poiché la valutazione si svolge a partire dall'esercizio di un diritto formalmente conforme alla legge, non si potrà parlare di abuso qualora l'atto posto in essere sia *contra legem*, cioè non rispetti i presupposti che l'ordinamento prevede, collocandosi la condotta al di fuori della cornice predisposta dal legislatore. In casi di questo genere l'interprete dovrà guardarsi bene dall'applicare il principio dell'abuso di diritto, considerando prima se il nostro sistema offra criteri di soluzione *ad hoc* e quindi più sicuri.

L'abuso è stato oggetto di numerose critiche, in principio concernenti la sua ammissibilità e determinatezza, da ultimo, per lo più indirizzate ad analizzare la reale "utilità" dell'istituto, considerandolo come un doppione della "buona fede". Anche se la dottrina ha sempre dimostrato forti perplessità al riguardo, la giurisprudenza nel tempo ha attribuito sempre più rilevanza all'istituto, ritenendolo espressione del principio di correttezza a buona fede meramente a titolo esemplificativo. Ne si può di conseguenza notare l'applicazione in diversi ambiti giuridici: quello societario, quello dei rapporti contrattuali, dei rapporti processuali e del diritto tributario.⁽³⁹⁾

Gli interpreti nell'applicazione si sono tuttavia contraddetti: l'indagine infatti si svolgeva valutando la conformità del comportamento del soggetto agente con il criterio di "buona fede" e per questo è stata criticata dalla dottrina più favorevole all'indipendenza dell'istituto, la quale ha cercato di determinare un criterio in grado di differenziare il sindacato sulla ricorrenza dell'abuso rispetto a quello sulla violazione della buona fede.

Il metodo individuato configura l'indagine sull'abuso ponendovi ad oggetto "lo scopo" per cui l'atto viene posto in essere e riconoscendo nell'analisi sul rispetto della clausola generale di buona fede le modalità con cui il diritto viene esercitato.⁽⁴⁰⁾

⁽³⁸⁾ Si condivide l'opinione di F. MACRI', *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 16; in linea con G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto*, Giuffrè Editore, 2014, p.380.

⁽³⁹⁾ Vedi F. MACRI', op. cit..

⁽⁴⁰⁾ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, p. 22 il quale sulla differenza tra le due forme di sindacato si esprime nel seguente modo: " mentre l'applicazione della tecnica dell'abuso del diritto implica (come già visto) un controllo "causale" dell'atto di esercizio del diritto (perché mira ad evitare che quest'atto di esercizio possa ipoteticamente essere stato posto in essere per conseguire uno scopo/risultato diverso e ulteriore rispetto alle utilità che l'ordinamento garantisce al titolare della situazione giuridica attiva), nel caso in cui il controllo sull'esercizio del diritto viene operato attraverso il canone della buona fede non si indica lo "scopo" per il quale tale esercizio è avvenuto (scopo che, in tesi, si deve immaginare corrispondente alla finalità per la quale è avvenuta l'attribuzione del diritto), ma si censurano piuttosto (segue)

Questa premessa per concludere che nel nostro ordinamento i confini dell'abuso non sono ancora ben delineati e che si deve badare bene a come e quanto l'istituto venga utilizzato per dare una soluzione ai casi pratici: altri principi e norme giuridiche più specifiche garantiscono infatti maggiormente la certezza del diritto.

2. Il diritto fallimentare e l'abuso di diritto

A seguito delle recenti riforme orientate alla concezione privatistica/negoziale del concordato, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si è focalizzata sempre di più sui comportamenti dei debitori. Il rischio che si intravedeva era proprio che costoro, disponendo di vari strumenti per la soluzione negoziale della crisi, cercassero di farne un uso distorto con un fine diverso da quello previsto dal legislatore.

Si rileva infatti, che successivamente alle riforme, la giurisprudenza di frequente abbia fatto ricorso all'istituto in questione, proprio per inquadrare particolari atti compiuti dai debitori. Procederemo qui di seguito con un'elencazione, sintetica e per sommi capi, delle fattispecie di esercizio abusivo di prerogative legittime individuate dagli interpreti del diritto fallimentare negli ultimi anni.

Anzitutto, si è pensato all'abuso in relazione alla formazione delle classi di creditori nel concordato preventivo, cioè in quei casi in cui non ci fosse un'effettiva differenza in termini di omogeneità di posizione giuridica e interessi economici dei creditori come previsto dal legislatore, ma si volesse soltanto cercare di ottenere una suddivisione del ceto creditorio tale da permettere di raggiungere con più facilità la maggioranza necessaria per l'approvazione del concordato.⁽⁴¹⁾

Con riguardo al concordato fallimentare invece, si è adottato il principio dell'abuso in quei casi in cui l'accordo risultasse ingiustificatamente volto a favorire un creditore rispetto agli altri violando in tal senso il principio della *par condicio creditorum*. Tale orientamento non è però stato condiviso dalla Corte di cassazione⁽⁴²⁾, la quale non ha individuato la sussistenza dell'abuso ritenendo che sia la stessa legge fallimentare ad ammettere deroghe al

le modalità con le quali esso si è realizzato, modalità che per l'appunto possono essere tali da fare ritenere sleale la condotta del contraente".

⁽⁴¹⁾ Trib. Milano 19 novembre 2011, in *Il caso.it*; Trib. Monza 5 luglio 2011, in *Il caso.it*; Trib. Monza 25 novembre 2011, in *Il caso.it*.

⁽⁴²⁾ Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Il caso.it*.

principio suddetto proprio laddove concede all'imprenditore di riservare trattamenti differenziati ai creditori.

La stessa Corte poi ha fatto riferimento all'abuso di diritto laddove emergessero in corso di procedura concordataria, comportamenti contrari a buona fede non suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 173 l. fall., cioè quelli non riconducibili "agli altri atti di frode" in maniera tale da creare una fattispecie di chiusura, comprensiva di condotte altrimenti non sanzionabili.

Da ultimo l'istituto è stato chiamato in causa in quei casi in cui si ravvisava un tentativo da parte dei debitori di paralizzare le istanze di fallimento pendenti nei loro confronti, servendosi di reiterate modifiche di domande di concordato preventivo precedentemente proposte, e cercando di tenere conto dei rilievi del commissario giudiziale al fine di evitare la declaratoria di inammissibilità.⁽⁴³⁾

La giurisprudenza di merito si è pronunciata ritenendo che tali condotte esprimano soltanto un "proposito meramente dilatorio" e che in questi casi il debitore abusi del diritto di disporre della gestione della procedura concordataria, volendo stabilire i tempi delle procedure concorsuali in maniera unilaterale e potestativa.

3. L'abuso del concordato preventivo

Si vuole ora verificare la compatibilità della nozione di abuso del diritto come accolta dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina in relazione alla procedura di concordato preventivo.

Innanzitutto bisogna chiedersi: "abuso di che cosa?". Porsi questa domanda significa interrogarsi su quale sia l'oggetto dell'abuso cioè, in termini giuridici, cercare di individuare il diritto, il potere o la facoltà di cui il titolare fa un uso strumentale e a tale fine può essere agevole scomporre il contenuto del ricorso, analizzando distintamente le questioni inerenti a: domanda, proposta e piano.⁽⁴⁴⁾

La domanda è "la domanda con la quale il debitore chiede che la crisi (o l'insolvenza) sia regolata secondo la disciplina del concorso (in luogo della disciplina civilistica

⁽⁴³⁾ Trib Napoli 23 novembre 2011, in *Il caso.it*; Trib. Latina 30 luglio 2012, in *Il caso.it*.

⁽⁴⁴⁾ Si riporta qui l'opinione di G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, pp. 1064 e 1065, in commento a: Trib. Milano 24 ottobre 2012, il quale fa riferimento a: Cass. Sez. un., 23 gennaio 2013, 1521.

dell'esecuzione forzata) e segnatamente, del concorso concordatario. Dunque la domanda di omologazione del concordato preventivo è prima di tutto espressione della richiesta dell'imprenditore di non applicare il regime del fallimento (se l'impresa è insolvente) o dell'esecuzione forzata (se l'impresa è in crisi) e dunque oggetto del processo di omologazione del concordato è il potere del debitore di ottenere di regolare la crisi con lo strumento dell'autonomia negoziale e cioè di quell'autonomia negoziale che si sostanzia in una proposta che viene rivolta ai creditori sulla base di un piano che si ritiene realizzabile”.

La proposta è “la proposta negoziale che il debitore formula ai suoi creditori; con la proposta il debitore assume un impegno e questo impegno diviene vincolante una volta omologato il concordato, ma nella proposta l'imprenditore disegna anche il contenuto dell'obbligazione che si assumeranno i creditori. Obbligazione che sarà tanto articolata quanto lo è la proposta del debitore. La ragione per la quale nella proposta di concordato il debitore deve prevedere anche le obbligazione *ex latere creditoris* dipende dalla dinamica di formazione dell'accordo: i creditori [...] sono chiamati ad accettare o rifiutare la proposta e nella proposta l'imprenditore deve anche stabilire quale è la misura delle concessioni che i creditori sono ancora disposti a fare al debitore”.

Il piano poi, è “lo strumento operativo per formulare la proposta. Il piano si rivela come l'architettura operativa per farsi sì che la proposta appaia ai creditori credibile; è evidente l'*interconnessione* fra piano e proposta, ma questo non esclude che fra i due profili vi sia anche autonomia. [...] In sintesi la proposta può essere accettata anche se il piano non convince (ma i creditori confidano comunque nell'impegno del debitore), ovvero può essere rifiutata anche se fondata su un piano convincente”.

Pare ragionevole ritenere che non abbia alcun senso parlare di abuso riguardo al piano: si tratta di uno strumento accessorio alla proposta ed in quanto tale non ha rilevanza giuridica al di fuori di essa.

Rimangono da analizzare proposta e domanda.

Rispettivamente con riferimento alla prima, non pare configurabile una condotta abusiva: se l'imprenditore redige una proposta non conforme, sacrificando in maniera ingiustificata gli interessi dei creditori, si assumerà un obbligo illecito; la valutazione non si svolgerà tanto sull'abuso, quanto piuttosto nel merito del contenuto dell'impegno e delle conseguenze, positive e negative che esso impone ai creditori. Quando le previsioni della proposta sono incompatibili con norme inderogabili, si pone infatti un problema di legittimità giuridica del piano, censurabile dal Tribunale, in sede di ammissibilità, revoca o

omologazione. Non si qui è in presenza di un “abuso”, quanto piuttosto di un “illecito” tipico, trattandosi di un atto non conforme alle regole giuridiche e prevedendone l’ordinamento la sanzione specifica. Se si voglia poi considerare l’opzione in cui le previsioni della proposta non siano contrarie a norme inderogabili, si può ritenere che il giudizio su esse ancora una volta, non coinvolga l’abuso ma, verifichi la realizzabilità della causa concreta e quindi la sua “fattibilità giuridica”.

Tracciato il profilo della proposta e stabilito che non se ne possa abusare, l’ultimo elemento sul quale interrogarsi è la domanda. Se pensiamo alla domanda come allo strumento che conduce al concordato allora la condotta abusiva si può annidare proprio nella scelta dell’imprenditore, che dovrà essere valutata dal tribunale caso per caso. L’interprete deve mantenere la sua attenzione sugli interessi perseguiti dall’imprenditore, senza mai perdere di vista quelli propri del concordato nei confronti dei creditori.

Una recente pronuncia della Cassazione ha rilevato come l’abuso della domanda si possa annidare nella particolare condotta del debitore che compie “comportamenti depauperativi del patrimonio [...] posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria”.

Si tratta del caso di una società che dopo essere stata ammessa al concordato preventivo, a seguito del procedimento di revoca è stata dichiarata fallita. Il tribunale, servendosi delle segnalazioni dei commissari giudiziali ha rilevato infatti la sussistenza di atti di frode ex art. 173 l. fall., ritenendo quindi divenute mancanti le condizioni di ammissibilità alla soluzione concordataria. La decisione del giudice di primo grado è stata poi confermata in appello e quindi portata fino in Cassazione, la quale ha espresso il principio di diritto sopra menzionato rilevando che l’interesse tutelato, e in questo caso violato, è la corretta percezione da parte dei creditori della reale situazione del debitore.⁽⁴⁵⁾

Come si è detto nel primo capitolo, il potere di scegliere concretamente se accettare o meno il concordato è nelle mani dei creditori; è questa la ragione per la quale è necessario preoccuparsi di garantire il soddisfacimento dei loro interessi. Data la loro particolare posizione, rivestono il primo posto nell’assetto degli interessi del concordato, e quindi in sede di eventuale abuso, com’è accaduto, sono e devono essere, i primi ad essere tutelati.

⁽⁴⁵⁾ Cass. civ, Sez I, 23 giugno 2011, n. 13818, in *Il caso.it*.

È bene chiedersi quali siano gli interessi in causa: i creditori devono poter essere messi in condizione di decidere in maniera adeguatamente informata quale tra le varie alternative prospettate preferire.

Per come sono stati fin qui tracciati i confini entro cui è effettivamente possibile fare ricorso all'istituto dell'abuso, esso quindi si configura come uno strumento finalizzato al miglioramento della qualità della procedura e non invece alla punizione del soggetto agente: cioè come un'aggiunta a quegli istituti già previsti e tipizzati dal legislatore per proteggere gli interessi in gioco.

Sono previsti *expressis verbis* i casi in cui il tribunale può bloccare il normale *iter* della procedura con il suo intervento, nel giudizio di ammissione, nel procedimento di eventuale revoca e nel giudizio di omologazione, e la conseguenza comune a queste ipotesi si concretizza nella possibilità per i creditori e per il pubblico ministero di depositare l'istanza di fallimento. Nel corso degli anni, a seguito delle più recenti riforme, si è notato come tali interventi non siano sufficienti ad arginare le condotte scorrette dei debitori ed è stata questa la ragione che ha indotto molti tribunali a ricorrere all'istituto dell'abuso, per salvaguardare il normale corso delle procedure concordatarie, sempre più spesso oggetto di usi strumentali.

Ora, dopo aver individuato la funzione della domanda e gli interessi dei soggetti terzi che potrebbero subire pregiudizio, si può verificare quali siano le condizioni che consentono di affermare che quella posta in essere dal debitore nel caso concreto, sia una condotta abusiva.

Se con la domanda si sottopone prima al tribunale e poi in sede di votazione ai creditori la richiesta di risolvere la crisi d'impresa con una procedura concorsuale alternativa al fallimento, allora essa assolverà la sua funzione quando metterà costoro nella posizione di scegliere liberamente. La libertà di scelta si concretizza nel poter valutare in tempi rapidi e con modi trasparenti, le varie alternative loro prospettate.

Nel caso menzionato sopra, la società, consapevole della pendente istanza di fallimento nei suoi confronti aveva cercato di proporre ai creditori un accordo che potesse far loro credere che l'esito finale sarebbe stato migliore di quello che avrebbero ottenuto dalla liquidazione fallimentare. Formalmente la domanda rispettava i requisiti per l'ammissibilità e non è da biasimare il giudice che abbia consentito al debitore l'accesso alla procedura. Iniziata poi la liquidazione, i commissari, non hanno potuto non rilevare la non coincidenza tra quanto promesso e quanto realmente concretizzabile. Fu questa la ragione che indusse il tribunale alla revoca ed alla successiva dichiarazione di fallimento, rilevando l'abuso proprio

laddove il debitore aveva inteso utilizzare il concordato sì per evitare il fallimento, ma senza alcuna prospettiva risanatoria o recuperatoria, traendo in inganno i creditori.

Un altro caso di abuso, differente da quello appena descritto nel caso concreto, riguarda il plurimo esercizio della facoltà di modificare la proposta di concordato preventivo nel corso della procedura e sino al momento dell'apertura delle operazioni di voto ex art. 175 comma 2 l. fall. per ottenere sistematici rinvii dell'adunanza dei creditori e un prolungamento della durata della procedura e dei suoi effetti.

Parrebbe che il caso esuli dall'abuso della domanda trattandosi di una condotta che riguarda la modifica della proposta. Si può tuttavia ritenere che le due fattispecie siano entrambe riconducibili sotto quella unitaria dell'abuso dello strumento processuale, perché anche nel caso di abusiva modifica, il problema non verte sul contenuto di essa, ma sull'utilizzo dello strumento processuale deviato dal suo fine tipico.⁽⁴⁶⁾

Un altro caso di abuso di concordato preventivo può infine individuarsi laddove il debitore utilizzi gli strumenti del concordato e pre-concordato con il solo fine di allungare i termini per il deposito della proposta e del piano. Di recente si sono individuate spesso in giurisprudenza di merito situazioni di questo tipo in cui ad esempio il debitore aveva depositato una domanda di concordato in "in bianco" solo ed esclusivamente per avere a disposizione i giorni in più concessi dal tribunale per redigere piano e proposta, che poi non venivano depositati.

Un altro *escamotage* usato invece per allontanare sempre di più il momento del giudizio di ammissibilità è stato quello di chiedere anche la convocazione del tribunale per integrazioni una volta depositata la domanda, temporeggiando, con il grande beneficio di poter continuare a svolgere l'attività d'impresa sotto l'ombrello protettivo offerto dalla procedura. In ipotesi di questo genere è possibile intravedere tanto un abuso del concordato preventivo quanto un abuso del concordato con riserva, anche se relativamente al secondo, data la libertà che la norma attribuisce al debitore nella gestione dei tempi processuali, la sussunzione oggettiva della fattispecie concreta in un caso di uso strumentale di un diritto, sarà più complessa. Non ci soffermiamo qui sul punto: si analizzerà attentamente la fattispecie dell'abuso riguardo al concordato con riserva nei paragrafi che seguono.

⁽⁴⁶⁾ Si riporta l'opinione di G. D'ATTORRE, op. cit., p. 1070.

4. L'abuso del concordato "in bianco"

La presentazione di una domanda di concordato con riserva, come appena accennato, si presta a facili elusioni e strumentalizzazioni. Numerosi rischi di abuso si annidano nella fase che va dal deposito della domanda di concordato in bianco e l'ammissione alla procedura a seguito del deposito della proposta, del piano e della documentazione.

Una volta depositata la domanda, il debitore ha tutto il tempo per compiere liberamente le sue scelte. Ha un termine (da 60 a 120 giorni, prorogabile di un massimo di 60 giorni) piuttosto ampio per depositare il piano e la proposta, durante il quale è totalmente protetto da eventuali pressioni ostative esercitate dai creditori. Tale termine, inoltre, secondo un orientamento che si condivide, può essere eventualmente integrato di non più di 15 giorni ex art. 162 l. fall., se il tribunale lo ritenga necessario considerando la domanda carente di informazioni determinanti per l'esito del giudizio di ammissibilità.⁽⁴⁷⁾ Questo periodo è da sempre visto come un'arma a doppio taglio, da un lato sicuramente sostiene e agevola gli imprenditori in stato di crisi nella fase della stesura di piano e proposta, dall'altro però sottopone i creditori al rischio che l'esito che inizialmente si erano prospettati cambi radicalmente.

È necessario ora porsi alcuni quesiti. Cosa può fare il debitore durante questa fase? Come può sfruttare in maniera distorta gli strumenti che gli vengono concessi? I casi sono molteplici.

Un primo rischio di abuso si annida nella primissima fase: la variazione del termine da 60 a 120 giorni è un'agevolazione che può essere sfruttata dall'imprenditore a suo piacimento, dal momento che la disciplina relativa alle motivazioni che possono indurre a concedere un periodo di tempo piuttosto che un altro non è espressamente stabilita. La giurisprudenza ha ritenuto che in mancanza di richieste specifiche di maggior termine oppure in casi di richieste in tal senso immotivate o non supportate da idonea documentazione, il tribunale dovrebbe sempre consentire il termine minore.

⁽⁴⁷⁾ Si condivide l'orientamento del Tribunale di Terni, 16 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2010, Ms n. 274, il quale applica estensivamente l'art. 162 l. fall. anche alla nuova fattispecie di concordato in bianco. Si ritiene che a prescindere dalla tipologia, è nell'interesse sia dei creditori che del tribunale che la decisione sull'ammissibilità sia presa avendo avuto a disposizione il maggior numero di informazioni possibili. Non si condivide l'opinione di A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, in nota n.25, il quale ritiene che applicare analogicamente tale integrazione significhi "snaturare" la natura del concordato "in bianco".

Per quanto concerne l'ipotesi di mancanza di richieste specifiche, ad esempio, il tribunale di Mantova ha parlato di richiesta motivata, sottolineando che un eventuale termine superiore a quello minimo possa essere concesso solo se richiesto e se fondato sulla particolare complessità dell'attività di ricognizione e quantificazione di una parte dell'attivo.⁽⁴⁸⁾

Riguardo invece le altre due ipotesi, il tribunale di Perugia e di Palermo, hanno rispettivamente ritenuto che se l'imprenditore intenda ottenere la fissazione del termine massimo di 120 giorni debba presentare un'istanza congruamente motivata con riferimento alla complessità della proposta e del piano e che il termine in questione debba essere concesso nella misura minima se manchino gli elementi indiziari idonei, il cui onere di allegazione grava sul debitore.⁽⁴⁹⁾

Pare condivisibile che in questo modo si sia incanalata la questione limitando eventuali rischi di condotte abusive, applicando in maniera il più rigorosa possibile il margine discrezionale dell'organo giurisdizionale, permettendogli di valutare da subito la bontà dell'iniziativa entro certi canoni.

Un nuovo allarme si rileva nel permettere al tribunale di concedere un eventuale termine non superiore a 15 giorni per l'integrazione dei documenti depositati. C'è chi ritiene, con opinione qui non condivisa, che concedere questo termine analogicamente snaturerebbe l'istituto del concordato in bianco, previsto appunto in assenza di un obbligo di *discovery* immediato ed integrale. Non pare però che si possa, in generale, in una procedura concordata, prescindere da una corretta informazione, con la consapevolezza che accettare questo ulteriore allungamento possa da un lato essere a vantaggio dell'interesse informativo ma dall'altro rivoltarsi contro gli stessi creditori. Anche in questa ipotesi, è nelle mani del tribunale il potere di capire la reale bontà della richiesta, e non sarà facile individuare quali siano i limiti di una corretta informazione, per concedere o meno l'integrazione. Non è scontato infatti che il reale fine che il ricorrente intende perseguire sia quello di avere il tempo necessario per redigere il piano e la proposta avvalendosi dei benefici della procedura, lo scopo potrebbe essere infatti meramente dilatorio, tanto in questo caso che in quello precedente. I 15 giorni in più possono essere utili per una valutazione preventiva per non ritrovarsi poi a rigettare in sede di ammissione, però sono comunque giorni in più, che in situazioni particolarmente critiche economicamente, come quelle di cui si tratta, possono

⁽⁴⁸⁾ Trib. di Mantova, 27 settembre 2012, in *IFallimentarista.it*.

⁽⁴⁹⁾ Trib. di Perugia, 4 ottobre 2012, in *Il caso.it*; Trib. di Palermo, 2 ottobre 2012, in *Il caso.it*.

influire largamente in maniera peggiorativa. Pare comunque più corretto prevenire che affrontare il problema poi, quando magari la procedura sia già stata innescata.

Scaduti tali termini senza che vengano depositati la proposta di concordato e la relativa documentazione, il legislatore nega per il biennio successivo, la possibilità di chiedere un nuovo concordato in bianco, ma ammette la presentazione di un ricorso per l'ammissione ad una procedura ordinaria di concordato preventivo. La nuova domanda sarà quindi ammissibile, precisando che gli effetti protettivi non potranno saldarsi con quelli della domanda di concordato con riserva che, per l'effetto della scadenza del termine, sono cessati.

Il debitore, ancora una volta, dispone di un'alternativa che lascia senza dubbio spazio ad eventuali strumentalizzazioni con fini dilatori, per allontanare la dichiarazione di fallimento già richiesta, o quella eventualmente incombente.

Se si considera con attenzione il susseguirsi dei termini si può osservare come la somma dei 120 e della proroga di 60, equivalga esattamente al periodo sospetto previsto dall'art. 67 l. fall. per la revocatoria fallimentare degli *atti normali*. Se alla scadenza dei termini, come anzi detto, mancassero piano e proposta, il ricorso per concordato dovrebbe essere dichiarato inammissibile, con il risultato che una procedura concordataria non si sarebbe nemmeno aperta. Da ciò deriverebbe che quegli atti ordinari, considerati *atti normali*, compiuti oltre il semestre dalla eventuale dichiarazione di fallimento a seguito della dichiarazione di inammissibilità, non potrebbero più essere aggrediti con l'azione revocatoria fallimentare. Giacché gli atti in questione sono quelli compiuti a ridosso del deposito della domanda di concordato in bianco, una coincidenza del genere non può di certo essere sottovalutata, finendo per proteggere anche il debitore che si fosse servito del pre-concordato solo per “stare il più possibile alla larga” dal fallimento, e non invece con gli scopi prefigurati dal legislatore.⁽⁵⁰⁾

Questa lettura non è tuttavia condivisibile; è ormai acclarata in dottrina e giurisprudenza la tesi della *consecutio* tra le procedure concorsuali, sia che si tratti di concordato e fallimento⁽⁵¹⁾ o di plurimi concordati. Secondo questa lettura gli effetti del nuovo concordato o del fallimento si computano a ritroso a partire dalla data di iscrizione del primo ricorso.

⁽⁵⁰⁾ A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, pp. 116 e ss..

⁽⁵¹⁾ Cass. civ., Sez. I, 6 agosto 2010, n.18437, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1136.

I casi sin qui descritti sono inerenti ad ipotesi in cui la proposizione della domanda di concordato con riserva sia espressione di un intento meramente dilatorio, volto unicamente ad ottenere “l’ombrello protettivo da azioni esecutive da parte dei creditori senza la minima intenzione di realizzare un piano o una proposta concordataria”.

Ci sono invece ipotesi in cui l’abuso e la conseguente inammissibilità o revocabilità della domanda possono derivare “dal grave rischio di commissione di atti illeciti in caso di prosecuzione dell’attività gestoria in capo al debitore nella fase successiva alla concessione del termine”.⁽⁵²⁾

In questo secondo caso, il problema sposta l’attenzione su un altro importante argomento oggetto di ardente dibattito in dottrina e giurisprudenza: il ruolo del tribunale. Data la fattispecie, spetterà all’organo giudicante accertare il rischio del compimento dell’illecito, con l’accorgimento di non oltrepassare i confini e i criteri della valutazione prognostica, finendo altrimenti per esprimere un giudizio che esula dai suoi poteri.

Una conclusione di questo tipo è ancora una volta un’arma a doppio taglio, dare al tribunale la possibilità di pronunciarsi su tale abuso significa infatti ampliare il suo potere, consegnandogli uno strumento per riportare a sé quei controlli di moralità sulla condotta del debitore che il legislatore aveva invece voluto totalmente eliminare.⁽⁵³⁾

Non ci si soffermerà ora sul potere del tribunale poiché si vuole mantenere l’attenzione sulla fattispecie; la questione della valutazione e del ruolo del tribunale saranno oggetto di ricerca nei capitoli seguenti.

5. L’abuso del concordato in continuità aziendale

L’art. 186 bis l. fall. intende il concordato in continuità aziendale come il concordato preventivo il cui piano prevede “la prosecuzione dell’attività d’impresa da parte del debitore, la cessione dell’azienda in esercizio ovvero il conferimento dell’azienda in esercizio”.

Come già accennato nel primo capitolo, già prima del 2012 il legislatore prevedeva fattispecie che ammettevano il debitore all’esercizio di atti di impresa nel quadro concordatario. Si fa qui riferimento a tutte quelle norme che consentivano che la soluzione

⁽⁵²⁾ R. BONSIGNORE-P. RAINELLI, *Abuso del concordato preventivo “con riserva”*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 479.

⁽⁵³⁾ G. D’ATTORRE, *op. cit.*, p. 1072.

concordataria non fosse da subito liquidatoria, anzi, che permettevano di proseguire per inerzia l'attività d'impresa: l'art 167 l. fall. prevede che nella procedura concordataria il debitore conservi l'amministrazione dei suoi beni, potendo compiere atti di ordinaria amministrazione sotto la vigilanza del commissario giudiziale e atti straordinaria amministrazione solo se previamente autorizzati mentre, il nuovo art. 169 bis l. fall., recependo l'opinione maggioritaria in dottrina, contempla ora la prosecuzione dei contratti pendenti.

Da ciò consegue che, oltre all'ipotesi disciplinata all'art 186 bis l. fall. il debitore ha a disposizione la procedura così come "normalmente" ideata per proseguire nella sua attività, integrando il caso della *continuità fattuale o per inerzia*. È bene pertanto sottolineare come la continuità aziendale tipizzata, non sia una fattispecie di natura definitoria in senso esclusivo e di carattere imperativo ma, sia invece la sola tipizzazione di un caso specifico.

Si vuole ora tracciare una linea di confine in maniera tale da evitare che le due condotte possano sovrapporsi, portando a problemi interpretativi in sede di valutazione: pare condivisibile l'opinione di chi rileva la discriminante nel fatto che solo nel caso dell'art. 186 bis l.fall. la prosecuzione dell'attività è il presupposto per l'attuazione della proposta concordataria, e l'oggetto sarà appunto la pianificazione di essa.⁽⁵⁴⁾

La proposta contiene il budget di cui il debitore dispone e gli obiettivi che si prefigge di raggiungere, potendosi così individuare i limiti del giudizio di fattibilità e convenienza. Atti di ordinaria amministrazione decontestualizzati e non pianificati non integrano invece la fattispecie della *continuità tipica*, impedendo al debitore di usufruire dei vantaggi che da essa derivano.

Questa fattispecie si distingue dalle altre perché qui la logica ispiratrice delle riforme di rendere più facilmente percorribile la strada della prosecuzione dell'attività viene ulteriormente consolidata, prevedendosi una soluzione endoconcordataria garantista nei confronti dei creditori ma anche molto vantaggiosa per il debitore che si trova ad operare protetto dalla procedura, diversamente dalle concorrenti di mercato.

Dal momento che, come appena detto, il debitore potrebbe comunque continuare a svolgere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione ex art. 167 l. fall., il legislatore ha prontamente pensato fosse necessaria una disciplina che incentivasse all'utilizzo di questo strumento, a scapito della fisiologica continuità gestionale. La strategia salvifica, dunque, all'interno della procedura concorsuale è facilitata e gli strumenti dei quali l'imprenditore in

⁽⁵⁴⁾ F. PASQUARIELLO, *Il concordato in continuità*, Università di Trento, 27 nov. 2013.

crisi si può servire sono principalmente tre: “la moratoria di un anno per i creditori prelatizi, l’autorizzazione ai pagamenti preferenziali, la gestione agevolata dei contratti in corso”.⁽⁵⁵⁾

All’interno del quadro generale del concordato preventivo quindi, quello in continuità, a seguito di un’attenta analisi della disciplina, pare senza dubbio compatibile con le disposizioni del concordato in generale, derivandone una sorta di rapporto di *genus a species* tra le due fattispecie. La disciplina del caso specifico, infatti, non è ampia al punto tale da poter essere ritenuta esclusiva e la sua mancanza di completezza impone di ricorrere alla normativa generale, essendo il concordato in continuità una formula concreta di realizzazione del piano e della proposta. Come la continuità abbisogna della fattispecie generale, allo stesso modo quest’ultima, si serve delle ipotesi particolari che sembrano essere state pensate *ad hoc* dal legislatore al fine di rendere concretamente realizzabile quanto formalmente previsto.

Manca da valutarsi un caso particolare. Se è pacifico in dottrina e giurisprudenza, che il corpo normativo sul concordato preventivo, è applicabile al concordato in continuità, lo stesso non vale nel caso del concordato “in bianco”. La modalità di presentazione del concordato in bianco, ex art. 161 comma 6 l. fall. è parsa ad alcuni incompatibile con la previsione di un piano attestato di continuazione, quale quella prevista ex art. 186 bis l. fall.. Non è possibile stabilire a priori che tale compatibilità sussista, è imprescindibile percorrere un’attenta analisi delle rispettive discipline, per trarne una conclusione coerente.

Non si vuole affrontare il problema nel dettaglio -non essendo questo l’argomento di cui si discute- ma solo soffermarsi sui punti più importanti in maniera tale da dare una visione d’insieme che tornerà utile poi nell’analisi dei possibili abusi del concordato in continuità.

Se il punto di partenza è il significato attribuito alla domanda di concordato con riserva è evidente che fermandosi ad un’analisi superficiale, l’incompatibilità di un piano “da riempire” con un piano che preveda la continuazione (con tutte le agevolazioni del caso), per lo più attestata, sia innegabile.

Sul punto la dottrina è spaccata in due.

C’è chi ritiene che le norme sul concordato in bianco, anticipando la protezione del patrimonio al momento in cui piano e proposta devono ancora essere depositate, non siano compatibili con la logica sottesa dal concordato in continuità. Il fatto di anticipare la tutela deve essere secondo costoro controbilanciato con una limitazione dei poteri gestori del debitore, e l’idea di una continuazione dell’attività d’impresa come tipizzata dall’art 186 bis

⁽⁵⁵⁾ F PASQUARIELLO, *Il concordato in continuità*, Università di Trento, 27 nov. 2013.

l.fall. non si concilia con tale approccio. Chi sposa questa tesi legge l'art. 161 l. fall. secondo una logica restrittiva che esclude in maniera netta e decisa la manifestazione della fattispecie "concordato con continuità aziendale" nel pre-concordato rilevando l'incompatibilità tra l'oggetto della riserva e il piano per la continuità.⁽⁵⁶⁾

Dall'altra parte c'è invece chi sostiene che le due fattispecie siano conciliabili, criticando la tesi opposta perché "contraria alla chiara finalità della legge e contrastata da varie pronunce giurisprudenziali" e perché "nella sua radicalità non pare cogliere il senso del problema che non ha caratteristiche tali da poter essere risolto in termini formalistici".⁽⁵⁷⁾ L'idea si giustifica stante il fatto che il debitore può esercitare legittimamente l'attività d'impresa dopo la proposizione della domanda con riserva, e può anche presentare una domanda di concordato con continuità una volta raggiunto il termine ex art. 161 comma 6 l. fall..

In virtù di quanto detto si ritiene preferibile sposare la seconda tesi: il concordato con riserva e quello con continuità aziendale sono stati pensati come fasi diverse all'interno dello stesso procedimento, che come anzidetto ha lo scopo del migliore soddisfacimento dei creditori. Tale conclusione inoltre muove da una ulteriore considerazione: il legislatore all'art. 182 *quinquies* comma 4 l. fall. infatti, prevede che nel periodo tra il deposito della domanda di pre-concordato e il termine ultimo per il deposito di piano e proposta, il debitore possa dare luogo a pagamenti preferenziali strumentali alla continuità aziendale.

Con ciò non si può non intravedere una qualche compatibilità tra le due procedure, non potendo trascurare il testo della legge per abbracciare invece l'interpretazione dell'idea, quale supportata dai sostenitori della prima tesi, alla quale la legge stessa si ispira nel suo insieme.

Così concluso si ritiene qui che lo strumento del concordato in bianco possa "aprire la procedura" anche al concordato in continuità.

Arriviamo ora al problema principale: sono configurabili e quali sono le condotte che possono integrare l'abuso del concordato in continuità?

⁽⁵⁶⁾ In tal senso si esprime F. LAMANNA, in *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *Il Fallimentarista.it*, 2012.

⁽⁵⁷⁾ Così afferma L. SANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, pp. 1222 e ss, il quale aggiunge che, "escluso che sia in via generale necessaria la presenza di un piano e di una proposta di concordato già depositati è evidente che per ottenere tali autorizzazioni l'imprenditore e il professionista che redige la relazione che per talune di esse è richiesta devono fornire al tribunale un quadro sufficientemente preciso degli interessi in gioco e dell'impatto dell'atto che si intende compiere sulla soddisfazione dei creditori, anche in scenari diversi da quelli del concordato che il debitore si propone di presentare".

Con riferimento a quanto detto in apertura del capitolo si deve puntualizzare che nel valutare l'eventualità di possibili abusi è necessario prima di tutto chiedersi se il legislatore in riferimento alle condotte analizzate preveda già una sanzione *ad hoc*.

Se si tiene conto di come è stata precedentemente definita la nozione di abuso, a seguito della descrizione specifica della fattispecie in questione, per individuarne l'uso strumentale sarà prima necessario definire lo scopo del concordato in continuità aziendale. Non pare qui che il legislatore concedendo questa ulteriore alternativa abbia voluto "aggiungere qualcosa dal punto di vista sostanziale", si è solamente preoccupato di offrire ancora una volta una soluzione che avvantaggiasse e incentivasse l'imprenditore, sempre con lo scopo del proseguimento dell'attività d'impresa e ai fini di un suo eventuale risanamento. La novità che si intravede è chiaramente di stampo procedurale dal momento che, quanto prima poteva essere compiuto dal debitore nel corso della procedura ora, diventa parte dell'oggetto della proposta. Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione con l'aggiunta dei nuovi strumenti messi in campo dal diritto vigente si svolgono come se fossero parte di un "progetto" che è quello che l'imprenditore si prefigge di realizzare con il piano concordatario. Stanti queste considerazioni, rimane poco spazio per condotte abusive nel concordato in continuità come *species* del concordato preventivo.

C'è però un caso particolare sul quale riflettere: il legislatore all'art 186 bis l.fall. prevede che il debitore possa proseguire l'attività d'impresa attraverso la cessione di un ramo d'azienda a società terza, liquidando i restanti beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. La norma tuttavia non ammette che l'imprenditore ceda a terzi l'azienda e trattenga una parte del patrimonio residuo nelle proprie casse senza metterlo in liquidazione, a meno che la proponente non continui anch'essa l'attività d'impresa, all'interno di un piano di risanamento di gruppo. Tale esubero dalla fattispecie astratta integra potenzialmente un uso strumentale dell'opportunità di scegliere cosa cedere e cosa liquidare, avendo di mira non l'interesse del soddisfacimento dei creditori, ma l'interesse proprio del debitore di "salvare il salvabile per sé".

Come appena sottolineato, è lo stesso legislatore a permettere che non vengano ceduti alcuni beni aziendali che verranno liquidati, ma non per escluderli dal progetto di risanamento, bensì per agevolare anche i creditori, che potranno in questo modo essere più incentivati ad appoggiare la continuazione a scapito dell'immediata liquidazione. Non potrà trattarsi di *assets* strategici ma soltanto di beni che non siano funzionali all'esercizio dell'impresa, quei beni cioè, che non influiscono in positivo o nell'attività svolta dai

cessionari dell'azienda, o dalla stessa azienda proponente. Il debitore in questo caso non fa un uso virtuoso della possibilità di gestire i beni che gli è concessa, anzi, ne abusa, oltrepassando il limite sancito dal legislatore, che nel concedergli di non cederne alcuni gli impone di liquidarli.⁽⁵⁸⁾ Si può notare come nel concordato in continuità sia configurabile un'ipotesi di cessione parziale legittima, la quale è da sempre stata uniformemente considerata illecita (violazione art. 2070 cc.) dalla giurisprudenza di merito se attuata in sede di concordato preventivo.⁽⁵⁹⁾

Data la particolare disciplina che il legislatore ha riservato alla fattispecie della continuità tipica non sono riscontabili altri casi di abuso specificamente ad essa riconducibili. L'abuso infatti, anche nel caso in questione, finisce per avere i connotati che ne consentono l'individuazione nel concordato preventivo e, in virtù di quanto detto con riferimento alla compatibilità tra gli istituti, nel concordato "in bianco".

Utilizzare in maniera strumentale le soluzioni concordatarie possibili, di qualunque caso di concordato si tratti, significa avere scopi meramente dilatori, e non pensare minimamente ad un risanamento, quanto piuttosto cercare di posticipare in continuazione il momento della "resa dei conti".

6. Lo spazio per l'abuso tra l'istruttoria prefallimentare e il concordato preventivo

A seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie del concordato con riserva, il fervido dibattito tra dottrina e giurisprudenza sulla natura del rapporto tra l'istruttoria prefallimentare e la domanda di concordato si è più che "rinvigorito".⁽⁶⁰⁾

La disputa verteva in passato principalmente su tre questioni: 1) la priorità di una o dell'altra procedura in caso di concomitanza di giudizio; 2) la gestione dell'eventuale rapporto di consequenzialità o di riunione tra i procedimenti, a seconda di quale sia quello che deve essere instaurato; 3) il particolare ruolo svolto dal tribunale in tali situazioni.

Per percorrere in maniera cronologica e sintetica le fasi del dibattito è necessario innanzitutto considerare che la normativa, come originariamente prevista, si differenziava da quella attuale: l'art. 160 l. fall. consentendo all'imprenditore in stato di insolvenza di

⁽⁵⁸⁾ Si riporta qui l'opinione di A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, op. cit..

⁽⁵⁹⁾ V. Trib. Roma, 25 luglio 2012, *ilcaso.it*.

⁽⁶⁰⁾ P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, 2013, p.82.

proporre ai propri creditori un concordato finché non fosse dichiarato il suo fallimento, stabiliva una sorta di ordine che il tribunale avrebbe dovuto seguire nella valutazione dei singoli casi. Nell'ipotesi poi di ammissione alla procedura, le istanze di fallimento già pendenti diventavano improcedibili e quelle potenziali future improponibili.

Anche il legislatore del 2005 ha mantenuto questa struttura, confermando l'improcedibilità, quantomeno temporanea, delle istanze di fallimento, dopo la proposizione di una domanda di concordato, anche in corso di istruttoria prefallimentare.

La differenza con la normativa precedente si individua interpretando l'art. 162 l. fall. laddove prevede che, in caso di inammissibilità della proposta di concordato, sia ammessa una contestuale dichiarazione di fallimento, la quale prima del 2007, era di competenza anche del tribunale e ora è riservata solamente alla legittimazione dei creditori o del pubblico ministero.

In questo modo, una volta dichiarata l'inammissibilità del concordato, i creditori recuperano la possibilità di proporre l'istanza di fallimento, fatti salvi gli atti compiuti durante l'istruttoria fallimentare. Si esclude quindi il caso di improcedibilità assoluta dell'istruttoria prefallimentare, permettendo che l'istanza di fallimento da depositare non sia "nuova" ma contenutisticamente riprenda quella già pendente.

Scartata questa soluzione si ritiene altresì che non possa configurarsi nemmeno un caso di sospensione come previsto dall'art 295 c.p.c., dal momento che tra i due procedimenti non esiste alcun rapporto di pregiudizialità in senso tecnico.

A seguito di queste conclusioni il principale argomento del dibattito tra dottrina e giurisprudenza è stato proprio quale sia il meccanismo processuale che si deve avviare per la trattazione dei due procedimenti, considerati distinti.

Si è quindi discusso su quale sia la procedura di maggiore importanza, in maniera tale da delineare le priorità di giudizio tra accettazione della domanda di concordato o accoglimento dell'istanza di fallimento. La questione non è stata di facile soluzione poiché la legge fallimentare nulla dice circa il meccanismo processuale applicabile. Nel panorama giurisprudenziale di merito si sono sostenute due tesi contrapposte: chi ha ritenuto prevalente la soluzione concordataria solo se conservativa o liquidatoria ma più conveniente per i creditori⁽⁶¹⁾, chi invece ha appoggiato comunque la prevalenza dell'esame della domanda di concordato, previa la possibilità di riunire i due procedimenti per connessione.⁽⁶²⁾

⁽⁶¹⁾ Trib. di Perugia, 4 novembre 2009, in *ilcaso.it*.

⁽⁶²⁾ Trib. di Roma, 40 aprile 2010, in *ilcaso.it*

In una recente pronuncia di merito⁽⁶³⁾, si è poi nuovamente ripresa l'insussistenza di un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico tra le procedure, ritenendone necessario un coordinamento attraverso il corretto bilanciamento degli interessi in gioco, cioè l'interesse del creditore di promuovere la soluzione concorsuale contro il debitore in stato di insolvenza, e quello di quest'ultimo di accedere agli strumenti alternativi per la soluzione della crisi, come promossi dalle varie recenti riforme. Nella sentenza di merito sono stati rilevati tre casi in cui, valutati gli interessi in gioco, il giudice può dare la precedenza all'istanza di fallimento, precludendo la soluzione concordataria: "1) ove la domanda di concordato preventivo non sia rituale e completa ai sensi degli artt. 160 e 161 l. fall.; 2) ove essa configuri un'evidente forma di abuso dello strumento concordatario (magari per il tramite di condotte penalmente rilevanti, specie per il tramite di bancarotta); 3) ove essa pregiudichi evidentemente e irrimediabilmente una più proficua liquidazione fallimentare, in danno alla massa dei creditori".

Sul punto, data la sua particolare rilevanza, si è poi pronunciata anche la Corte di Cassazione⁽⁶⁴⁾ la quale, esclusa la sospensione dell'istruttoria prefallimentare e la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità, ha abbracciato la soluzione del coordinamento tra le procedure, rilevando un rapporto di consequenzialità, in caso di fallimento a seguito di esito negativo del concordato o di assorbimento in caso di vizi dell'inammissibilità del concordato che si traducono in motivi di impugnazione del fallimento.

Inoltre, a proposito della questione concernente gli interessi in gioco la Corte, ha poi precisato che "la facoltà accordata al debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al fallimento non rappresenta né un fatto impeditivo alla pronuncia di fallimento, né un fatto costitutivo al relativo procedimento, bensì l'esplicazione di un mero diritto di difesa, non certo di un diritto potestativo di condizionare i tempi del procedimento prefallimentare".

La Corte ha messo totalmente nelle mani del giudice la valutazione circa l'opportunità di fare prevalere l'una o l'altra procedura chiamandolo "a verificare, in concreto, il rapporto di priorità tra le procedure dando precedenza all'una ovvero all'altra purché nel rispetto indefettibile delle garanzie di difesa del debitore (nel procedimento prefallimentare) e dei creditori (nel procedimento per concordato) comunque verificando che la proposta pattizia non abbia un intento meramente dilatorio, e perciò abusivo".

⁽⁶³⁾ Trib. di Terni, 18 luglio 2012, in *ilcaso.it*

⁽⁶⁴⁾ Cass. civ., Sez I, 24 ottobre 2012, I sezione, n. 18190, in *IlFallimentarista.it*.

Una recente pronuncia delle Sezioni Unite⁽⁶⁵⁾, escluso che dai principi generali della legge fallimentare sia desumibile un rapporto di interdipendenza tra le due procedure che subordinerebbe la trattazione del fallimento alla definizione del concordato, sembra aver chiarito in modo definitivo la questione. Si è stabilito che “deve invece ritenersi che il rapporto tra concordato preventivo e fallimento si atteggi come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento, all’esito negativo della procedura di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento) che determina una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti” e che, come già affermato in precedenza proprio dalla Cassazione, la facoltà per il debitore di proporre una procedura alternativa al concordato si atteggia come “una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore, che non potrebbe comunque disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare”.

Dunque, allo stato dei fatti, la giurisprudenza di legittimità ha voluto lasciare che l’organo giudiziario adito valuti in totale autonomia ciascun caso, senza voler decretare a priori quale sia la procedura che meriti “maggiore garanzia” da parte dell’ordinamento. Nella sua valutazione il tribunale, senza perdere di vista gli interessi in gioco, deve chiedersi se la domanda di concordato sia tale da consentire il superamento dello stato di crisi, potendo servirsi, sia degli elementi di giudizio forniti dal debitore che ha depositato il ricorso che di quelli apportati dai creditori che hanno avanzato l’istanza di fallimento.⁽⁶⁶⁾ Che il tribunale preferisca l’una o l’altra procedura costituisce una scelta determinante per la gestione della crisi d’impresa, avendo presente che l’attuale concordato potrebbe portare a risultati altrimenti non conseguibili attraverso la liquidazione fallimentare.

Ciò nonostante non è da sottovalutare l’ipotesi che gli interessi sottostanti alla procedura fallimentare risultino pregiudicati a causa del ritardo nella dichiarazione di insolvenza, nel caso di concordati che non abbiano concrete prospettive di realizzazione. È questa l’ipotesi che conduce ad individuare eventuali condotte abusive da parte del debitore, quelle cioè finalizzate a ritardare il momento della dichiarazione di fallimento, servendosi di tutti gli strumenti a sua disposizione, non per tentare di “uscire dalla crisi” ma solamente con fini dilatori.

⁽⁶⁵⁾ Cass., Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in, *Il Fallimento*, 2013. la quale riporta a sua volta: Cass. civ., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190 e Cass. civ., Sez I, 8 febbraio 2011, n. 3059.

⁽⁶⁶⁾ Trib. Novara, 29 giugno 2012, in *ilcaso.it*: “vagliare la sussistenza dei requisiti della domanda di concordato anche alla luce del materiale probatorio proveniente dal creditore istante per la dichiarazione di fallimento”.

È evidente che nel rapporto tra l'istruttoria prefallimentare e la valutazione della domanda di concordato ci sia ampio spazio per condotte abusive da parte del debitore, il quale cercherà e ha cercato di sfruttare il potere discrezionale attribuito all'organo giudicante con il solo scopo di essere dichiarato fallito il più tardi possibile. Questo caso di abuso dello strumento concordatario si è riscontrato per lo più in relazione alla fattispecie del concordato "in bianco" e la ragione di tale affermazione è facilmente desumibile.

Con il deposito della domanda di pre-concordato il debitore si riserva di depositare il piano e la proposta, chiedendo al tribunale di lasciargli del tempo per depositarli; spesso il tribunale non ha gli elementi necessari per decidere se far prevalere l'istanza di fallimento già depositata, non essendo facilmente individuabile sin dal principio il connotato dilatorio della domanda di concordato.

Per mettere in luce in maniera chiara il problema dell'abuso nel caso di pendente istanza di fallimento in questo paragrafo si è voluto prima affrontare in maniera completa il complesso problema del rapporto tra le due procedure, per evidenziare come una questione apparentemente procedurale riguardi invece nello specifico gli interessi in gioco nel caso di una o dell'altra procedura concorsuale.

Una volta precisato l'orientamento giurisprudenziale di legittimità e condivisa l'idea che non si possa prevedere ex ante quale sia il giudizio prioritario, si è spostata l'attenzione su come gli interessi in gioco debbano essere valutati, pervenendo quindi alle possibili ipotesi di abuso, nei casi nei quali il legislatore ha lasciato molto spazio alla valutazione discrezionale del giudice, spazio del quale il debitore "avveduto" può fare uso strumentale.

7. Le conclusioni della più recente giurisprudenza

Da quanto fin qui descritto emerge che sussiste una condotta abusiva in quei casi in cui l'imprenditore il quale dispone del diritto soggettivo al deposito del ricorso per concordato preventivo lo utilizzi, non per superare la crisi attraverso l'esecuzione di un piano di soddisfacimento dei crediti o di ristrutturazione dei debiti bensì, con altri scopi i quali verranno messi in luce di seguito.

È evidente come l'imprenditore possa strumentalizzare la procedura abusando degli strumenti, utilizzandoli per trarre vantaggio dalle prerogative offertegli dal legislatore. Il problema sta proprio nelle modalità con le quali l'imprenditore si serve degli strumenti che

ha a disposizione. Abbiamo infatti notato come nel concordato preventivo, l'imprenditore in maniera avveduta, cerchi di sfruttare al massimo i tempi processuali, per poter usufruire il più a lungo possibile della protezione dalle azioni esecutive e cautelari e delle varie agevolazioni soprattutto finanziarie.

Lo stesso accade per il concordato "in bianco" in tutti quei casi in cui, consapevole delle scelte sulla tempistica di cui dispone, il debitore cerca di usufruirne a fini dilatori, per di più anche sfruttando la possibilità di reiterare le domande. È proprio questo caso che ha maggiormente coinvolto i tribunali nelle pronunce più recenti. La questione tuttavia è molto complessa.

È necessario interrogarsi su quale sia concretamente lo spazio lasciato all'istituto dell'abuso del diritto dalle disposizioni della legge fallimentare.

Di recente i tribunali hanno adottato orientamenti differenti.

Si vuole considerare in primo luogo la questione concernente la modifica del piano e della proposta di concordato nel corso della procedura. L'art. 175 comma 2 l. fall. statuisce che il debitore può modificare il piano e la proposta di concordato presentati unitamente al ricorso a condizione che le variazioni intervengano prima delle operazioni di voto.

Le perplessità destinate dalla norma che sono state oggetto di discussione negli ultimi anni, riguardano principalmente due questioni: l'interpretazione della locuzione "operazioni di voto" e la possibilità di modifica quando sia stato aperto un procedimento di revoca ex art. 173 l. fall..

Rispettivamente con riferimento alla prima la soluzione prevalsa è stata quella che conferisce rilievo alla formale apertura delle votazioni nel corso dell'adunanza da parte del giudice delegato a scapito della tesi che faceva sorgere la preclusione con la prima manifestazione di voto. Questo perché la prima tesi individuava il *dies ad quem* in un momento agevolmente collocabile nel tempo, per il fatto che dell'adunanza veniva redatto apposito verbale, mentre la seconda stabiliva una circostanza meno certa.

S'intravede lo spazio per condotte abusive nel caso di reiterate modifiche, le quali formalmente sono conformi alle disposizioni di legge, ma integrano l'abuso quando sono pregiudizievoli per i creditori in quanto contrarie ai loro interessi. Nel caso in cui questi abbiano già depositato un'istanza di fallimento sarà pregiudicato il loro interesse ad una "pronta" dichiarazione di fallimento, se invece tale evenienza non si sia verificata, sarà violato il principio sotteso ai vari interventi legislativi degli ultimi anni, secondo il quale i

creditori sono la controparte del debitore e per questa ragione devono essere messi nella condizione di esprimere il loro consenso informato alla proposta concordataria.

Si ritiene infatti che nella situazione in cui l'imprenditore modifichi incessantemente proposta e piano concretamente "non fattibili" con il solo fine di prolungare la procedura e rinviare il momento dell'adunanza dei creditori, sussista una fattispecie di abuso del diritto, laddove emerga che con le modifiche non si cerchi di prospettare alcuna soluzione migliorativa, anzi invece soltanto di dilatare i tempi processuali.

Con riguardo alla seconda questione, la giurisprudenza di merito ha ravvisato un divieto di produrre modifiche nel caso appena descritto. Si stabiliva che l'inizio della procedura ex art 173 l. fall. rendesse inoperante la procedura di concordato preventivo e conseguentemente non potessero essere introdotte modifiche a proposte che riguardano una procedura che non è in corso.⁽⁶⁷⁾

Questa impostazione non pare condivisibile, si rileva che con una lettura di questo tipo ci sia il rischio di porsi in contrasto con la disciplina positiva la quale offre al debitore la facoltà di apportare variazioni all'impianto originario proprio per favorire il superamento degli ostacoli eventualmente emersi durante la procedura anche nel caso in cui essi siano il fondamento della segnalazione per interrompere l'iter. Secondo questa impostazione è nella fisiologia del concordato che ci sia una dialettica tra l'imprenditore e il commissario giudiziale, tanto che appunto, eventuali rilievi del secondo indurranno il primo ad un repentino intervento migliorativo. Ciò che si conclude non è che sia ammessa ogni modifica in sede di procedimento di revoca quanto invece che non si possa eliminare a priori *tout court*, tale possibilità. Il tribunale dovrà quindi concretamente verificare se le misure adottate dal debitore siano davvero idonee a porre rimedio alle segnalazioni del commissario.

Tra le modifiche correttive possibili residuano comunque ipotesi non suscettibili di essere sanate: ad esempio il caso in cui siano stati esposti dati aziendali inveritieri o sia stata dolosamente taciuta una circostanza atta ad incidere sul consenso dei creditori, le quali integrano quegli "atti di frode" ex art. 173 l. fall. e non ammettono correzioni a posteriori.⁽⁶⁸⁾

⁽⁶⁷⁾ App. Milano, 29 giugno 2011, in *Il caso.it*, impostazione condivisa da Trib. Parma, 2 ottobre 2012, in *Il Fallimentarista.it*, 2013; Trib. Napoli, 4 dicembre 2012, in *Il caso.it*.

⁽⁶⁸⁾ Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n.13817, in *Il caso.it*, ha stabilito che rientrano tra gli "atti di frode" soltanto quei comportamenti relativi ad atti "sconosciuti al momento dell'ammissione" con i quali i creditori vengono effettivamente tratti in inganno sulle "reali prospettive di soddisfacimento" dei loro crediti (segue) "sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare". Secondo la Corte inoltre "se è tale la connotazione unificante degli atti espressamente individuati dal legislatore come fraudolenti la stessa

Il limite all'utilizzo dell'istituto dell'abuso in questo caso è confinato in quelle situazioni in cui, le modifiche relative a segnalazioni del commissario giudiziale non siano orientate ad offrire soluzioni migliorative della proposta o del piano per ripristinare le condizioni del regolare incedere del concordato, quanto invece a sfruttare il momento di *impasse*, cercando di protrarlo il più a lungo possibile.

L'eventuale valutazione della condotta nel merito si svolgerà nel subprocedimento di revoca, durante il quale il tribunale prenderà in considerazione il singolo caso valutando gli interessi delle parti. Ne consegue perciò che la mera presentazione di una qualche variazione della domanda non comporta l'automatica chiusura del procedimento di revoca al contrario, permette di configurare in un momento successivo a quello del giudizio di ammissione, uno spazio di sindacato sull'abuso, da parte del tribunale.

L'attenzione della giurisprudenza si è inoltre rivolta a quei casi in cui l'abuso sia stato individuato non nell'uso della domanda, quanto piuttosto nella sua rinuncia.

Si vuole anzitutto analizzare la natura giuridica dell'atto di rinuncia. Un primo orientamento giurisprudenziale ha rilevato che la rinuncia al concordato si presenta come una rinuncia agli atti ex art. 306 c.p.c. ⁽⁶⁹⁾, supportando la tesi per la quale tale atto, per produrre i suoi effetti processuali, dovesse essere accettato dai creditori istanti. Appoggiare questa tesi significherebbe però attribuire alla domanda di concordato la natura di domanda giudiziale, conferendole quindi connotati marcatamente pubblicistici, discostandosi dall'idea che il concordato abbia primariamente natura negoziale. Come si è più volte ripreso, il legislatore delle riforme ha voluto cercare di apportare delle modifiche *in primis* con la finalità di avvalorare sempre di più una visione privatistica dello strumento concordatario. In primo luogo quindi, per una ragione prettamente ideologica, tale tesi si presenta come una forzatura nell'attuale sistema delle procedure concorsuali.

Di là dall'essere conforme all'orientamento legislativo, una concezione di questo genere implicherebbe di sapere con certezza quali siano i soggetti terzi coinvolti nella procedura, esigenza che per il concordato, non sussistendo un comitato dei creditori, non è concretamente realizzabile. Oltre ad un problema pratico nell'individuazione dei creditori, il quale per il concordato in bianco parrebbe superabile grazie alla recente previsione con la

connotazione devono avere gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere qualificati atti i frode".

⁽⁶⁹⁾ Trib. Parma, 2 ottobre 2012, *ilFallimentarista.it*.

quale si è imposto al debitore di allegare anche una lista dei creditori⁽⁷⁰⁾, sussiste un problema di relazione tra le procedure, nelle quali l'interesse dei creditori è sostanzialmente diverso. Questa impostazione infatti contrasta con la teoria del coordinamento tra le procedure, secondo la quale non vi è una sovrapposizione tra i due procedimenti (e i loro rispettivi soggetti interessati), considerati chiaramente distinti, ma soltanto un'esigenza di coordinamento che deve essere risolta da giudice valutando i singoli casi.

Di conseguenza “ [...] la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al fallimento non rappresenta un fatto impeditivo della relativa dichiarazione [...], ma una semplice esplicitazione del diritto di difesa del debitore, che non potrebbe comunque disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare, venendo così a paralizzare le iniziative recuperatorie del curatore ed incidere negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo”.⁽⁷¹⁾

Non pare quindi verosimile che i creditori istanti per il fallimento siano realmente portatori di un interesse giuridicamente rilevante alla prosecuzione della procedura concordataria, negando in questo modo la premessa da cui muove la tesi che vede loro attribuito il diritto di opporsi alla rinuncia dell'imprenditore. Al contrario i creditori sono i destinatari del beneficio derivante dal ritiro della domanda dato che con esso si superano le problematiche relative al coordinamento tra iter concordatario e istruttoria fallimentare.

Infatti, a seguito della rinuncia, con l'estinzione del concordato prosegue immediatamente il fallimento, soddisfacendosi così l'interesse dei creditori all'accoglimento dell'istanza depositata, fatto salvo il caso in cui, alla rinuncia segua il deposito di una nuova domanda ex artt. 160 ss. l. fall..

Si mantiene così valida la lettura già espressa nel vigore della legge del 1942, per la quale “poiché la domanda di concordato, è una domanda giudiziale, il cui esercizio è riservato al monopolio del debitore insolvente, anche la rinuncia a far valere tale strumento rientra nella sfera della sua illimitata disponibilità”.⁽⁷²⁾ Si puntualizza che tale riferimento vale a sostenere la tesi per la quale il debitore ha la piena disponibilità sia della domanda che della rinuncia di concordato, non riferendosi in alcun modo all'idea che tali atti si configurino come domande giudiziali.

⁽⁷⁰⁾ Modifica introdotta con il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n.98.

⁽⁷¹⁾ Cass., Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Il Fallimento*, 2013.

⁽⁷²⁾ A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, Zanichelli, 1979, p 98.

La recente giurisprudenza ha confermato l'immediata efficacia della rinuncia, a prescindere dall'accettazione di terzi, affermando che essa risulta valida anche se subordinata alla pubblicazione nel Registro delle imprese di un nuovo ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. nel rispetto delle condizioni di ammissibilità, poiché "la pubblicazione nel Registro delle imprese del ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. è [...] atto dovuto sul quale il tribunale non ha alcun potere. Pertanto l'espressione usata nelle conclusioni dell'atto di rinuncia di rinunciare "subordinatamente alla pubblicazione del contestuale ricorso..." non può certo equivalere ad una dichiarazione di rinuncia condizionata, posto che nel contesto dell'atto palesi sono le intenzioni della società".⁽⁷³⁾ Questo è quanto ha precisato la Corte d'appello di Milano nella valutazione della legittimità della rinuncia la quale era stata ritenuta illegittima perché condizionata dalla difesa del fallimento.

Per quanto riguarda l'aspetto formale dell'atto, si ritiene che esso debba essere perfettamente speculare alla domanda sussistendo "[...] una sorta di simmetria tra la decisione di proporre il concordato e quella di non dar più corso ad esso, quale *contrarius actus* per il quale debbono sussistere i medesimi requisiti di legge dell'atto di iniziativa".⁽⁷⁴⁾

Dopo il perfezionamento del ritiro della domanda, il tribunale sarà quindi chiamato a prenderne atto, emanando la dichiarazione di estinzione della procedura. Come anzidetto in alcuni casi l'imprenditore che rinunci alla domanda di concordato, può tuttavia non rassegnarsi al fallimento, formulando ai propri creditori una nuova domanda ex artt. 160 ss l. fall. preferendo di iniziare una procedura "ex novo" invece di modificare il piano e la proposta della precedente.

Non esiste nella legge fallimentare una disposizione che vieti di reiterare concordati attraverso questo meccanismo di ritiro e contestuale presentazione di analoga iniziativa. Pare quindi che "in linea teorica non [...] si possa precludere all'imprenditore in stato di crisi di reiterare la domanda concordataria al fine di sottoporre ai creditori una nuova soluzione della situazione che superi i profili di inammissibilità che viziavano una sua precedente proposta".⁽⁷⁵⁾ In questi casi sorge nuovamente uno spazio per condotte abusive da parte del debitore laddove l'utilizzo della rinuncia e della possibilità di depositare una nuova domanda sia finalizzato o ad evitare la dichiarazione di inammissibilità che precluderebbe un nuovo

⁽⁷³⁾ App. Milano, 21 febbraio 2013, in *Il caso.it*.

⁽⁷⁴⁾ G. M. NONNO- R. D'AMORA, *Revoca della proposta*, in M. FERRO -A. RUGGERO- A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009, p. 43.

⁽⁷⁵⁾ Trib. Forlì, 12 marzo 2013, in *Il caso.it*.

ricorso per concordato “in bianco” nei due anni successivi⁽⁷⁶⁾ oppure ad allontanare il giudizio sul fallimento, se ne sia già stata depositata istanza o sia evidentemente incombente.

In generale si desume che il deposito di una precedente domanda di concordato con successiva rinuncia non costituisce mai di per sé elemento ostativo alla presentazione di un nuovo ricorso per concordato e sarà necessario valutare caso per caso se sussistano condotte abusive da parte del debitore. Sarà il tribunale l'organo al quale è attribuito il potere discrezionale di valutare della legittimità della rinuncia e di un'ipotetica nuova domanda e dalle pronunce più recenti si rileva la mancanza di un orientamento comune nel valutare le varie condotte.

Si può a questo proposito evidenziare il radicale diverso orientamento seguito dal tribunale di primo grado e poi dalla corte d'Appello di Milano in un procedimento nel quale la società debitrice pendente istanza di fallimento a suo carico, aveva depositato una domanda di concordato. Alla domanda era poi seguita la rinuncia con successivo deposito di un nuovo ricorso per pre-concordato. Il tribunale di primo grado aveva dichiarato inammissibile la nuova domanda di concordato con riserva per “evidente” abuso del diritto. L'organo giudicante ha stabilito che l'abuso si verificasse quando “gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano deviati dalla loro funzione tipica” cioè “quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano svolte con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'*automatic stay*. Tale risultato è proprio quello perseguito, nella specie, attraverso la rinuncia alla precedente domanda definitiva di concordato non già allo scopo di modificarla, *in melius* o anche *in pejus*, ma per riattivare l'affetto protettivo con una nuova partenza da zero, ossia con una domanda di concordato con riserva presentata in modo da conservare, senza soluzione di continuità, gli effetti protettivi della prima domanda (secondo una clausola di condizionamento specificamente inserita nella seconda). Il tutto per di più quando, il procedimento iniziale era giunto allo stadio del *redde rationem* in punto di ammissione, essendosi contestati alla ricorrente profili di

⁽⁷⁶⁾ Trib Asti, 10 marzo 2014, in *Il caso.it*, il tribunale ha dichiarato inammissibile la rinuncia depositata in concomitanza alla scadenza del termine ex art. 161 comma 6 l. fall. rilevando “il palese intento di evitare una pronuncia che, nei due anni successivi, osti alla presentazione di una nuova domanda di pre-concordato”, individuando comportamenti “posti in essere esclusivamente per deviare al normale iter processuale così da neutralizzare le conseguenze negative che la legge riconduce ad un proprio agire procedurale o ad un mancato adempimento di quanto previsto dalla norma medesima”. Nel caso specifico il tribunale non fa menzione dell'istituto dell'abuso anche se si ritiene che nella sostanza la pronuncia sia in linea con quanto statuito nei casi in cui esso sia stato utilizzato per porre rimedio a comportamenti dei debitori atti meramente a deviare gli strumenti concorsuali dalla loro funzione tipica.

inammissibilità ex artt. 161 e 162 l. fall. e dovendo giustificarsi in successione immediata la domanda di concordato e la pendente istanza di fallimento”.⁽⁷⁷⁾ Il tribunale ha poi sottolineato che “si introdurrebbe nel sistema un intollerabile grado di entropia se si ritenesse che, presentando una domanda di concordato secondo lo schema di cui al primo comma dell’articolo 161, il creditore potesse paralizzare indefinitamente l’azione del creditore istante attraverso plurime domande di concordato e contestuali revoche”. Date queste premesse ha concluso per “l’inammissibilità del ricorso di pre-concordato e per l’inefficacia/inammissibilità della contestuale revoca della domanda di concordato originaria, con la conseguente perdurante necessita di procedere all’esame della proposta originaria e dei profili di inammissibilità del piano già contestati alla ricorrente dal tribunale”.

La corte d’Appello si è pronunciata diversamente ritenendo che nel valutare la sussistenza dell’abuso si dovesse considerare anche il concreto pregiudizio subito dai creditori. Infatti secondo la Corte “non risulta che la condotta della debitrice abbia arrecato un pregiudizio all’unico creditore precedente il quale ha anzi addirittura reclamato la sentenza dichiarativa di fallimento così dimostrando di avere fiducia nelle possibilità” della debitrice “in liquidazione di raggiungere un accordo soddisfacente con le banche e di addivenire a un superamento della crisi”.⁽⁷⁸⁾ Non era quindi ravvisabile secondo la Corte una condotta abusiva nel caso di specie e inoltre, con riferimento a quanto riportato in precedenza, non è legittima nemmeno la dichiarazione di inefficacia della revoca, la quale era stata ritenuta tale dal tribunale perché condizionata.

Condividendo l’orientamento espresso nel giudizio di secondo grado, si ritiene che il tribunale abbia ristretto in via interpretativa “l’ambito di applicazione delle regole che disciplinano il diritto [...] giungendo, senza alcuna considerazione delle peculiarità del caso, a individuare un divieto nella condotta posta in essere dalla reclamante”.

Non si vuole qui ritenere che una condotta abusiva non sia astrattamente ravvisabile in un caso di questo tipo, ma invece rilevare come sia necessario che il tribunale non si limiti a valutare le condotte, ma si occupi anche di considerare gli interessi in gioco, essendo decisivo in questo caso il fatto che il creditore non fosse favorevole alla dichiarazione di fallimento.

In virtù del bilanciamento degli interessi non sussiste il quarto elemento costitutivo dell’abuso: “il beneficio per la società sarebbe stato quello di usufruire di una tregua per giorni 60 e il sacrificio per il creditore quello di vedere procrastinato il proprio diritto ad

⁽⁷⁷⁾ Trib. Milano, 24 ottobre 2013, in *Il caso.it*.

⁽⁷⁸⁾ App. Milano, 21 febbraio 2013, in *Il caso.it*.

ottenere una decisione sull'istanza di fallimento", diritto che non comportava il soddisfacimento dell'interesse del creditore istante.

Il meccanismo della rinuncia può ulteriormente essere utilizzato in quelle fattispecie nelle quali la crisi d'impresa si inserisce in un contesto di gruppo, dove la rinuncia della domanda originaria può essere dovuta alla necessità di garantire un coordinamento tra le procedure delle singole realtà.

Questo è quanto è accaduto in un procedimento svoltosi di recente presso il Tribunale di Asti, nel quale per "l'esigenza di dare rilievo all'interesse del gruppo nell'ambito delle soluzioni concordatarie, seguendo una procedura unitaria che consenta di convocare le adunanze dei creditori in un unico contesto, in modo tale che possano essere evidenziate le connessioni di interdipendenza tra le diverse società e possano essere quindi valorizzati gli aspetti sostanziali della proposta concordataria, in base ai quali la regolazione delle crisi secondo un piano unitario possa arrecare vantaggio a tutti i creditori delle varie società coinvolte"⁽⁷⁹⁾ sono state ammesse alla procedura otto società facenti parte del medesimo gruppo dopo che tre di esse avevano rinunciato alla domanda antecedente.

Data la possibilità di reiterare domande concordatarie, questa non è esclusivamente connessa al caso del previo deposito della rinuncia. È possibile infatti che il debitore depositi una nuova domanda di concordato preventivo a seguito della dichiarazione di inammissibilità della precedente. "In linea teorica non pare che si possa precludere all'imprenditore in stato di crisi di reiterare la domanda concordataria al fine di sottoporre ai creditori una nuova soluzione della situazione che superi i profili di inammissibilità che viziavano una sua precedente proposta o il mancato gradimento dei creditori espresso tramite un voto negativo".⁽⁸⁰⁾

Il problema in questo caso sta nella necessità di contemperare due opposte esigenze: quella del debitore di poter offrire ai creditori una nuova soluzione potenzialmente migliorativa, quella dei creditori di una ragionevole durata della procedura fallimentare. Il tribunale ha statuito che "il contemperamento di queste due opposte esigenze deve essere trovato verificando se la nuova proposta concordataria abbia come unico effettivo intento quello di procrastinare indebitamente l'esame della domanda di fallimento tramite l'abuso dello strumento concordatario ovvero corrisponda a un effettivo interesse ad agire dell'imprenditore al fine di sottoporre di nuovo al consenso dei suoi creditori una domanda

⁽⁷⁹⁾ Trib. Asti, 29 marzo 2013, in *Il caso.it*.

⁽⁸⁰⁾ Trib. Forlì, 12 marzo 2013, in *Il caso.it*.

che abbia carattere di originalità”. Il discrimine starebbe proprio nel carattere innovativo della domanda successiva; se manchi il reale carattere di novità la “domanda di tal fatta, non perseguendo alcun interesse sostanziale se non quello di procrastinare il vaglio dell’istanza di fallimento, costituirebbe un chiaro abuso dello strumento processuale a disposizione dell’imprenditore in crisi”.

Il tribunale nel caso in questione ha poi concluso per l’inammissibilità della nuova domanda di concordato, pronunciandosi nel merito a seguito del deposito del piano alla scadenza del termine stabilito dal tribunale, avvalorando l’idea che non si preclude a priori la reiterazione di domande ma si valuta nel merito ciascuna di esse. Il tribunale ha inoltre statuito che il nuovo ricorso per l’ammissione alla procedura di concordato presentato dalla debitrice “costituisce un palese abuso dello strumento processuale” poiché integra la violazione “dei principi di lealtà processuale previsto dall’art 88 c.p.c. e del giusto e sollecito processo stabilito dall’art 111 Cost.”.

Si condivide l’orientamento del Tribunale di Forlì ivi esposto, ravvisando la sussistenza dell’abuso non nel reiterare le domande, bensì nel fine di tale reiterazione, valutando la condotta alla stregua degli interessi e pregiudizi delle parti in causa.

Nel panorama di possibilità prefigurabili ha un ruolo particolare il concordato “in bianco”. In maniera isolata il legislatore all’art. 161 comma 9 l. fall. ha specificamente vietato la successione di domande con riserva quando la prima di queste abbia dato luogo ad un procedimento interrottosi senza l’emanazione del decreto di ammissione. Da tale norma si evince chiaramente la volontà di tutelare l’interesse del creditore istante ad una pronta decisione, da rendere in tempi ragionevoli.

In quest’ottica c’è chi ha cercato di adottare analogicamente il comma suddetto, ampliandone l’applicazione a più casi: 1) quando a seguito dell’ammissione, non sia stata ottenuta l’omologazione⁽⁸¹⁾; 2) quando la domanda precedente non fosse per concordato con riserva; 3) quando la mancata ammissione sia dovuta alla decorrenza del termine fissato dal tribunale.⁽⁸²⁾

⁽⁸¹⁾ Al contrario, Trib. Milano, 20 febbraio 2014, in *IlFallimentarista.it*, nel quale il debitore è stato ammesso al concordato preventivo sulla base di una seconda domanda di concordato “in bianco” successiva ad una precedente iniziativa conclusasi con il mancato raggiungimento delle maggioranze ex art. 177 l. fall. perché il secondo ricorso “si pone in termini migliorativi rispetto alla proposta non approvata nella precedente procedura ex art. 161 l. fall.”.

⁽⁸²⁾ In linea con Trib. Terni, 8 novembre 2013, in *Il caso.it*, dove è stato rilevato che mancando piano e proposta alla scadenza del termine (in un procedimento in cui non era stata depositata precedentemente istanza di fallimento) il tribunale dichiara semplicemente inammissibile la procedura di concordato con riserva (segue)

Si ritiene qui che tale orientamento non sia realmente corretto: non pare infatti superabile in via analogica il fatto che la disposizione si riferisca soltanto al caso di successione di domande a seguito della dichiarazione di inammissibilità della prima, non sussistendo negli altri casi la medesima *ratio legis*.

In conformità con quanto appena detto, si sostiene che fatto salvo il caso di “abuso codificato” ex art. 161 comma 9 l. fall., la reiterazione di domande di concordato che non rientri nella particolare fattispecie trattata è di regola ammessa, con la necessità di un vaglio delle richieste nel merito al fine di stabilire se da parte del debitore vi sia la mera volontà di reiterare incessantemente l'*automatic stay*. In conclusione dunque si ritiene che ci sia una condotta abusiva in quei casi in cui, i debitori non si limitano ad un uso virtuoso degli strumenti a loro disposizione, ma superano i limiti loro imposti in ragione dell'efficienza ed efficacia delle procedura concorsuali, integrando un vero e proprio abuso del diritto come inteso dalla Corte di legittimità.⁽⁸³⁾

Gli imprenditori protagonisti dei casi considerati dispongono del diritto di depositare la domanda di concordato, di rinunciarvi, ed eventualmente di modificarla; le modalità di deposito della domanda ed eventuali modifiche non sono rigidamente determinate; è presente un criterio extra-giuridico per valutare l'abusività delle condotte ed è evidente la sproporzione del sacrificio cui sono soggetti i creditori.

Ciò premesso si condivide l'orientamento dei tribunali in tal senso, riservandosi di analizzare nello specifico i poteri di cui essi dispongono nel capitolo che segue.

escludendo la possibilità di proporre un nuovo ricorso ai sensi dell'art. 161 comma 6 l. fall.. Orientamento non condiviso sulla base dell'idea che non sia possibile applicare il comma 9 del medesimo articolo in via analogica.
⁽⁸³⁾ Cass. Civ., Sez. I, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Il caso.it*.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL TRIBUNALE

1. Analisi sistematica dell'evoluzione della disciplina

Sotto il vigore del R.D. 267/1942 il Tribunale “era un organo il quale assommava in sé funzioni giurisdizionali, amministrative e di controllo tant’è che poteva non omologare la proposta anche in caso di voto favorevole e, quindi, contro la decisione dei creditori”.⁽⁸⁴⁾ Aveva un ruolo centrale nella procedura poiché gli era affidato non solo il ruolo di sorveglianza e controllo come accade ora, ma anche quello di gestione dei modi e tempi processuali, arginando invece il potere del ceto creditorio.

Passiamo ora in rassegna nel dettaglio la disciplina in questione.

L’originario art. 162 l.fall. disponeva che il tribunale sentito il pubblico ministero e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiarava inammissibile la proposta se non ricorrevano le condizioni previste dal primo comma dell’art 160 l. fall. o se riteneva che la proposta di concordato non rispondesse alle condizioni indicate nel secondo comma dello stesso articolo. In tali casi il tribunale dichiarava d’ufficio il fallimento del debitore.

A sua volta l’art. 163 l. fall. stabiliva che il tribunale, se riconosceva ammissibile la proposta [...] dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo.

Le norme in commento mettono in rilievo come il tribunale potesse decidere delle sorti della procedura, vagliando tanto gli aspetti formali quanto quelli sostanziali, sia meramente economici che giuridici. Agli albori della normativa il tribunale poteva accertare non soltanto la fattibilità della proposta ma anche se essa fosse conveniente per il ceto creditorio.

Valutare la fattibilità della proposta significava considerare la probabilità che il piano concordatario aveva di essere attuato mentre, con una notevole differenza concettuale, determinare la convenienza comportava invece di prevedere il grado di soddisfazione che

⁽⁸⁴⁾ G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 264.

potevano ricevere i creditori a seguito dell'approvazione e dell'adempimento della proposta.⁽⁸⁵⁾

È evidente come in questa prima fase il legislatore abbia lasciato al tribunale il ruolo di organo supremo della procedura, improntando il *corpus* normativo del concordato sui suoi poteri d'ufficio. L'organo giudicante poteva sia occuparsi della valutazione della documentazione ai fini dell'ammissione, entrando nel merito dei dati forniti dal debitore, che dichiarare d'ufficio il fallimento, quindi sia valutare la convenienza della proposta che arrestare la procedura nel caso in cui lo ritenesse opportuno. Aveva dei margini di azione molto ampi, i quali gli erano stati volutamente attribuiti dal legislatore, che all'epoca si preoccupava più della tutela dell'ordinamento che del soddisfacimento degli interessi dei creditori.

Come si è detto a partire dal primo capitolo, uno degli scopi del legislatore delle riforme è stato proprio limitare il potere di azione del tribunale, per lasciare maggiore spazio all'autonomia negoziale nelle scelte in corso di procedura. Con il primo intervento del 2005 furono profondamente modificati gli artt 160-161 l.fall. concernenti i presupposti per l'ammissibilità alla procedura e l'art. 163 l. fall. relativo ai limiti della verifica ai fini della stessa ammissione.

Dal nuovo testo dell'art. 163 l. fall. emergeva chiaramente l'intento di incardinare il giudizio del tribunale ad un mero controllo formale della documentazione prodotta dal debitore, nello specifico della relazione dell'esperto sulla fattibilità del piano. Se la norma previgente si occupava meramente di affidare al tribunale il potere di dichiarare l'ammissione alla procedura, come novellato l'art. 163 l. fall. sin dal 2005, disponeva tale dichiarazione dovesse seguire alla valutazione della "completezza e regolarità della documentazione" evidenziando un'*intentio legis* limitativa rispetto al potere discrezionale del tribunale. I documenti ai quali si faceva riferimento sono quelli previsti ex art. 161 l. fall. che dopo il 2005 comprendono anche "la relazione di un professionista di cui all'articolo 28 che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo".

Al contempo, ridotto il margine discrezionale, si lasciavano all'organo giudicante gli stessi poteri d'ufficio che aveva in precedenza, creando in questo modo una discrepanza all'interno del nuovo assetto normativo; il legislatore infatti è intervenuto in maniera disomogenea, senza pensare ad un assetto totalmente nuovo, solamente introducendo nuovi sistemi laddove parevano necessari.

⁽⁸⁵⁾ Si condivide l'interpretazione di R. RAGO, op. cit.

Il *corpus* normativo come modificato ha destato diverse perplessità le quali hanno coinvolto dottrina e giurisprudenza che hanno cercato di trovare una soluzione proponendo diverse alternative, concretizzatesi in tre diversi orientamenti, sintetizzabili come segue:

- 1) il tribunale continuava a mantenere un potere di controllo del merito della proposta;
- 2) al tribunale residuava soltanto un potere di controllo formale;
- 3) il tribunale, che non poteva entrare nel merito della proposta, poteva controllare la coerenza e logicità della relazione del professionista, che doveva essere tale da informare sufficientemente i creditori chiamati al voto.

Tali posizioni sono particolarmente rilevanti, in quanto hanno messo le basi al futuro fervido dibattito relativo al ruolo del tribunale ed ai poteri di cui esso dispone durante il corso della procedura concordataria, del quale ci si occuperà nei paragrafi seguenti, con il fine di individuare prima il suo ruolo e di conseguenza la sua funzione in sede di eventuali usi strumentali del concordato.

Nel 2007 la normativa fallimentare sul punto in discussione è stata nuovamente modificata. Da un raffronto tra la vecchia e la nuova disciplina si rileva che:

- l'art. 162 l. fall viene redatto come il previgente; prima si stabiliva che il tribunale dovesse dichiarare l'inammissibilità della proposta ove non ricorressero "le condizioni previste dal primo comma dell'art 160" ora, si prevede che il tribunale possa dichiarare l'inammissibilità della proposta previa la verifica che "non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160 commi primo e secondo, e 161";
- viene eliminata dall'art 163 la locuzione "completezza e regolarità della documentazione" che aveva fatto discutere gli interpreti, ora il tribunale non deve più effettuare tale verifica ma soltanto dichiarare aperta la procedura se non ne abbia dichiarato l'inammissibilità;
- l'ultimo aspetto, riguarda il potere di valutare la convenienza della proposta che ora, non è più nelle mani del tribunale bensì, totalmente a disposizione dei creditori, i quali se ne occuperanno in sede di votazione, fatto salvo il caso tassativo ed eccezionale previsto all'art 180 l. fall..

Riguardo all'impianto normativo sul ruolo del tribunale e sulla configurazione del giudizio a suo carico le novità normative successivamente introdotte con il cosiddetto Decreto Sviluppo nel 2012 non sono state particolarmente influenti.

Tuttavia, poiché come si è già detto più volte, il legislatore ha mantenuto costante nel tempo il suo intento di favorire le parti nella gestione della procedura, anche l'introduzione del concordato con riserva e del concordato con continuità aziendale, protagonisti della

riforma del 2012, con riferimento alla specifica disciplina come descritta nei capitoli precedenti, sono due chiari segnali della volontà unanime di svuotare sempre di più il potere del tribunale di intervenire nella procedura.

Negli ultimi anni, argomento oggetto di discussione in dottrina e giurisprudenza è stato proprio il problema di quali siano i poteri di cui il tribunale dispone. In concreto si è cercato di capire in che cosa consista “la verifica dei presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo e 161” quale prevista all’art 162 l. fall.⁽⁸⁶⁾, spostando il problema, sull’interpretazione della nuova locuzione, ma non su un altro argomento.

2. La disciplina attuale: il contenuto degli articoli 160 e 161 l. fall.

Secondo quanto previsto all’articolo 160 l. fall. il debitore (in stato di crisi o di insolvenza) può proporre ai suoi creditori un concordato basato sulla redazione di un piano di soddisfacimento dei loro crediti. La norma infatti, prevede come la proposta possa essere diversamente articolata, proponendo una serie di modalità di soluzione finalizzate a favorire il debitore nella gestione della crisi. È una sorta di prospetto di varie situazioni differenti, le quali a ben vedere potrebbero essere quelle adottate dall’imprenditore in stato di crisi.

Il quadro comprende qualsiasi forma di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti, tra le quali anche la cessione dei beni, l’accollo e altre operazioni straordinarie tra le quali l’attribuzione ai creditori di strumenti finanziari e titoli di debito; l’intervento di un assuntore per la gestione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato; la suddivisione dei creditori in classi omogenee secondo posizione economica e interessi economici, le quali possono essere soggette a trattamenti differenziati.

La proposta può infine prevedere una soddisfazione parziale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, fatto salvo il caso in cui nel piano si preveda una soddisfazione non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione tenuto conto del valore di mercato dei beni o diritti sui quali sussiste la prelazione.

Nella disposizione seguente il legislatore entra maggiormente nel dettaglio, in termini formali. L’articolo 161 l. fall. prevede i “presupposti per l’ammissione alla procedura” segnando, anche se non in maniera assoluta, un primo limite al controllo per l’accoglimento del ricorso per concordato.

⁽⁸⁶⁾ Si condivide l’approccio di G. RAGO, op. cit., p. 265.

La norma prevede che con il ricorso il debitore presenti:

“a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano”.

Fissati i requisiti, all'articolo 162 l. fall. viene concretamente individuato il potere attribuito al tribunale: l'organo giudicante “se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore”.

Si sono chiariti in questo modo i profili strutturali del giudizio di ammissione, il quale, anche ora, dopo le varie modifiche di cui si è trattato nei capitoli precedenti, vede come protagonista il tribunale.

I confini di cui all'articolo 161 l. fall. sin dal principio sono stati molto poco chiari a dottrina e giurisprudenza. Il legislatore nel disciplinare il *modus operandi* del tribunale ha tralasciato di riempire di significato i poteri individuati. A partire dal decreto correttivo del 2007 si solleva un problema non di poco conto. Cercare di capire cosa si intenda per “verifica dei presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo e 161” significa lasciare ampio margine a diverse interpretazioni, concernenti i poteri del tribunale sul controllo della “fattibilità” del piano, della proposta e della domanda.

Gli elementi ivi scorporati sono gli stessi che si sono presi in considerazione quando, nel capitolo precedente, ci si è preoccupati di individuare l'oggetto dell'istituto dell'abuso in riferimento al concordato preventivo e pare opportuno mantenere lo stesso approccio. *In*

primis è necessario occuparsi del concetto di “fattibilità” sì da poter poi svolgere una trattazione esauriente dell’argomento in riferimento ai diversi “oggetti”.

3. Il problema della “fattibilità”

Si è notato come sino al 2005 la parola “fattibilità” non comparisse nelle massime comprese nei repertori di giurisprudenza e si può ritenere che il problema della sua interpretazione fosse sconosciuto fino all’introduzione del D.L. 35/2005.

Ora il termine in questione viene utilizzato in relazione al piano, che secondo quanto previsto all’art 161 l. fall. affinché il ricorso per il concordato sia ammissibile, deve essere valutato “fattibile” dal professionista attestatore. È evidente che se riferita ad un elemento che sarà soggetto alla valutazione del tribunale, la fattibilità del piano rientrerà anche nel suo giudizio.

Il problema riguarda proprio capire in che termini si possa giudicare della “fattibilità” e soprattutto in riferimento a che cosa.

Si ritiene che il concetto di fattibilità in riferimento alla domanda possa essere facilmente esplicito: la domanda si considera fattibile se rispetti i requisiti richiesti, e quindi quando essa sia formalmente legittima. Non pare infatti che possano essere individuati profili indeterminati per quanto riguarda la domanda la quale, come si è detto nel precedente capitolo, rappresenta semplicemente la volontà del debitore di procedere per mezzo di concordato. La nozione di cui si discute infatti non ha sollevato perplessità in relazione alla possibilità o meno di depositare il ricorso, quanto invece al contenuto di quest’ultimo.

C’è da chiedersi cosa significhi fattibilità del piano.

Uno dei primi apporti in dottrina assumeva che l’attestazione del professionista “si risolve [...] in una formulazione di motivata idoneità del piano al raggiungimento dei risultati esposti dal debitore. Così, condivisibilmente, si è optato perché sotto il profilo della ricostruibilità dell’iter logico dell’argomentazione che sorregge l’attestazione di fattibilità [...] il ricorso deve essere dichiarato inammissibile quando la relazione non soddisfa questo requisito, cioè un piano fattibile”.⁽⁸⁷⁾

⁽⁸⁷⁾ M. FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro.it*, 2006, I, p. 919.

In questa maniera però è evidente come, la certificazione della fattibilità da parte del professionista non sia separata dalla valutazione del tribunale, anzi veda il suo concretarsi proprio nel giudizio svolto da quest'ultimo in sede di ammissione.

Sembra che il problema sia stato spostato di sede, non invece risolto. È diverso affermare che il vizio risiede nella relazione piuttosto che nel ricorso: la relazione fa riferimento solamente al piano il quale, come mezzo di attuazione della proposta deve essere necessariamente fattibile; il ricorso, concerne piano e proposta, e proprio questa, come ogni altra proposta negoziale non è fattibile o non fattibile, ma deve trovare il consenso della controparte. Secondo questa lettura, la relazione di attestazione del professionista assurge a strumento informativo per i creditori, facendo emergere il concetto di fattibilità del piano ai fini della valutazione della proposta da parte del ceto creditorio.

Ma che cos'è quindi la "fattibilità" considerata in relazione al piano? Si tratta della "prognosi di adempimento dell'obbligazione contenuta nella proposta"⁽⁸⁸⁾ la quale non può che essere redatta da un soggetto competente, il quale svolge una funzione "certificatrice". Secondo questa lettura⁽⁸⁹⁾ si potrebbe finire con il sostituire l'attività del giudice con il contenuto dell'attestazione, ritenendo che quest'ultimo non debba occuparsi della valutazione del caso nel merito, quanto invece della verifica della congruità e correttezza della relazione a fini informativi per il ceto creditorio. Ma l'attestazione non è né un mezzo di prova né un mezzo istruttorio.

Non si condivide la visione fin qui esposta, si ritiene invece che ci si debba chiedere fino a che punto possa arrivare il giudizio del tribunale, in maniera tale da poter poi, in secondo luogo capire se il giudizio dell'esperto lo vincoli o meno. L'approccio più corretto pare quindi essere opposto; da un punto di vista sistematico non si vuole appoggiare la tesi che parte dalla considerazione degli "oggetti" del giudizio quanto invece proporsi di indagare sul giudizio svolto in concreto dal tribunale.

Come anzidetto il legislatore non ha previsto alcuna modalità specifica di svolgimento del controllo del giudice, tanto meno in riferimento alla prognosi di adempimento. Questa questione ha destato molte perplessità soprattutto in giurisprudenza ed è stata al centro delle pronunce più recenti, nelle quali i giudici di legittimità hanno cercato di darne una soluzione.

⁽⁸⁸⁾ M. FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 158.

⁽⁸⁹⁾ M. FABIANI, *op. cit.*.

Con riferimento specifico al concetto di fattibilità è da sottolineare la sentenza a Sezioni Unite del 23 gennaio 2013, n. 1521 la quale ha chiarito “i limiti entro i quali il requisito della fattibilità possa essere sindacato da parte del giudice”. La Corte partendo dall’idea che “il legislatore ha inteso demandare esclusivamente al professionista il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall’imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto” e che “la l. fall., articolo 162, impone al tribunale di dichiarare l’inammissibilità della proposta di concordato ove constat(i) l’assenza dei presupposti di cui all’art. 160, commi 1 e 2 art. 161 in essi compresi quindi quelli concernenti la veridicità dei dati indicati e la fattibilità del piano” ha stabilito che “il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell’attestato”. Il tribunale infatti, secondo questa interpretazione ha il compito di “verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all’ammissibilità quando modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili”.

Quanto poi alla distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica quale introdotta in questa occasione, la Corte ha ritenuto opportuno puntualizzare che rispetto alla seconda sussistono notevoli margini di opinabilità e svariate possibilità di errore che si traducono in un fattore di rischio per gli interessati, “rischio (del quale è bene) si facciano esclusivamente carico i creditori, una volta che vi sia stata una corretta informazione sul punto”.

Le Sezioni Unite individuano come margine del sindacato del giudice sulla fattibilità del piano “l’identificazione della causa concreta del procedimento” la quale coincide con il “contenuto della proposta”. Il giudice deve quindi verificare che la procedura sia idonea a realizzare la causa concreta, senza occuparsi delle variabili economiche che ricomprendono ad esempio, la percentuale di realizzo e i tempi di liquidazione.⁽⁹⁰⁾

La valutazione sulla fattibilità economica infatti è rimessa esclusivamente ai creditori in quanto si tratta di “un giudizio prognostico che presenta fisiologicamente margini di opinabilità ed implica possibilità di errore e, quindi, profili di rischio del quale devono farsi esclusivamente carico i creditori, una volta che vi sia stata una corretta informazione”.⁽⁹¹⁾

⁽⁹⁰⁾ Si condivide l’opinione di G. GIURDANELLA, *Percentuali e tempi di realizzo nel concordato preventivo e controllo del tribunale*, in *Il Fallimento*, 2013.

⁽⁹¹⁾ App. Firenze, 27 febbraio 2013, n.356, in *Il Fallimentarista.it*, nella quale è stata riformata la decisione del tribunale nella quale si era proceduto autonomamente ad una riclassificazione e riduzione dell’attivo ritenendo invendibili determinati cespiti, discostandosi dalla valutazione fornita dal professionista attestatore.

Con tale sentenza la Corte ha poi concluso che “i destinatari della proposta di concordato sono i creditori; che ad essi soltanto, pertanto, spetta formalmente un giudizio in ordine alla convenienza economica della soluzione prospettata, che a sua volta presuppone una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità del piano; che conseguentemente a quest’ultima valutazione resta del tutto estraneo il giudice, nelle varie fasi in cui è potenzialmente chiamato ad intervenire (l. fall. articoli 162, 173 e 180)”.

Come si evince da quanto detto la Corte con questa pronuncia ha introdotto la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica del piano concordatario. La prima concerne l’idoneità dei mezzi e strumenti predisposti al superamento dello stato di crisi attraverso il soddisfacimento dei crediti mentre la seconda riguarda l’esito economico del piano. Secondo la Corte la fattibilità giuridica è radicata nella “causa concreta” del procedimento, non invece del negozio⁽⁹²⁾, anche se gran parte dei commentatori⁽⁹³⁾ per enfatizzare il connotato negoziale del concordato riferiscono la suddetta causa alla singola proposta.

Tuttavia si condivide l’opinione di chi afferma che la Corte esprima chiaramente il principio che intende affermare: il controllo sulla fattibilità verte sulla praticabilità e/o consistenza delle modalità di “regolazione della crisi” le quali però non possono essere sindacate dal giudice, rimanendo nella competenza dei creditori. Il giudice deve perciò soffermarsi sul piano, tenendo ben presente il fine al quale esso deve essere orientato, senza però svolgere una valutazione sulla sua potenziale convenienza economica.⁽⁹⁴⁾ “Si tratta di valutare, in sede di legittimità, se il mezzo proposto è in grado di realizzare in concreto il fine perseguito (e cioè la regolazione della crisi attraverso la soddisfazione, pur parziale e possibilmente non minimale, dei creditori)”. In questo senso la fattibilità attiene non solo “alla risoluzione di ogni questione di fattibilità dipendente dalla corretta o quanto meno non manifestamente errata applicazione di norme di diritto” quanto invece anche alla insufficienza o inadeguatezza in termini fattuali, cioè al fatto che l’uscita dalla crisi debba essere concretamente e non virtualmente garantita.⁽⁹⁵⁾

⁽⁹²⁾ in linea con A. DI MAJO, *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Il Fallimento*, 2013 .

⁽⁹³⁾ DE SANTIS, *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio “permanente” della fattibilità del piano*, in *Il Fallimento*, 2013; I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità nel piano di concordato*, in *Il Fallimento*, 2013; M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2013.

⁽⁹⁴⁾ Si accoglie l’interpretazione di A. DI MAJO, op. cit., p. 293.

⁽⁹⁵⁾ Così FABIANI, op. cit..

In termini semplici il ruolo che assume il tribunale è quello di “assicurare la tutela della legalità al procedimento” anche se, considerata la poca chiarezza della legge a riguardo, tale profilo non emerge facilmente.

4. Il controllo del tribunale e la relazione del professionista: l'evoluzione giurisprudenziale

La giurisprudenza di legittimità ha raggiunto le conclusioni di cui alla sentenza del 23 gennaio 2013 a seguito di un lungo e articolato dibattito, finendo per discostarsi dall'orientamento prevalente che limitava il sindacato del tribunale ad un controllo di sola legittimità formale sulla regolarità della procedura e sull'esito della votazione.⁽⁹⁶⁾

Le prime pronunzie della Corte di Cassazione erano infatti orientate a ritenere che il controllo del tribunale avesse ad oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione, escludendo così ogni valutazione circa l'adeguatezza del piano concordatario. La stessa Corte aveva ritenuto che tale indagine di merito fosse “riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui alla l. fall., art. 180”.⁽⁹⁷⁾

La Cassazione si era poi discostata da questa prima lettura, ritenendo che la verifica che si svolgeva non era fondata meramente sull'idoneità della relazione del professionista, la quale però serviva per individuare “la soglia minimale”⁽⁹⁸⁾ del controllo del tribunale quando “non manifestamente inadeguata”. Tuttavia la stessa sentenza proseguiva puntualizzando che “non risulta [...] attribuito dalla norma valore di prova legale di fattibilità [...] alla relazione del professionista”. In questo senso la relazione se non manifestamente inadeguata era idonea ad informare correttamente i creditori sulla fattibilità del piano concordatario.

Sulla stessa linea la Corte aveva poi statuito che il controllo del tribunale dovesse essere svolto soltanto “al fine di prevenire l'apertura di una procedura concorsuale

⁽⁹⁶⁾ Cass Civ., Sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Il caso.it*; Cass. Civ., Sez. I, 14 febbraio 2011, n.3586 in *Il caso.it*; Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817 e n. 13818, in *Il caso.it*; Cass Civ, Sez. I, 16 settembre 2011, n 18987, in *Il caso.it* .

⁽⁹⁷⁾ Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Il caso.it* .

⁽⁹⁸⁾ Cass. Civ., Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Il caso.it*.

palesamente votata all'insuccesso"⁽⁹⁹⁾, consolidandosi così l'idea che all'organo giudicante restasse di considerare che il piano fosse formalmente corretto e di conseguenza consapevolmente valutabile dai creditori. In quest'ottica l'attestazione è inidonea in quei casi in cui sia affetta da vizi genetici, cioè quelli concernenti la veridicità dei dati, i quali siano accertabili in via preventiva e non sanabili dal consenso dei creditori.

Se inizialmente si prevedeva che il tribunale svolgesse un controllo meramente formale, successivamente si è adottato un approccio differente, estendendo il compito del tribunale anche all'analisi del piano concordatario in via mediata, per mezzo del sindacato sulla completezza e congruenza dell'attestazione del professionista.

Si è discostata da questo orientamento la giurisprudenza di merito la quale ha ritenuto che "deve aversi cura di non confondere i profili genetici con quelli funzionali del negozio. In particolare anche la radicale e manifesta inadeguatezza del piano non costituisce vizio genetico, dal momento che gli elementi costitutivi dell'accordo sono esclusivamente la proposta e l'accettazione. Sono quindi solo i creditori che devono valutare se credere o meno al piano, che costituisce lo strumento per l'adempimento del contratto concordato. Invero è solo rispetto a tale strumento che si pone un problema di fattibilità"⁽¹⁰⁰⁾ La Corte d'appello ha messo in rilievo il fatto che la precedente visione creasse confusione tra i profili genetici e quelli funzionali dell'accordo, dimenticando che l'oggetto del concordato è la proposta e non il piano.⁽¹⁰¹⁾ Il tribunale di secondo grado ha inoltre puntualizzato con riguardo alla valutazione di fattibilità contenuta nella relazione del professionista che essa sia rimessa esclusivamente al giudizio dei creditori, in maniera tale da evitare sovrapposizioni con il controllo dei presupposti di ammissibilità.

Tuttavia la più recente pronuncia della Corte di legittimità menzionata in apertura del paragrafo, ha adottato un approccio totalmente diverso, superando l'impostazione fin qui seguita, secondo la quale il controllo del tribunale sarebbe di "secondo grado", accogliendo invece la tesi di un giudizio autonomo sulla fattibilità del piano.

⁽⁹⁹⁾ Cass. Civ., Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in *Il caso.it*.

⁽¹⁰⁰⁾ App. Firenze, Sez. I, 29 maggio 2012, in *Il Fallimentarista.it*.

⁽¹⁰¹⁾ Si condivide la visione riportata da G. GIURDANELLA, op. cit..

5. Il rilievo dell'abuso nel giudizio di ammissibilità

Il percorso attraverso il quale si giunge ad ammettere un giudizio del tribunale sull'abuso di diritto in sede di ammissione è tutt'altro che semplice. L'impianto normativo come riformato pareva propendere per una soluzione che escludesse quasi totalmente una valutazione del tribunale nel merito in relazione alla proposta concordataria.

Come si è detto nei paragrafi precedenti secondo la dottrina e la giurisprudenza il sindacato del tribunale concerneva “la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che potesse essere svolta una relazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo di merito”.⁽¹⁰²⁾

Successivamente, a seguito dell'intervento della giurisprudenza di legittimità del 15 settembre 2011, tale orientamento è stato smentito, considerando il fatto che in tale visione non si teneva conto delle modifiche apportate con il decreto correttivo. Si faceva riferimento *in primis* alla previsione del potere del tribunale di concedere un termine per apportare integrazioni al piano ex art. 162 l. fall. (come novellato dal D. lgs. n. 169 del 12 settembre 2007) e secondariamente alla soppressione dell'*incipit* dell'art. 163 l. fall. “completezza e regolarità della documentazione”, il quale nella previgente norma indicava l'ambito di indagine del tribunale nel giudizio di ammissione, sostituito con il richiamo dell'art. 162, commi 1 e 2, l. fall.. Soprattutto dal nuovo art. 162 l. fall. emerge con chiarezza che al tribunale non possa residuare un controllo di mera regolarità formale, poiché la necessità di integrare il piano presuppone una indagine nel merito del contenuto del piano.

La Corte di Cassazione nella sentenza in questione ha riconosciuto un ruolo essenziale del giudice in tutte le fasi del concordato preventivo ritenendo che il sindacato del tribunale comportasse “lo scrutinio dei presupposti sostanziali dello stato di crisi e della rispondenza della proposta allo schema legale ed ai fini tipici dell'istituto nel merito e quindi anche con riferimento alla manifesta inadeguatezza della fattibilità del piano”⁽¹⁰³⁾ anche se, come si è già detto, permaneva l'idea di un sindacato di “secondo grado” in questa prima fase.

La radicale innovazione rispetto alla configurazione del giudizio di ammissione è stata introdotta con la sentenza a Sezioni Unite del 2013⁽¹⁰⁴⁾ la quale ha assunto che la fattibilità

⁽¹⁰²⁾ Cass. Civ., Sez I, 25 ottobre 2010, n.21860, in *Il caso.it*; Cass. Civ., Sez I, 23 giugno 2011, 13817, in *Il caso.it*.

⁽¹⁰³⁾ S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo la cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista.it*.

⁽¹⁰⁴⁾ Cass., Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Il Fallimento*, 2013 .

sia direttamente sindacabile dal tribunale in quanto riconosciuta come uno dei requisiti per l'ammissibilità ex art. 162 l. fall.. Così concludendo, il giudizio di controllo si riferisce ora al concetto di "fattibilità giuridica", la quale tuttavia si fonda sulla prognosi offerta dal professionista nell'attestazione.

La proposta concordataria, per poter essere accettata, usando le parole della Corte, "deve necessariamente avere ad oggetto la regolazione della crisi" permettendo "la conservazione dei valori aziendali". Sarà quindi dichiarato inammissibile quel ricorso che preveda una proposta inidonea a tali scopi. La proposta deve essere formalmente corretta: deve rispettare le norme imperative e prevedere il soddisfacimento, almeno parziale, di tutti i creditori interessati.

Si deve tuttavia precisare che la Corte introducendo l'idea dell'idoneità a soddisfare i creditori non ha voluto aprire al tribunale il controllo sulla fattibilità economica del piano, il quale rimane esclusivamente nel potere dei creditori. Spetterà a costoro valutare la convenienza economica della proposta, valutando se i criteri previsti siano a loro avviso, concretamente soddisfacenti.

Si è voluto inquadrare il giudizio di ammissione per poter analizzare con maggiore chiarezza la situazione nella quale il tribunale, durante tale fase, rilevi un uso strumentale dei mezzi processuali, individuando un abuso di diritto. Si ritiene che i passaggi considerati siano particolarmente rilevanti al fine che ci si prefigge.

In primo luogo è fondamentale che nel tempo si sia ripensato al tribunale come un organo fondamentale nel corso di tutta la procedura e soprattutto che si sia eliminata l'idea che il suo parere in sede di ammissione potesse essere solo subordinato alla valutazione dell'attestazione. In questo modo si è lasciato molto più spazio di azione all'organo giudicante, il quale poi, nel 2013 si è visto riconoscere un potere di intervento diretto.

Tuttavia le sentenze considerate fanno riferimento ai presupposti di ammissione e alla fattibilità del piano, non invece all'utilizzo che il debitore fa degli strumenti processuali che ha a disposizione. È proprio tale uso che può scaturire in un abuso di diritto. Si ritiene inoltre che data tale differenza esistano dei casi particolari in cui, ancor prima di valutare se sussista o meno l'abuso di diritto, il tribunale dovrebbe chiedersi se, il piano depositato dall'imprenditore sia giuridicamente "fattibile".

Ciò che si evince dalla lettura delle sentenze della giurisprudenza di merito è che nella prima fase del procedimento siano proprio i tribunali a rilevare le condotte abusive, finendo per dichiarare inammissibili le proposte presentate. Il giudizio però, si focalizza sulla finalità

perseguita dagli imprenditori e sul bilanciamento degli interessi delle parti in causa, esorbitando rispetto a quanto previsto sia dalla legge fallimentare che dalle pronunzie della giurisprudenza di legittimità. Il giudizio sull'abuso si presenta come l'esercizio di un potere finalizzato a garantire la salvaguardia degli interessi delle parti nelle procedure concorsuali.

Prima della più recente riforma, data la particolare configurazione del giudizio di ammissibilità, tale valutazione era riservata alle fasi di revoca e omologa, cioè in quei casi in cui il tribunale si vedeva concretamente riconosciuto il ruolo di controllore della procedura. Ora si ritiene che, vista l'attuale concezione relativa alla prima fase, il tribunale possa rilevare anche qui eventuali violazioni della buona fede oggettiva da parte del debitore, quale clausola generale per valutare le modalità con le quali il diritto viene esercitato.⁽¹⁰⁵⁾

Questa conclusione pare la più ragionevole sia perché coerente con l'orientamento giurisprudenziale, che riconosce al tribunale lo stesso ruolo in tutte le fasi, sia perché in linea con l'idea sottesa dal legislatore con riferimento al concordato e al fallimento in genere, riconoscendo ai creditori il diritto ad una "pronta" soluzione. Con ciò si vuole dire che è preferibile anticipare il sindacato sull'abuso anche alla prima fase, per evitare che gli imprenditori in stato di crisi tentino di ricorrere allo strumento concordatario solo per prendere tempo sull'incombente fallimento, finendo per rendere totalmente inefficace una successiva dichiarazione in tal senso, perché sopraggiunta quando una liquidazione non è più conveniente.

È evidente che in questo modo si aumenta drasticamente il potere di intervento del tribunale, apparentemente in senso contrario rispetto alla concezione negoziale che si è voluta attribuire al concordato con le varie riforme. Tuttavia è proprio in virtù di tale tesi che si può fare riferimento all'istituto dell'abuso di diritto e al principio della buona fede oggettiva, i quali sono applicati nel nostro ordinamento proprio in ambito privatistico come espressione di un principio di solidarietà sociale. Grazie a questi strumenti il giudice può sindacare il contenuto del contratto, intervenendo se sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

Con riferimento al concordato al giudice non compete un sindacato di merito nella proposta o nel piano in termini di convenienza economica, ma gli spetta un controllo giuridico di regolarità del piano. Il giudice non potrà entrare nel merito del contenuto economico del contratto, ma dovrà limitarsi a considerare gli aspetti formali e gli interessi coinvolti, al fine di ottenere una soluzione quanto più equa per le parti coinvolte. Il principio

⁽¹⁰⁵⁾ G. D'AMICO, op. cit..

di buona fede oggettiva rappresenta anche nel concordato il contrappeso all'autonomia negoziale dove sono molteplici i soggetti coinvolti e gli interessi da tutelare.

Si conclude quindi che nel giudizio di ammissione, nei casi in cui il giudice rilevi la sussistenza di condotte abusive poste in essere dal debitore per allontanare la dichiarazione di fallimento già pendente o incombente o per usufruire il più a lungo possibile dell'ombrello protettivo del concordato, il tribunale possa rigettare il ricorso per abuso di diritto.

Si puntualizza però che il rilievo dell'abuso di diritto debba essere gerarchicamente secondario rispetto alla valutazione dei presupposti di ammissibilità ex art. 162 l. fall. tra i quali ha un ruolo fondamentale dopo il 2013, anche la valutazione sulla "fattibilità giuridica" del piano. È evidente che in quei casi in cui fosse possibile dichiarare l'inammissibilità per mancanza dei presupposti richiesti, l'abuso del diritto più che apparire come un mezzo di garanzia per le parti, finisce per realizzare un ritorno al passato, mettendo il tribunale nella posizione di svolgere una valutazione nel merito, superando tutti quei limiti al potere di intervento nella procedura che gli sono stati posti.

6. Il giudizio di revoca e l'abuso di diritto

Dopo aver accettato la proposta di concordato presentata dal debitore, salvo il caso in cui egli usufruisca del diritto di rinunciarvi depositando poi una nuova proposta, il tribunale potrà esercitare ulteriormente il suo sindacato nel giudizio di eventuale revoca e di omologazione.

Per meglio individuare come si possa sollevare la questione dell'abuso di diritto in relazione ad una domanda dichiarata ammissibile dal tribunale, si vuole prima di tutto definire i confini del giudizio di revoca. Ci si riferisce all'art. 173 l. fall. il quale prevede che su indicazione del commissario giudiziale del compimento da parte del debitore di "atti di frode" antecedenti al ricorso, il tribunale "apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori".

La norma è stata pochissimo toccata dall'intervento di riforma legislativa da parte del Decreto Sviluppo, ma continua a porre importanti problemi sia sotto un profilo sostanziale che sotto un profilo processuale. L'art. 173 l. fall. è la prima disposizione di riferimento dove compare in maniera decisiva il commissario giudiziale, il quale dopo aver verificato i dati aziendali e la fattibilità del piano, può, nei casi in cui rileva la sussistenza di condotte

antecedenti al ricorso ex comma 1, oppure laddove ravvisati nel corso della procedura atti ex comma 3, avviare il sub-procedimento di revoca.

I problemi che devono essere affrontati in relazione all'argomento di ricerca sono principalmente due: qual è il significato attribuito alla locuzione "atti di frode"; quando concretamente il tribunale può intervenire per revocare il concordato. Con riguardo alla prima questione la Corte di legittimità ha di recente cercato di identificare ciò che è considerato atto di frode secondo la percezione dei giudici delegati nella sentenza n. 13817 del 2011⁽¹⁰⁶⁾, ritenendo che si tratti di atti distrattivi e depauperativi del patrimonio oppure di atti fraudolenti che non comparissero in nessun modo nel piano, e quindi nascosti e non percepibili dal tribunale e svelati successivamente dalla relazione del commissario giudiziale. La corte ha stabilito che il substrato di tutti gli atti di frode consiste nella dissimulazione ai creditori e al tribunale dei fatti depauperativi e comunque pregiudizievole per i creditori, riferendosi in maniera evidente all'idea della tutela del consenso informato, quale protagonista a seguito del primo intervento riformatore del 2005. In linea di principio nel definire non le caratteristiche quanto invece quali siano concretamente gli atti di frode, quelli che hanno avuto maggiore rilievo sono quegli atti che abbaino fini sottrattivi, cioè che mirino a depauperare il patrimonio del debitore.

Più di recente la Corte⁽¹⁰⁷⁾ si è pronunciata nuovamente sulla questione, chiarendo che si tratta di atti di frode quando i comportamenti posti in essere dal debitore anteriormente alla procedura di concordato preventivo fossero volti "ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, che esse siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori". Tale lettura è senza dubbio confermativa della precedente e mette di nuovo in luce la necessità processuale di garantire al ceto creditorio la formazione di un consenso adeguatamente informato.

Con riferimento invece al comma 3 i presupposti della revoca sono stati identificati negli atti non autorizzati a norma dell' art.167 l. fall. o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, oppure nell'evidenziarsi dopo l'ammissione alla procedura della mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, che però non emergessero dalla relazione del commissario, altrimenti rientranti nella fattispecie ex comma 1. Gli atti non

⁽¹⁰⁶⁾ Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n.13817, in *Il caso.it.*

⁽¹⁰⁷⁾ Cass. Civ., Sez I, 4 giugno 2014, n. 12533, in *Il caso.it.*

autorizzati e di straordinaria amministrazione non sono autonomamente rilevanti ma devono avere un riflesso immediato sulla realizzabilità del piano e sulla soddisfazione dei creditori. Le condizioni di ammissibilità sono invece da riferirsi alla relazione attestativa e alla fattibilità del piano, riportando in questa maniera anche in questa fase quegli elementi che riguardano la fase successiva di omologazione e così ripropongono anche in questa fase le problematiche che sono state oggetto della sopramenzionata sentenza a Sezioni Unite, le quali quindi si riverberano anche nella fase attuativa della procedura di concordato, evidenziando la continuità logica dei criteri adottati.

Rispettivamente, con riguardo alla seconda questione sopra menzionata, la norma in analisi presenta delle forme non univoche, tra le quali: “nel corso della procedura”, “durante la procedura” ed “in qualunque momento” in maniera tale da individuare dei limiti temporali di applicabilità del sub-procedimento. Si evince dalla maggioranza della giurisprudenza che il limite ultimo per il giudizio di revoca sia il decreto di omologa, sia esso soltanto depositato o sia esso già definitivo è il limite ultimo di proponibilità del ricorso ex art. 173 l. fall..

In ragione invece alla facoltà di impulso processuale al sub-procedimento di revoca⁽¹⁰⁸⁾ si riconosce la legittimazione al commissario giudiziale, a ciascun creditore, al pubblico ministero e al giudice delegato, anche se con riferimento all'ultimo, i dati derivanti dalle pronunce di merito sottolineano che nella prassi non siano molto diffusi questi casi di rilievo d'ufficio da parte del tribunale (il 43% dei giudici delegati).⁽¹⁰⁹⁾

Una volta inquadrata la fattispecie dell'art. 173 l. fall. si vuole ora cercare di definire le condotte abusive che esulino da quelle che per il dettato normativo sono esclusivamente frodatorie. Un primo dubbio che sovviene riguarda la visione della Corte di legittimità laddove prevede che l'intento frodatario si concreti nella volontà dissimulativa. Sembra infatti molto rischioso pensare che soltanto se non riconoscibili al momento del giudizio di ammissione gli atti depauperativi antecedenti non siano riconducibili tra quelli che ammettono la revoca del concordato. In un caso di frode resa esplicita o nel piano o in un secondo momento eventualmente dal liquidatore, sarebbe in questo modo esplicitamente preclusa la possibilità per il tribunale di disporre la revoca, mettendo così totalmente nelle mani dei creditori “il giudizio” in merito a tali atti.

⁽¹⁰⁸⁾ P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in *Il caso.it*, 2013.

⁽¹⁰⁹⁾ I dati qui riportati sono stati raccolti su www.ossevatorio-oci.org.

Si ritiene pertanto che la soluzione prospettata dalla Corte nella pronuncia sopra menzionata non tenga conto delle concrete necessità processuali, più volte rese note, rispetto alle quali Tribunale assurgerebbe sempre a garante della correttezza della procedura concordataria.

Dal punto di vista sostanziale pare evidente che gli “atti di frode” si riferiscano a quelle condotte che vadano ad influire in senso negativo sul patrimonio del debitore, pregiudicando gli interessi dei creditori, ma non invece a quegli atti che siano finalizzati a sfruttare l’incedere della procedura concordataria per allontanare il momento del fallimento o per usufruire dell’ombrello protettivo dalle azioni esecutive e cautelari, che rende agevole l’esercizio dell’attività d’impresa in presenza di situazioni di crisi.

Dalle sentenze analizzate nel capitolo precedente si è osservato che anche nel giudizio di revoca in alcuni casi c’è lo spazio per la valutazione di dette condotte strumentali. Tale affermazione è perfettamente in linea con quanto sostenuto nella sentenza a Sezioni Unite del 2013 laddove si ritiene che ci sia una certa continuità logica dei poteri del tribunale tutta la procedura.

Si condivide inoltre l’orientamento del tribunale di Nola⁽¹¹⁰⁾ il quale, passando in rassegna la precedente giurisprudenza di merito e di legittimità e valutando i vari orientamenti dottrinali, è giunto alla conclusione che spetti al giudice delegato, nel giudizio di revoca, il compito di valutare quei comportamenti del debitore che, sconosciuti nella fase dell’ammissione, integrino un abuso di diritto in relazione alla procedura in corso. Nel presentare una lettura riassuntiva del contenuto della sentenza del 15 settembre 2011⁽¹¹¹⁾ il tribunale ha individuato dei punti chiave degni di nota: “a) la valutazione della convenienza spetta al ceto creditorio in uno alla fattibilità del piano; b) il tribunale è garante della trasparenza della procedura valutando quali atti di frode gli atti con valenza decettiva ed in generale la condotta della debitrice di tipo abusivo, in violazione del principio di buona fede; c) il tribunale valuta in ogni caso la manifesta inidoneità del piano a perseguire i propri obiettivi; d) gli elementi alla base della revoca non devono essere già apprezzati nella precedente, ed ormai esaurita, fase di ammissione”. Si ritiene decisivo il fatto che a seguito della pronuncia del 2011, chiarificatrice rispetto alla funzione del giudizio del tribunale nel concordato, il tribunale di Nola abbia voluto puntualizzarne i poteri, sottolineando che anche nel giudizio di revoca si mantiene la necessità di garantire la trasparenza della procedura.

⁽¹¹⁰⁾ Trib. Nola, 23 febbraio 2012, in *Il caso.it*

⁽¹¹¹⁾ Cass. Civ., Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18867, in *Il caso.it*.

In virtù di tale esigenza si riconosce quindi al tribunale la facoltà di revocare il concordato, non soltanto per quegli “atti di frode” ex art. 173 l. fall. ma anche per tutti quei casi in cui nel sub-procedimento emergano condotte prima sconosciute o sorte in corso di procedura, che evidenzino finalità né conservative né liquidatorie da parte del debitore, ma soltanto strumentali.

Nella sentenza in questione i giudici hanno fatto riferimento ad un orientamento della Cassazione già citato in precedenza, individuando l’abuso in quei casi in cui lo strumento concordatario venisse utilizzato meramente per presentare ai creditori una situazione di “pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali” in maniera tale da indurli ad accettare una proposta perché comunque migliore della prospettiva liquidatoria”.⁽¹¹²⁾

Sulla stessa linea si era espressa anche la Corte d’appello di Napoli nel giugno del 2010⁽¹¹³⁾: “l’art 173 funge da contrappeso pubblicistico assegnando al tribunale un ruolo di garanzia del rispetto delle regole di correttezza e buona fede”. Nel caso in questione la società aveva violato il principio di buona fede ponendo in essere comportamenti tutt’altro che trasparenti nei confronti dei creditori. Si fa qui riferimento alla terza ipotesi di abuso menzionata nel secondo paragrafo del capitolo precedente. Il debitore non pone in essere degli “atti di frode” ma delle condotte altrimenti non sanzionabili e la possibilità di revoca per un utilizzo abusivo dello strumento abusivo si presta come fattispecie di chiusura del sistema.

Non è questo l’unico caso in cui possa essere accertato un abuso di diritto nel corso del giudizio di revoca. Si è visto che a seguito delle segnalazioni del commissario giudiziale si riconosca al debitore il diritto di modificare la proposta per porvi rimedio. In tal senso il tribunale dovrà valutare quale sia la finalità sottesa da tali interventi se essa sia realmente migliorativa o soltanto dilatoria dei tempi processuali. L’esito finale dei vari accertamenti, nel caso in cui si individuino usi strumentali della possibilità di modificare la proposta a seguito dell’ammissione, sarà la revoca del concordato antecedentemente accettato.

Si è qui voluto giustificare l’idea che nel cosiddetto subprocedimento il giudice non debba limitare le sue valutazioni alle segnalazioni del commissario giudiziale e tanto meno alle condotte riconosciute come “atti di frode” bensì svolgere un’analisi completa, finalizzata a garantire il rispetto dei principi di correttezza e buona fede dalle parti in causa.

⁽¹¹²⁾ Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Il caso.it*; la stessa lettura è stata riproposta dalla recente sentenza Cass. Civ., Sez I, 4 giugno 2014, n. 12533, in *Il caso.it*

⁽¹¹³⁾ App. Napoli, 11 giugno 2010, in *Diritto Fallimentare*, 2011.

Permane una perplessità rilevante: considerando la facoltà di impulso processuale pare discutibile il dato che rileva una bassa percentuale di procedimenti di revoca sollevati d'ufficio, perché non in linea con i principi concernenti le funzioni dell'autorità giudiziaria più volte menzionati.

7. Il giudizio di omologazione

Il momento dell'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria segue cronologicamente quello della votazione dei creditori. Il controllo in linea teorica ha ad oggetto la regolarità formale degli atti posti in essere dal commissario giudiziale e dal giudice delegato, la sussistenza delle condizioni di ammissibilità della proposta e la verifica dell'esito della votazione, intesa nel senso di regolarità della votazione e dei soggetti ammessi al voto.

Le due più rilevanti questioni ancora aperte in materia di controllo in sede di omologazione concernono il sindacato sulla fattibilità del piano e la verifica della mancanza delle condotte del debitore previste ex art. 173 l. fall.. Rispettivamente, il primo problema va collegato a due ulteriori situazioni: la tipologia del sindacato sulla fattibilità (giuridica ed economica), la potenziale variazione della valutazione su essa nei casi di opposizione o mancanza di essa.

Il problema è ancora oggetto di acceso dibattito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Le opinioni sono discordi. C'è chi ha ritenuto che nella fase di omologa riservi al tribunale la possibilità di sindacare la fattibilità economica (la quale coinciderebbe con la convenienza) del piano a prescindere che ci sia stata o meno opposizione da parte dei creditori. Poi, c'è chi ammette questo tipo di valutazione soltanto ai casi in cui i creditori si siano opposti, specificamente in riferimento alla fattibilità economica del piano. Da ultimo, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite del 2013 più volte menzionata, ci sono coloro che non riconoscono al tribunale alcun potere di valutazione in merito alla fattibilità economica del piano, diversa dalla convenienza, nemmeno in sede di omologazione.

Prima della sentenza del 2013 dall'oggetto del controllo del tribunale era escluso il sindacato sulla fattibilità, intesa come valutazione nel merito della proposta, e questa regola valeva indistintamente per tutte e tre le fasi (ammissione, eventuale revoca, omologazione).

Come si è più volte ripreso, la visione "ultraprivatizzata" del concordato dopo il 2005, portava a limitare al minimo il potere di intervento del tribunale nella procedura; ad esso

infatti era riconosciuto un mero controllo di legittimità formale nei limiti della “non manifesta inadeguatezza del piano” come concepita dalla Cassazione nel 2011.⁽¹¹⁴⁾ Con riguardo nello specifico al giudizio di omologa, la posizione della Corte di legittimità ha avuto di recente un’importante evoluzione.

Nel tentativo di ricostruire la fisionomia attuale del controllo in sede di omologazione al fine di considerare se e come il tribunale possa sindacare eventuali abusi dello strumento concordatario in tale sede si vuole ora passare in rassegna le posizioni recentemente assunte sull’argomento dalla giurisprudenza di legittimità.

Nel 2011⁽¹¹⁵⁾ rimaneva ancora “insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d’ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori, così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l’opposizione all’omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile, invece e per quanto concerne i creditori, nell’ambito del procedimento di cui all’art. 173 l. fall.”.

Successivamente la visione è cambiata: al tribunale è stato riconosciuto il “ruolo di controllore di legittimità sostanziale” durante tutte le fasi della procedura. Tale novità ha coinvolto anche la fase dell’omologazione: se prima era ammesso un intervento dell’autorità giudiziaria nel merito della proposta in sede di omologazione, soltanto subordinato all’opposizione da parte dei creditori ora, al fine di garantire “la regolarità della procedura”, il tribunale a parere della Corte può intervenire anche d’ufficio in tutti quei casi in cui i vizi emergenti non siano sanabili dal consenso dei creditori, volendosi tutelare l’interesse di questi ad essere adeguatamente informati.

Sul tema del consenso informato la Corte è ritornata più volte, riconoscendo il diritto del ceto creditorio “ad avere sin dall’inizio e durante le successive fasi, la “veritiera e trasparente” ricostruzione della situazione aziendale e l’approfondita analisi delle ragioni di sostegno del piano concordatario che ne avesse consentito l’espressione del voto informato”.⁽¹¹⁶⁾

⁽¹¹⁴⁾ Cass. Civ., Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18867, in *Il caso.it*.

⁽¹¹⁵⁾ Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Il caso.it*.

⁽¹¹⁶⁾ Cass. Civ., Sez. I, 16 settembre 2011, n. 18987, in *Il caso.it*.

Si sono soffermate sul punto anche le Sezioni Unite nel 2013, le quali hanno stabilito che i creditori abbiano il diritto ad un “giusto esito della procedura”. Tale locuzione deve quindi essere interpretata nel senso che la valutazione sulla convenienza, di competenza del ceto creditorio deve svolgersi sulla base di “dati veritieri”, i quali oltre ad essere oggetto delle relazioni dell’attestatore e del commissario giudiziale dovranno essere presi in considerazione anche direttamente dallo stesso tribunale.

Nel distinguere tra fattibilità economica e fattibilità giuridica le Sezioni Unite hanno riconosciuto al tribunale il potere di sindacare in qualsiasi momento della procedura tutte quelle questioni attinenti alla legittimità della proposta che rientrano quindi nel profilo giuridico della fattibilità. La Corte sottolineava che “la specifica determinazione dei poteri del giudice va effettuata in considerazione del ruolo a lui attribuito in funzione dell’effettivo perseguimento della causa del procedimento, ruolo che rimane identico nei diversi momenti [...] considerati”. Con il 2013 la giurisprudenza di legittimità è intervenuta nel tentativo generico di fare chiarezza, con un apporto molto rilevante anche in riferimento ad alcuni dei problemi qui all’inizio espressi. Nello specifico, occupandosi sia del problema della fattibilità che di quello del ruolo dell’autorità giudiziaria, la Corte ha fornito una lettura unitaria di questioni che in precedenza avevano originato numerosi dibattiti.

Il dato normativo ex art 180 l. fall. stabilisce che una volta che i creditori abbiano espresso il loro consenso, la proposta di concordato può essere omologata dal giudice delegato. Il legislatore di seguito, prevede due ipotesi differenti:

“Se non sono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l’esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame. Se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. Nell’ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell’articolo 177 se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

È evidente come la norma si presti a diverse letture, con riferimento alla tipologia di giudizio che l’autorità deve effettuare nei diversi casi. La Cassazione si è espressa evidenziando come la tipologia di giudizio svolta dal tribunale in entrambe le ipotesi sia la medesima: “la verifica in ordine alla regolarità della procedura, [...], deve ragionevolmente essere realizzata con la verifica del fatto che anche nel prosieguo della procedura non siano

venuti meno quei presupposti la cui mancanza iniziale non avrebbe consentito l'accesso alla procedura;”.

Prima facie, occupandosi meramente dell'oggetto del giudizio e non invece del suo connotato quando subordinato all'opposizione dei creditori, si ritiene che anche in questa fase l'autorità giudiziaria debba valutare le condizioni di ammissibilità, tra le quali la stessa fattibilità giuridica. Riconosciuto tale potere, in coerenza con quanto detto rispettivamente degli artt. 162, 163 e 173 l. fall. è pacifico che a prescindere dall'intervento dei creditori, il tribunale assuma la posizione di organo preposto a regolare in maniera equilibrata gli interessi coinvolti nella procedura, in cui l'autonomia negoziale necessita di un contrappeso data l'eterogeneità degli interessi coinvolti.

Questa lettura è in linea con una recente sentenza della Cassazione⁽¹¹⁷⁾, nella quale si è stabilito che in mancanza di opposizioni il tribunale possa negare l'omologazione quando “è in grado di rilevare l'esistenza di circostanze, quali per esempio atti in frode dei creditori, che nei sensi dell'art. 173 l. fall. avrebbero implicato la revoca dell'ammissione”. La Corte ha anche specificato che “[...] Un siffatto potere è infatti espressione del doveroso controllo sulla regolarità della procedura, non limitata ai soli dati formali, e la corrispondenza tra i poteri officiosi del tribunale nelle tre fasi dell'ammissione, dell'eventuale revoca e dell'omologazione del concordato è puntualizzata anche da Cassazione Sezioni Unite 1521/2013”, confermando l'analogia del giudizio in tutte e tre le fasi.

Se da un lato questa sentenza è chiarificatrice, dall'altro fornisce un'interpretazione che si collega alla delicata questione concernente la coordinazione tra il sub-procedimento di revoca e quello di omologazione. Si condivide l'opinione di chi con riferimento al dato normativo dell'art 173 l. fall., ritiene che “qualunque momento” e “nel corso della procedura” debbano riferirsi al periodo di tempo che va dal decreto di apertura a quello di omologazione, e che quest'ultimo sia disciplinato in maniera non sovrapponibile al procedimento di revoca, quanto all'oggetto, alle parti e alle modalità di svolgimento, ma non soltanto quando non siano proposte opposizioni.⁽¹¹⁸⁾ In virtù di tale tesi, il giudizio di revoca e quello di omologazione si considerano differenti e non pare ipotizzabile che il sub-procedimento possa essere assorbito nel giudizio di omologazione, all'interno del quale si dovrebbero far valere, mediante opposizione, i motivi di revoca.

⁽¹¹⁷⁾ Cass. Civ., Sez I, 4 giugno 2014, n. 12533, in *Il caso.it*.

⁽¹¹⁸⁾ P.F. CENSONI, op. cit..

Tuttavia con questo intervento del 2014, riprendendo la tesi per la quale il tribunale svolge un controllo di regolarità durante tutta la procedura, la Corte ha stabilito che anche il giudizio di omologazione è idoneo ad interrompere la procedura quando si rilevi la sussistenza di atti di frode. Le ragioni di tale equiparazione sono poco chiare, rimanendo la possibilità di revocare l'ammissione fino al deposito del decreto di omologa. Forse, l'attenzione più che nella mancanza dell'opposizioni dovrebbe essere riposta nella mancanza di *segnalazioni*, nel fatto che il procedimento di revoca come si è visto in precedenza meno di frequente venga sollevato d'ufficio dallo stesso tribunale oppure nel fatto che anche le segnalazioni potrebbero essere ritenute dal tribunale insufficienti per la revoca. In questo senso quindi avrebbe maggior valore prevedere che il tribunale possa non omologare il concordato quando sussistano atti di frode. Non ci si vuole soffermare sulla questione; ai fini della ricerca svolta si ritiene che la sentenza riportata sia importante poiché tratta ancora una volta dei poteri attribuiti al tribunale le corso della procedura concordataria, mantenendo la tesi dell'omogeneità già più volte menzionata.

La Corte di recente si è pronunciata anche in maniera specifica con riferimento alle caratteristiche del giudizio di omologazione⁽¹¹⁹⁾, riponendo particolare attenzione sul significato che si deve attribuire all'art. 180 l. fall., laddove prevede che “[...] se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”. Essa stabilisce che tale norma deve essere letta nel senso che l'unico caso in cui l'estensione a valutare la convenienza della proposta “rispetto alle alternative concretamente praticabili” è ammessa anche qualora non siano state proposte opposizioni, è quello nel quale una o più classi di creditori avessero precedentemente espresso il loro dissenso all'approvazione della proposta.

Si crea in questo modo una distinzione tra il concordato con e senza classi, introducendo una garanzia ulteriore nel primo caso. In realtà non pare chiara la *ratio* di tale lettura, dal momento che proprio il concordato con classi dovrebbe essere quello più soggetto a controlli, soprattutto durante la prima fase. Il fatto di stabilire che dal mero dissenso di una classe prima della fase di omologazione, possa scaturire successivamente, una valutazione del tribunale sulla convenienza della proposta pare collegarsi con l'idea che

⁽¹¹⁹⁾ Cass. Civ., Sez I, 4 luglio 2014, n. 15345, in *Il caso.it*.

nella suddivisione in classi siano ipotizzabili condotte abusive da parte del debitore. Tuttavia da un punto di vista sistematico non si comprende la ragione per la quale per una classe dovrebbe bastare il dissenso e per il 20% dei creditori sia doverosa l'opposizione. Senza dubbio l'individuazione dell'interesse di una classe è più semplice rispetto a quella di un gruppo "non definito" di creditori, ma non sembra questa una ragione sufficiente per discriminare le due ipotesi. Pare forse che leggendo così la disposizione questa norma possa essere vista come un tentativo da parte del legislatore di incentivare la scelta della suddivisione in classi, ammettendosi in questo caso un potere di ingerenza determinante del tribunale in sede di omologazione. Così facendo però, l'accettazione della proposta non rimarrebbe nell'esclusiva disponibilità della maggioranza aprendosi anche alla valutazione nel merito del tribunale. Più che un contrappeso al principio di maggioranza, questa possibilità per il tribunale pare essere una forzatura al sistema.

Non si condivide qui la lettura della Corte mantenendosi come unica distinzione plausibile solamente quella tra opposizione e mancata opposizione e facendo rientrare nel primo caso anche l'ipotesi in discussione. Si ritiene che il fine ultimo della fase di omologazione debba essere di stabilire che l'atto stipulato tra i privati (creditori e fallito, creditori e debitore) sia conforme alla legge, perché ne rispetta i limiti previsti e perché porta ad una soluzione che considera equamente gli interessi in causa.

In linea con questa lettura si è espressa di recente nella stessa sentenza di cui si è appena discusso la Corte di Cassazione⁽¹²⁰⁾ con riferimento specifico al concordato preventivo, rilevando che "in sede di omologazione il sindacato del tribunale, [...], non può estendersi, attraverso una verifica istruttoria, alla probabilità di successo del concordato approvato dai creditori e l'omologazione non può essere negata neppure quando a giudizio del tribunale [...], sia prevedibile l'inadempimento del concordato". Ciò è totalmente in linea con quanto sin qui sostenuto e pare quasi superflua la seconda puntualizzazione della Corte, poiché mantenendosi esclusivamente nella disponibilità dei creditori la possibilità di valutare la convenienza economica della proposta, è palese che non spetti al tribunale considerare quale possa essere concretamente l'esito della procedura.

Si aggiunge inoltre che è astrattamente configurabile anche un'ipotesi limite, cioè quella in cui i creditori accettino una proposta di concordato con soddisfacimento pari a zero. In questo caso se con la votazione è stato ottenuto un risultato positivo, se il

⁽¹²⁰⁾ Cass. Civ., Sez I, 4 luglio 2014, n. 15345, in *Il caso.it*.

concordato rispetta le formalità richieste, se non sussistono condotte strumentali da parte del debitore e se non vengono proposte opposizione, il concordato dovrà essere omologato. Quello del tribunale non è un controllo meramente formale ma non può spingersi oltre la verifica del rispetto delle prerogative offerte dall'ordinamento.

A sfavore della tesi che supporta l'idea di un controllo meramente "formale" (che non vada oltre il mero controllo della regolarità formale degli atti) in sede di omologazione si condivide qui l'opinione secondo la quale la volontà dei privati "non è una volontà sovrana, indipendente: essa è idonea a produrre effetti perché un'altra volontà, quella sì sovrana, che si esprime nell'ordinamento giuridico, a ciò la autorizza (art. 1322 co 2 c.c.)".⁽¹²¹⁾ Ciò che si vuole qui far notare è che nonostante la fase di omologazione "appaia" come un momento di mera verifica, il compito del tribunale, sia in caso di concordato fallimentare che di concordato preventivo, rimane comunque sempre quello di reprimere qualsiasi condotta illegittima da parte dei soggetti, compreso l'abuso di diritto.

Sembra evidente che questo tipo di approccio nulla abbia a che vedere con il problema relativo alla possibilità o meno del tribunale di sindacare la fattibilità economica in caso di mancanza o in presenza di opposizione e di una sua eventuale distinzione dal concetto di convenienza. La valutazione delle eventuali condotte abusive infatti fa parte di un giudizio che il tribunale svolge in quanto autorità preposta al controllo della regolarità delle procedure, e al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico⁽¹²²⁾.

Lo stesso era stato stabilito dalla Corte in tema di concordato fallimentare dove valutando il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale, aveva previsto la possibilità per il tribunale di applicare i principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) nel giudizio di omologa, riconoscendo al tribunale il potere di intervenire in tutti quei casi in cui l'utilizzazione della concordato configurasse un abuso.⁽¹²³⁾

Si esamina ora il secondo problema, cioè quello relativo alla considerazione da parte del tribunale della mancanza degli atti di frode o comunque illegittimi ex art. 173 l. fall.. Tale disposizione continua a rappresentare in ambito fallimentare "il contrappeso alle espressioni di autonomia e di libertà, onde evitare che travalichino in abusi dello strumento

⁽¹²¹⁾ S. PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957.

⁽¹²²⁾ I principi non devono essere esclusi dal novero delle fonti del diritto, G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 2006: " se si accede alla concezione normativistica, e si assegna ai principi il valore e la funzione di norma, i principi, al pari di tutte le altre categorie di norme, non possono che essere considerati fonti del diritto. Essi sono norme di secondo grado, perché derivano (o fondano) altre norme".

⁽¹²³⁾ Cass. Civ., Sez I, 22 marzo 2010, n. 6904, in *Il caso.it*.

concordatario”.⁽¹²⁴⁾ Essa stabilisce i poteri d’intervento del tribunale, i quali possono (vedi paragrafo 10) essere esercitati in ogni momento.

In questo senso l’omologazione sarà possibile fatta salva l’ipotesi di revoca, in quei casi in cui il tribunale accerti le condotte fraudolente o la mancanza delle condizioni di ammissibilità (compresa la fattibilità) o un abuso del concordato. L’ultimo caso esula dagli “atti di frode”, ma in linea con l’idea che ci sia una continuità logica dei poteri del tribunale, comporta la revoca del concordato, sia *ex officio* che su istanza della parte interessata.

È chiaro che se il giudizio sull’abuso si svolge nel sub-procedimento, se si concluderà concretamente con la revoca, il giudizio di omologazione non avrà luogo: lo spazio per considerare condotte strumentali nell’ultima fase di giudizio dell’autorità è infatti molto marginale. Si crede che plausibilmente tutte quelle condotte che siano connesse ad un abuso dei tempi processuali e delle possibilità di modifiche per integrazione rientreranno nel giudizio di ammissibilità, il quale come primo momento utile si presta perfettamente a tali considerazioni. Eventuali modifiche strumentali che seguano invece le segnalazioni del commissario giudiziale rientreranno nel sub-procedimento. In maniera residua rientrano nella fase di omologazione tutti quei rilievi concernenti l’irregolarità della votazione o della procedura quando non previamente individuabili, o quei casi in cui le condotte abusive siano finalizzate ad influire sul consenso dei creditori.

Il 19 luglio del 2011 il tribunale di Milano⁽¹²⁵⁾ ha negato l’omologazione al concordato preventivo ad una società per azioni adducendo in motivazione alcune questioni di grande importanza, tra le quali la più rilevante è quella attinente a profilo del sindacato sulla corretta formazione delle classi, condotto non solo secondo i criteri dettati dal legislatore, ma anche considerando il divieto di abuso del diritto.

Il dato normativo stabilisce che il debitore ha la facoltà di suddividere i creditori in classi sulla base di posizioni giuridiche e interessi economici omogenei. Quanto alle posizioni giuridiche si individuano diverse fattispecie, tra le quali *in primis* la sussistenza di cause di prelazione e il loro grado, di seguito, l’assoggettabilità a revocatoria nell’ipotetico successivo fallimento e la postergazione (riconoscendo ai postergati il diritto di partecipare al concorso). Le ragioni invece idonee a dar luogo alla suddivisione in base agli interessi economici sono ancora più varie: normalmente riguardano le caratteristiche soggettive del

⁽¹²⁴⁾ S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo la cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista.it*.

⁽¹²⁵⁾ Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Il Fallimentarista.it*.

creditore (distinguendosi in base al tipo di attività d'impresa svolta), ma possono essere adottati anche parametri differenti, come ad esempio la presenza di garanzie da parte di soggetti terzi o l'entità della pretesa, le quali dovranno essere considerate caso per caso.⁽¹²⁶⁾

L'attuale legge fallimentare richiede per l'approvazione della domanda il raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto, la quale deve essere verificata nel maggior numero delle classi. È infatti molto significativo l'impatto delle classi nella votazione oltre che nel trattamento differenziato riservato ai creditori. Ci si è quindi chiesti se nel valutare la corretta formazione delle classi il tribunale debba limitarsi a verificare il rispetto dell'art. 160, comma 1, lett. c l. fall. o invece debba spingersi ad un sindacato più approfondito.

In linea con la posizione del Tribunale di Milano, si accoglie la seconda impostazione: si deve accertare quale sia la finalità delle scelte del debitore, verificando che “non siano mosse dall'intento di coartare la volontà dei creditori attraverso la loro segregazione arbitraria, preordinata esclusivamente al conseguimento della maggioranza delle classi, come può avvenire quando si proceda a isolare in alcune di esse un numero esiguo di creditori, ai quali venga attribuito in questo modo un “peso specifico” decisamente superiore a quello che i medesimi presenterebbero ove “diluiti” nella massa dei votanti”.⁽¹²⁷⁾ La pronuncia è perfettamente coerente con quanto sin qui detto, e con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità. Il Tribunale ha ripreso il divieto di abuso del diritto affermando che a prescindere dal rispetto delle prescrizioni di legge, la suddivisione in classi non può essere finalizzata ad ottenere un obiettivo *contra ius*. Sarà quindi necessario che il debitore, renda espliciti nel ricorso i motivi della suddivisione, pena la mancata accettazione del concordato, previa possibile richiesta di integrazione ex art. 162, comma 1, l. fall. da parte del tribunale. In questo caso l'abuso non si configura “nell'esercizio volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito”⁽¹²⁸⁾, ma invece in comportamenti contrari alla buona fede e al dovere di lealtà nei confronti della controparte contrattuale, cioè con il solo fine di neutralizzare i voti contrari, creando più gruppi orientati per l'assenso della proposta. In ipotesi di questo tipo il diritto al dissenso diviene totalmente compresso dalla presenza di questi gruppi all'uopo creati, ravvisandosi qui quel “limite

⁽¹²⁶⁾ Si riporta la visione di S. AMBROSINI, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità*, in *IFallimentarista.it*, 2011.

⁽¹²⁷⁾ S. AMBROSINI, op. cit.

⁽¹²⁸⁾ Cass. Civ., Sez. I, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Diritto & Giustizia*, 2009.

interno oltre il quale, pur restandosi formalmente nell'alveo dell'esercizio del diritto, si sconfina, in realtà, nel campo dell'abuso".⁽¹²⁹⁾

Nel caso trattato dal tribunale di Milano, altri due sono stati gli importanti indizi della sussistenza di una condotta abusiva da parte del debitore: in primo luogo alle classi non era concretamente riservato un trattamento economico differenziato, prevedendo una diversità minima di soddisfacimento tra gli appartenenti alla classe dei creditori *intercompany* e la generalità dei fornitori; secondariamente, avendo il debitore previsto la suddivisione non nel ricorso ma con una modifica, soltanto dopo essersi reso conto della difficoltà di raggiungere la maggioranza dei voti favorevoli. Tale modifica però non risultava supportata da alcun fatto nuovo verificatosi in corso di procedura, né da una reale volontà di differenziare il trattamento economico e quindi (come sostiene il tribunale) soltanto orientata ad un obiettivo illecito. Si conclude quindi che la mancanza di un diverso trattamento economico delle classi sia senza dubbio sintomatica della sussistenza di condotte illegittime, riservando comunque al tribunale, caso per caso, il sindacato sull'eventuale abuso.

Con riguardo alla formazione delle classi, a seconda che essa avvenga prima o dopo l'ammissione alla procedura, il sindacato avrà luogo in fasi diverse (ammissione, omologazione). Nel caso in esempio, dal momento che il tribunale aveva già accettato il concordato, potendosi modificare la proposta fino a quando le operazioni di voto abbiano inizio, l'illiceità è emersa nell'ultima fase, concretizzandosi così anche l'ipotesi di rilievo di condotte abusive in sede di omologazione.

8. La giustificazione del ruolo del tribunale

Nel primo capitolo si è qualificata la proposta di concordato come atto di "autonomia privata", riconoscendo i creditori come unici "arbitri" dei loro interessi economici. Allo stesso tempo si è messo in luce come la visione sia tutt'altro che pacifica scontrandosi i sostenitori della natura privatistica con coloro che invece accolgono una visione processual-pubblicistica, valorizzando l'esistenza di interessi meta individuali, considerando il concordato come inserito in una cornice processuale e il fatto che il principio maggioritario

⁽¹²⁹⁾ E. BERGAMO, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Giur.it*, 2004.

da solo vincoli la minoranza dissenziente(ora comprendendo anche il voto degli assenti). Il fatto che il principio maggioritario ne presieda l'approvazione ha reso nel tempo molto complicato l'inquadramento dell'istituto nell'una o nell'altra categoria.

È vero che il tribunale non può stabilire il contenuto della proposta e tanto meno valutarne la convenienza, ma la natura strettamente negoziale deve trovare un contemperamento giudiziale, per il fatto che al contenuto dell'accordo sono vincolati più soggetti rispetto a quelli che vi hanno consentito. Tale visione ben si sposa con la concezione di autonomia privata in senso negativo, intesa come diritto a non vedersi vincolati dalla manifestazione di una volontà altrui⁽¹³⁰⁾ o comunque indipendentemente dalla propria espressione di volontà.

Se è vero che il principio in questione permette di darsi regole da sé, è altrettanto vero che esso esclude che si debbano subire regole stabilite da altri.⁽¹³¹⁾ È proprio lo stesso mito della libertà di contrarre l'ostacolo maggiore al riconoscimento della natura negoziale del concordato e quindi all'applicazione ad esso delle categorie del contratto, essendo proprio l'autonomia privata a respingere la possibilità che la sfera giuridica di un soggetto sia condizionata dalla manifestazione di volontà altrui. Su questa linea la teoria processual-pubblicistica abbandona la qualificazione privatistica del concordato giustificando il vincolo per i creditori dissenzienti in ragione di una decisione giudiziale, la quale è stata qui messa in luce in tutte le varie fasi, culminando nell'omologazione. Quindi il vincolo della minoranza, stante l'espressione del consenso basato sulla convenienza da parte dei creditori, discende comunque da una decisione autorizzativa del tribunale. Nonostante il concordato sia un atto a contenuto negoziale esso rimane comunque sottoposto al un vaglio giudiziale, il quale è sintomo della sua propensione alla natura processual-pubblicistica.⁽¹³²⁾

Prima del 2005 ai tribunali era permesso di valutare e la convenienza della proposta e la *meritevolezza* del debitore ed in questo modo, a prescindere dall'esito della votazione, si garantiva anche la sfera giuridica e la volontà di coloro che non avessero espresso il voto. In questo modo si giustificava la possibilità per la maggioranza di vincolare la minoranza, dal

⁽¹³⁰⁾ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III edizione, Padova, 2014: “la libertà o autonomia negoziale significa in senso negativo che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni a favore di altri contro o comunque indipendentemente dalla propria volontà. Ciascuno non obbedisce, in linea di principio, che alla propria volontà e non può essere vincolato, se la legge non lo consente, dalla volontà altrui”.

⁽¹³¹⁾ P. RESCIGNO, *Contratto*, E.G. II, Roma, 1988.

⁽¹³²⁾ Si condivide l'opinione di G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 4.

momento che sussisteva un'eterotutela degli interessi dei creditori: il principio della maggioranza era sorretto dalla tutela esterna dell'autorità giudiziaria. Se si volesse sposare la tesi dell'autotutela, ammettendo la natura privatistica del concordato, si ritiene che si sarebbero dovute inserire delle disposizioni esclusivamente al fine di tutelare le minoranze, come accade per i gruppi organizzati, ma mancando totalmente addirittura un gruppo ben definito (fino all'ultima riforma del 2013, ora si prevede la presentazione della lista dei creditori, ma non la costituzione di un comitato, come accade invece per il fallimento) è evidente come il sistema non si presti a questa soluzione.

La riforma ha cercato di eliminare l'eterotutela lasciando in vita il principio della maggioranza, il quale in questo modo deve trovare la sua giustificazione altrove. A questo punto è necessario recuperare il ruolo di garanzia del giudice, forzando a volte il dato normativo, ma equilibrando così il trattamento delle diverse posizioni delle parti durante la procedura. Viene comunque lasciata ai creditori la decisione strettamente economica, ma non si può escludere che il tribunale possa esercitare almeno quel ruolo di controllo costante che fa da contrappeso alle particolari caratteristiche del concordato, come accordo raggiunto a maggioranza.

In un quadro di questo genere il rimedio dell'abuso di diritto è perfettamente idoneo a restituire coerenza logica e legittimazione normativa ad un sistema che ne è stato privato anche se è comunque uno strumento pericoloso, poiché potrebbe aprire la strada ad interventi del tribunale esorbitanti, con il solo fine di riatteggiarsi come ante riforma.

La questione, come si è visto nel primo capitolo, non può concludersi con l'accoglimento della tesi pubblicistica, dal momento che il legislatore ha reso ben evidente in suo intento "ultraprivatizzante". L'idea alla base pare sia quella di ritenere l'insieme dei creditori costituito da soggetti molto attenti e orientati ad un obiettivo comune, dovendo cercare di ottenere il risultato per loro più favorevole (non individualmente ma complessivamente) e di tutelare quindi come "bene primario" nella procedura quello del consenso adeguatamente informato.

Nonostante si riconosca al giudice in sede di omologazione il potere di dare efficacia alla volontà espressa dalle parti non si condivide l'opinione di coloro che lo considerano

dotato del potere di assistere e “cooperare” alla formazione della volontà delle parti.⁽¹³³⁾ Nella prassi, i giudici controllano che la volontà si sia correttamente formata, attraverso la verifica della veridicità dei dati e della regolarità della votazione, senza partecipare né integrare in alcun modo la formazione della volontà delle parti.

In questo modo, ritornando sulla natura dello strumento concordatario, dopo aver nuovamente sottolineato che si tratta di un atto bilaterale tra debitore e creditori (proposta-accettazione), si è voluto giustificare l’esigenza di un controllo da parte del giudice.

Dopo aver accertato che anche al concordato preventivo si applicano tutte le norme concernenti la validità degli atti di autonomia privata si riconosce al tribunale il potere di assoggettare l’atto negoziale al sindacato sull’abuso di diritto, con la finalità di accertare che le modalità e gli scopi con i quali è stato esercitato il diritto non siano altri rispetto a quelli previsti dal legislatore.

9. Le novità del 2013 per il concordato con riserva

Con il D.L. n. 69 del 2013 sono state introdotte numerose modifiche al concordato “in bianco”. Il recente intervento del legislatore era finalizzato a ridurre la possibilità di usi strumentali da parte degli imprenditori, i quali a seguito del D.L. 83 del 2012 risultavano molto numerosi. Le norme introdotte nel 2012 parevano molto lacunose: permettevano al debitore di servirsene con finalità diverse da quelle previste per il concordato, rendendo legittimi comportamenti pregiudizievoli per i creditori.

Come si è visto nel capitolo precedente, sono molti i casi in cui l’abuso di diritto si annida in proposte di concordato “in bianco”, e per la mera strumentalizzazione dei tempi processuali, e per il loro inserimento all’interno di un meccanismo di reiterazione di domande concordato, con un fine dilatorio.

Le modifiche normative introdotte nel 2013 sono le seguenti.

L’art. 161, comma 6, l. fall, è stato così modificato:

a) al primo periodo, dopo le parole “ultimi tre esercizi” sono state aggiunte “e l’elenco

⁽¹³³⁾ M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, UTET, 2009, pp. 278 e ss.: come si è già fatto in precedenza si riporta un’opinione espressa in relazione alla fase di omologazione del concordato fallimentare, attribuendo al giudice un ruolo analogo in tale momento in entrambi i procedimenti.

nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti”;

b) sono stati aggiunti poi, i seguenti periodi: “Con il decreto di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all’art. 163, comma 2, n. 3, e si applica l’art. 170, comma 2. Il commissario giudiziale quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall’art. 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all’art 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile all’art. 18”.

All’art. 161, comma 7, l. fall. dopo le parole “sommarie informazioni” sono state aggiunte “e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato”.

L’art. 161, comma 8 è stato così sostituito: “Con il decreto di cui al comma 6, primo periodo, il tribunale deve disporre gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell’impresa e dell’attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato. Il debitore, con periodicità mensile, deposita una situazione finanziaria dell’impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l’art. 162, commi 2 e 3. Quando risulta che l’attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d’ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al comma 6, primo periodo. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori”.

Tali modifiche sono senza dubbio volte a conferire al tribunale maggiori poteri di controllo e di intervento. Lo scopo del legislatore era quello di salvaguardare la funzione del concordato con riserva. È stato ampliato il novero dei documenti che il debitore deve produrre subito e sono stati estesi gli obblighi informativi cui egli è tenuto. Si è conferita quindi al tribunale la facoltà di nominare in via anticipata un commissario giudiziale come supporto alla vigilanza e di abbreviare il termine concesso al debitore in quei casi in cui l’attività da lui compiuta si riveli manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano. Si è riconosciuto all’autorità giudiziaria il potere di cambiare le sorti della procedura ammettendo che il tribunale possa dichiararne l’improcedibilità quando emergano

ipotesi di abuso del concordato.

Infine, per quanto concerne i documenti, con il ricorso dovrà essere depositato anche “l’elenco nominativo dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti”, giocandone la mancanza come causa di inammissibilità originaria. Qual è la *ratio* di questa nuova prescrizione? Il legislatore ha voluto conferire maggiore serietà alla domanda in bianco, cercando di responsabilizzare il debitore all’indicazione veritiera delle passività da soddisfare. La previsione normativa nasce quindi con uno scopo di trasparenza informativa, più per garantire coerenza nella procedura che per identificare i creditori. Sotto questo aspetto la sua funzione risulta marginale, dal momento che il tribunale in precedenza poteva comunque consultare i bilanci degli ultimi tre esercizi ed eventualmente, la situazione patrimoniale aggiornata. La prescrizione assume invece rilievo per l’individuazione dei creditori e la loro eventuale audizione, perché è proprio il legislatore della riforma che attribuisce esplicitamente al tribunale questa seconda facoltà.

Il tribunale ha ora la facoltà di nominare un commissario giudiziale quando emana il decreto con il quale assegna al debitore il termine per il deposito del piano e della proposta. Tale nomina è meramente facoltativa anche se non è chiaro quali siano i criteri sulla base dei quali si regolerà il tribunale. Pare evidente che nella prassi la nomina diventerà progressivamente una costante, rendendosi così più efficace l’attività di controllo da svolgere. Il realizzarsi di tale prassi però non è del tutto coerente con la complessiva struttura del procedimento prenotativo: da un lato è un costo aggiuntivo per la procedura in un momento antecedente rispetto a quello della vera e propria ammissione al concordato, il che potrebbe disincentivare gli imprenditori nella scelta del pre-concordato; dall’altro è ultronea e incompatibile con la possibilità per l’imprenditore di depositare nel termine non necessariamente una proposta di concordato, ma anche un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall..

Allo stesso tempo non sarebbe ipotizzabile che nei casi in cui l’imprenditore volesse preventivamente stabilire che presenterà un accordo di ristrutturazione allora potesse evitare la nomina del commissario. Così facendo l’imprenditore potrebbe servirsi di tale possibilità per eludere la norma, stante il fatto che allo scadere del termine nulla gli vieterebbe di cambiare idea, ponendo in essere una condotta non sanzionabile perché ammessa dalla legge. Al tribunale rimarrebbe in via residua la possibilità di ricorrere al divieto di abuso di diritto, respingendo la domanda di pre-concordato quando palesemente finalizzata ad evitare

la nomina del commissario. Questa rimane comunque soltanto una condotta astrattamente ipotizzabile e pare che vista la complessità derivante dal fatto che alla domanda di concordato con riserva possa seguire anche il deposito di un accordo di ristrutturazione, la soluzione migliore sarebbe eliminare tale alternativa. Se così si facesse al tribunale rimarrebbe soltanto la valutazione, caso per caso, sulla opportunità o meno della nomina del commissario considerando le dimensioni, i caratteri e le condizioni dell'impresa al momento della richiesta.⁽¹³⁴⁾

Al commissario giudiziale è stato attribuito anche un nuovo specifico obbligo: egli può determinare la dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità della domanda da parte del tribunale, in forza dell'applicazione analogica dell'art 173 l. fall. o dei principi generali in tema di abuso del diritto. L'art. 173 l. fall. non deve però essere considerato letteralmente dal momento che la regola ne prevede l'applicazione in casi di concordato già ammesso, con la sua conseguente revoca.

Per quanto riguarda gli atti soggetti ad autorizzazione e non autorizzati che possono determinare l'improcedibilità e l'eventuale declaratoria di fallimento questi non saranno solo quelli di cui all'art. 167 l. fall., sia perché esso si rifà solo agli atti di straordinaria amministrazione soggetti ad autorizzazione del giudice delegato, sia perché nel pre-concordato sono soggetti ad autorizzazione anche atti speciali non necessariamente riconducibili all'art. 167 l. fall. (pagamenti dei crediti anteriori per prestazioni essenziali e dei finanziamenti interinali, scioglimento o sospensione dei contratti pendenti), cioè quegli atti che anche se non di straordinaria amministrazione possono determinare la sanzione dell'improcedibilità, in applicazione estensiva dell'art. 167 l. fall..

Il tribunale dopo il 2013 ha inoltre l'obbligo di acquisire il parere del commissario giudiziale quando deve pronunciarsi su tali atti, il quale sarà obbligatorio ma non vincolante per l'autorità. Lo stesso obbligo di audizione si verifica quando l'attività del debitore si riveli manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, configurando così il ruolo di organo referente da parte del commissario giudiziale in qualsiasi possibile situazione decisoria.

Tale previsione di audizione perfettamente si collega con il fatto che il tribunale, con il decreto di assegnazione del termine dovrà ora disporre sempre gli obblighi informativi

⁽¹³⁴⁾ Si condivide qui l'opinione di F. LAMANNA, *Il decreto del "fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del pre-concordato*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

periodici, non solo rispetto alla gestione finanziaria dell'impresa ma anche all'attività compiuta dall'imprenditore.⁽¹³⁵⁾ La norma prevede che nel caso in cui o su espressa denuncia del commissario giudiziale, il quale non sempre verrà nominato, o dalle stesse informazioni fornite dal debitore, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario se nominato, procederà ad abbreviare il termine già fissato. Gli obblighi informativi dovranno essere assolti con periodicità almeno mensile sino alla scadenza del termine (quella mensile è la periodicità più utilizzata nella prassi, tenuto conto della durata media dei termini concessi fin ora dai tribunali) e servono a controllare che l'imprenditore concretamente sfrutti il termine preposto per il deposito di piano e proposta a questo fine. Lo scopo è quello di evitare che il tempo concesso al debitore diventi semplicemente un termine di garanzia o un premio che gli consenta di prendere tempo, non pagando *medio tempore* i creditori senza subirne le conseguenze.⁽¹³⁶⁾

Oltre a tali obblighi la nuova disposizione prevede che con periodicità mensile il debitore depositi una situazione finanziaria dell'impresa, come mera rappresentazione contabile delle attività finanziarie fotografate in un determinato momento, la quale deve essere pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere entro il giorno successivo al deposito.

Si riflette sulla prescrizione del deposito il giorno successivo alla presentazione della domanda: pare una necessità che non giova all'efficienza del lavoro dal momento che le cancellerie sono già sovraccaricate da moltissimi adempimenti connessi ai procedimenti di concordato. Per rendere noto il problema si riportano qui di seguito alcuni dati. Nei primi due trimestri del 2013 sono state depositate in media 1500 istanze⁽¹³⁷⁾ di concordato "in bianco". Se si considera che per ciascuna di esse è prevista la periodicità mensile per il deposito della situazione finanziaria è evidente che il numero di relazioni da pubblicare da parte delle cancellerie risulta esorbitante. Si condivide qui l'opinione di chi ritiene che per evitare che le cancellerie siano oberate da miriadi di adempimenti, sia da disporre che le relazioni informative vengano trasmesse soltanto al commissario giudiziale, il quale poi si rivolgerà a tribunale soltanto in presenza di situazioni anomale, in maniera da attivare i poteri officiosi soltanto in caso di concreto rischio di condotte illecite o abusive.

È evidente che il legislatore sia voluto intervenire in risposta ad una prima evidenza

⁽¹³⁵⁾ F. LAMANNA, op. cit..

⁽¹³⁶⁾ In linea con l'idea di F. LAMANNA, op. cit..

⁽¹³⁷⁾ www.cervedgroup.it.

di denunce di abusi degli strumenti messi a disposizione con la riforma del 2012 con riferimento al concordato con riserva. Il riscontro di rischi di condotte strumentali è stato ricavato a partire dall'elevato numero di concordati in bianco richiesti subito dopo la riforma (il fatto che i debitori si siano immediatamente indirizzati verso il pre-concordato era di certo prevedibile vista la grave situazione di crisi economica attuale e i vantaggi così offerti agli imprenditori che versavano in stato di crisi).

Non si ritiene qui che la scelta di intervenire ancora una volta in maniera frettolosa da parte del legislatore sia la più adeguata. In primo luogo così facendo non si danno certezza e stabilità ai rapporti giuridici intessuti con l'economia, gli interventi a partire dal 2005 hanno perseguito l'obiettivo della autonomia delle parti ad intermittenza, venendo ripetutamente "bilanciati" da modifiche normative e pronunce giurisprudenziali a favore del recupero dei poteri del giudice (delle quali la riforma del 2012 è concreto esempio). Si crede che sarebbe stato più utile dare maggiore fiducia agli imprenditori almeno nel breve tempo, senza invece intervenire immediatamente per il timore che quanto prescritto venisse sfruttato solamente per evitare il fallimento e non per superare la crisi. È evidente, come si evince dall'analisi svolta nel secondo capitolo, che a seguito dell'introduzione del concordato in bianco le pronunce di merito che richiamano l'istituto dell'abuso sono aumentate, ma in nome dell'autonomia negoziale delle parti, prevedere subito un intervento così invasivo da parte dei tribunali pare eccessivo e inappropriato. D'altro canto, la riforma del 2013 avvalorava la tesi qui sostenuta, mettendo in luce un problema che riguarda un numero importante di procedure e che necessita di una soluzione.

10. I profili sanzionatori dell'abuso di diritto nel concordato

Si è visto come l'istituto dell'abuso di diritto sia quindi stato prima riconosciuto nella materia fallimentare e subito di seguito utilizzato per scoraggiare condotte scorrette da parte degli imprenditori in stato di crisi. La procedura concordataria si articola nelle seguenti fasi: ricorso, ammissione, votazione, omologazione, esecuzione. In ogni momento il Tribunale può inoltre revocare l'ammissione al concordato, quando il commissario giudiziale accerti il compimento di atti di frode o non autorizzati, ovvero vengano meno le condizioni di ammissibilità alla procedura. Infine, solo per il caso del concordato "in bianco", detti rilievi

da parte del commissario giudiziale (se nominato prima dell'ammissione) valgono anche a precludere l'accesso alla procedura.

La fase di ammissione prevede che a seguito delle valutazioni concernenti la regolarità formale e la fattibilità giuridica della proposta il Tribunale possa rigettare l'istanza di concordato, ponendo in capo ai creditori o al pubblico ministero la possibilità di chiedere il fallimento dell'imprenditore. In questa prima ipotesi, fatto salvo il caso in cui sia già pendente per l'imprenditore l'istanza di fallimento, la sanzione prevista per quelle condotte considerate abusive è la sola inammissibilità della domanda, a seguito della quale per un determinato periodo di tempo, all'imprenditore sarà precluso l'accesso alle procedure concordatarie. Quando sia pendente un'istanza di fallimento, in virtù del principio della consequenzialità logica tra le procedure, il tribunale sarà legittimato anche a dichiarare il fallimento dell'imprenditore a seguito della mancata accettazione del concordato.

La revoca prevede che il tribunale possa impedire il normale incedere della procedura concordataria per atti di frode o condotte strumentali. Anche in questo caso, come avviene nella fase precedente, vi è una chiara distinzione tra la revoca e la eventuale successiva dichiarazione di fallimento, la quale richiede l'impulso dei creditori o del pubblico ministero⁽¹³⁸⁾, esclusi i casi in cui il concordato con riserva si sia innestato su un procedimento fallimentare preesistente.⁽¹³⁹⁾ Nella seconda ipotesi il tribunale a seguito della revoca dovrà valutare immediatamente l'istanza di fallimento, anche se il debitore dovesse a seguito della revoca depositare tempestivamente una nuova domanda di concordato.

In relazione alla fase di omologazione i poteri *expressis verbis* riconosciuti dalla legge al tribunale sono diversi. Come si è già detto questa fase diviene il contrappeso formale al principio maggioritario. La prescrizione normativa stabilisce che in questa fase “se un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ovvero nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”. Era nella volontà del legislatore offrire ai creditori minoritari o non consenzienti un momento per far valere le loro ragioni a seguito della votazione.

⁽¹³⁸⁾ Cass. Civ., Sez I, 18 aprile 2014, n. 10360, in *Il caso.it* .

⁽¹³⁹⁾ Trib. Bergamo, 6 agosto 2012, in *Il caso.it*.

In questa sede non ci si vuole occupare della legittimazione all'opposizione, quanto invece dell'oggetto del sindacato una volta che questa sia stata proposta. Il tribunale dovrà valutare la convenienza della procedura concordataria rispetto all'alternativa fallimentare, tenendo ben presente che il concordato privilegia la conservazione dei valori aziendali, la quale potrebbe essere più vantaggiosa rispetto alla prospettiva esclusivamente liquidatoria propria del fallimento.⁽¹⁴⁰⁾

Si condivide la tesi qui riportata ma si rileva un potenziale contrasto nel caso in cui la valutazione abbia ad oggetto condotte strumentali della procedura da parte dell'imprenditore. In questo caso, se una volta sollevata l'opposizione dovesse emergere un abuso di diritto precedentemente non individuabile, il tribunale tenendo presente l'interesse pubblico a che le prerogative offerte dal legislatore vengano utilizzate con il fine prestabilito, non potrà soltanto attenersi a valutare la convenienza del concordato rispetto al fallimento. Si ritiene che l'autorità giudiziaria dovrà considerare la correttezza e la regolarità della procedura prima della convenienza, dal momento che esse appaiono non solo come principio cardine delle procedure concorsuali, ma come principio generale dell'ordinamento giuridico. A seguito delle verifiche la dichiarazione di fallimento sarà ancora una volta subordinata al deposito dell'istanza da parte del pubblico ministero o dei creditori.

Si vuole ora ritornare sulle pronunce considerate nel secondo capitolo per occuparsi in questo caso delle sanzioni disposte dai tribunali.

Si rileva che il discrimine tra l'immediata dichiarazione di fallimento e la sola interruzione del normale iter della procedura è la presenza di un'istanza di fallimento già pendente. Molto spesso accade che ancor prima del ricorso per concordato sia stata depositata in cancelleria istanza di fallimento per lo stesso imprenditore.

Tale ipotesi è perfettamente coerente con il fatto che nella procedura di concordato che segue a tale istanza il debitore molto spesso, piuttosto che pensare a come risolvere la crisi, si preoccupi di allontanare il momento del fallimento. Al contempo in questi casi, i creditori hanno già espresso il loro interesse, il quale dovrà essere considerato dal giudice al fine di bilanciare gli interessi in causa nel concordato.

Quando sia già pendente un'istanza di fallimento, il rilievo di condotte abusive oltre ad impedire il normale incedere del concordato, comporta la dichiarazione di fallimento da parte del tribunale, alla quale altrimenti non sarebbe legittimato.

⁽¹⁴⁰⁾ Trib. Piacenza, 6 giugno 2014, in *Il caso.it*.

Una delle più importanti innovazioni delle recenti riforme è proprio il fatto che la sanzione della dichiarazione di fallimento *ex officio* sia stata esclusa dal novero dei poteri attribuiti all'autorità giudiziaria. Ciò in nome del principio dell'autonomia privata, secondo il quale il contenuto e il buon esito dell'accordo concordatario devono essere determinati dalla libera volontà delle parti.

Se la volontà delle parti presiede la procedura concordataria, non avrebbe alcun senso lasciare che il tribunale determini il fallimento dell'imprenditore in quei casi in cui i creditori non lo abbiano previamente richiesto, anche in presenza di un abuso di diritto.

È tuttavia necessario chiedersi quale sia la sanzione più appropriata per l'abuso di diritto in materia concorsuale, nello specifico con riferimento al concordato preventivo. L'abuso di diritto è stato nel tempo associato dalla dottrina maggioritaria⁽¹⁴¹⁾ alla violazione di regole di comportamento secondo il parametro della buona fede, la cui violazione comporta una responsabilità con obbligo di risarcimento del danno cagionato. Tale tesi è stata poi rivista, giungendo a considerare la condotta abusiva in maniera autonoma, volendosi realizzare un controllo causale e non solo modale dell'atto con cui è esercitato il diritto.⁽¹⁴²⁾ Si è quindi voluto poi verificare se oltre ad una tutela meramente risarcitoria sia possibile ipotizzare una tutela reale, la quale neutralizzi la condotta abusiva ripristinando nei confronti della vittima la condizione precedente. Questa tutela si può realizzare sia in via preventiva, attraverso mezzi di tutela volti ad impedire l'esercizio abusivo, sia come reazione specifica ad esso.⁽¹⁴³⁾

Con riguardo ai mezzi azionabili in via preventiva in Italia, parte della dottrina ha richiamato l'esperienza francese, ritenendo che il giudice possa rifiutarsi di applicare una clausola del contratto poco chiara e precisa se siano ravvisabili gli estremi *d'un abus de nature à la priver d'effet*.

In ordine ai mezzi di tutela successiva invece, si è ipotizzata una tutela reale attraverso lo strumento dell'*exceptio doli generalis* secondo il quale il titolare può opporsi ad un'altrui pretesa astrattamente fondata ma che in realtà costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto.⁽¹⁴⁴⁾

⁽¹⁴¹⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011; A DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 2000; F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2008.

⁽¹⁴²⁾ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum*, buona fede e abuso del diritto, in *I contratti*, 2010.

⁽¹⁴³⁾ Si condivide la visione di U. BRECCIA, *L'abuso di diritto*, in *Diritto Privato*, 1997.

⁽¹⁴⁴⁾ F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *op. cit.*

Svolgendo un'analisi comparatistica si evince che la giurisprudenza tedesca ha in alcuni casi fatto riferimento al *Verwirkung* per respingere domande giudiziali utilizzando l'istituto dell'abuso del diritto, e tale rimedio è stato considerato da alcuni come assimilabile all' *exceptio doli*. L'idea sottesa è che quando un diritto non sia stato esercitato o eccepito in un tempo tale da ingenerare nella controparte un affidamento meritevole di tutela, esso venga meno, per la violazione dei doveri di buona fede e correttezza.⁽¹⁴⁵⁾ Lo stesso è accaduto anche in Francia, in casi di diritti certi e non prescritti il cui omesso esercizio ha indotto il debitore a porre in essere una situazione irreversibile.⁽¹⁴⁶⁾

Con riguardo poi all'ambito comunitario si è rilevato che lo scopo della Corte di giustizia è proprio quello di ripristinare l'applicazione corretta della disposizione eliminando il vantaggio realizzato attraverso l'abuso e non invece quello di sanzionare la condotta.⁽¹⁴⁷⁾ La Commissione individua una specifica norma quale fondamento generale del principio generale sull'abuso di diritto⁽¹⁴⁸⁾: “Gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando ufficialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso” (art. 4 regolamento comunitario 18 dicembre 1995, n 2988). Anche se nella stesura definitiva del regolamento manca uno specifico riferimento all'abuso di diritto a parere della dottrina maggioritaria con tale disposizione il Consiglio ha delineato una categoria che lo identifica.

Anche dopo uno sguardo comparatistico emerge che per condotte sanzionabili per abuso di diritto gli ordinamenti abbiano preferito la tutela reale a quella risarcitoria. Come si è detto tra i rimedi diversi da quelli risarcitori, il più rilevante è l'*exceptio doli*. Nel diritto romano tale strumento veniva utilizzato dal pretore per tutelare interessi e rapporti che apparivano irrilevanti o in contrasto con lo *jus civile*. Nel diritto moderno esso funge da mezzo per l'adeguamento continuo del diritto alla realtà sociale, collegandosi alla problematica dei limiti sussistenti nell'esercizio dei diritti soggettivi. Esso determina la

⁽¹⁴⁵⁾ A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988.

⁽¹⁴⁶⁾ Vedi ancora A. GAMBARO, *op. cit.*.

⁽¹⁴⁷⁾ S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *DUE*, 2003.

⁽¹⁴⁸⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

disapplicazione delle norme che vengono invocate in maniera illecita, con la conseguente reiezione della domanda ed è quindi principalmente uno strumento di natura difensiva.⁽¹⁴⁹⁾

L'*exceptio doli generalis seu praesentis* si distingue dall'*exceptio doli specialis seu preteriti*⁽¹⁵⁰⁾: la prima “sanziona il dolo commesso nel momento stesso in cui l’azione viene proposta in giudizio; tale eccezione si offre come rimedio di carattere generale, volto alla reiezione della domanda proposta in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, e così ogni qualvolta sia accertato l’esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall’ordinamento”. La seconda invece, “sanziona il dolo commesso al tempo della conclusione del negozio, allorché siano posti in essere raggiri, diretti a indurre un soggetto a concludere un negozio che non avrebbe concluso o che avrebbe concluso a condizioni diverse. Peraltro, quando dal dolo dipenda la conclusione di un negozio a condizioni più svantaggiose, il *deceptus* è ammesso a proporre una domanda diretta al risarcimento dei danni a titolo di dolo incidente (art. 1440 c.c.), con cui è fatta valere una responsabilità precontrattuale”.

I giudici della Corte Suprema hanno segnato i confini di una fondamentale distinzione: il dolo “presente” cioè quello riferito al tempo della *litis contestatio* e il dolo “passato”, cioè quello che risale al momento della conclusione del negozio. Con una sentenza del 2007, è stato affermato dalla Corte di legittimità il riconoscimento dell’eccezione di dolo presente come rimedio di carattere generale nell’ordinamento italiano, superando il dato normativo che aveva accolto soltanto l’eccezione di dolo speciale. Quest’ultima infatti riguarda quei casi in cui la volontà negoziale risulta viziata (vizio del consenso) e costituisce il fondamento per un’eccezione opponibile in ogni tempo, anche a seguito della prescrizione dell’azione di annullamento del contratto (art.1442 c.c.). Di seguito la Corte nella sentenza in considerazione ha associato ai comportamenti previsti per l’eccezione di dolo generale il parametro della buona fede oggettiva superando la precedente concezione più restrittiva, che contemplava soltanto condotte intenzionalmente fraudolente da parte dell’autore.⁽¹⁵¹⁾

Non era chiaro se l’eccezione dovesse riferirsi esclusivamente alla buona fede oggettiva, all’abuso di diritto o congiuntamente ad entrambi. Vista l’autonomia attribuita nel tempo all’istituto dell’abuso si ritiene che il denominatore comune delle figure in questione debba essere la finalità perseguita dalle parti. Se gli scopi delle parti in causa non sono

⁽¹⁴⁹⁾ F. CARINGELLA-G. DE MARZO, op. cit.

⁽¹⁵⁰⁾ Cass. Civ., Sez I, 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007.

⁽¹⁵¹⁾ Si riporta il commento alla sentenza Cass. Civ., Sez I, 7 marzo 2007, n. 5273 di T. DALLA MASSARA, *L’eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto civile*, 2008.

meritevoli di tutela, ne conseguirà il rigetto della pretesa da parte del giudice. In questo modo si dà al giudice la possibilità di sindacare sull'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento, per accertare che le finalità coincidano con quelle intese dal legislatore. Adottare tale tutela non significa però escludere la possibilità che il soggetto danneggiato possa comunque promuovere un'azione risarcitoria fondata sull'art 1440 c.c., per sanzionare una responsabilità di natura precontrattuale, cioè legata ad una condotta scorretta in fase di trattative. In questo ultimo caso, il vizio della volontà non era tale da legittimare l'annullamento del contratto, ma è sufficiente per pretendere un risarcimento parametrato sulla soluzione più vantaggiosa che altrimenti la parte avrebbe potuto ottenere. La parte è interessata a mantenere il contratto ma lamenta la mancata realizzazione del miglior risultato economico.

Si conclude quindi che il principale rimedio adottato nel nostro ordinamento per l'abuso di diritto è di carattere reale e contempla il rigetto della domanda dell'attore che abbia posto in essere comportamenti che sottendono una finalità diversa da quella prevista dalla norma. Tale concezione si adatta anche al concordato preventivo, nonostante durante la procedura il negozio non sia ancora stato concluso. Si è visto come, attualmente, i tribunali non si limitino più soltanto a tutelare la corretta formazione del consenso dei creditori, ma si pongano come garanti della regolarità del procedura in genere.

Dalle sentenze analizzate nel capitolo precedente emerge che il rimedio utilizzato dai giudici per l'abuso del concordato è totalmente in linea con la teoria generale sull'abuso di diritto. I tribunali, di fronte a domande o rinunce assimilabili a fattispecie di abuso hanno reagito dichiarandone l'inammissibilità, cioè rigettando la pretesa dell'attore in quei casi in cui essa non rispettasse le finalità previste dal legislatore ma fosse orientata a scopi diversi⁽¹⁵²⁾, disponendone la revoca⁽¹⁵³⁾ o negandone l'omologazione.⁽¹⁵⁴⁾

⁽¹⁵²⁾ Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *IIFallimentarista.it*, il Tribunale ha dichiarato inammissibile una domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l. fall. depositata contestualmente alla rinuncia ad una precedente domanda, pendente un'istanza di fallimento, rilevando che in tale condotta del debitore sussistono profili di abuso di diritto (La decisione è stata poi condivisibilmente rivista dalla Corte d'Appello la quale ha stabilito che ; Lo stesso è accaduto in Trib. Messina, 30 gennaio 2013, in *IIFallimentarista.it*, dove i giudici hanno rilevato una condotta "mirata a procrastinare *sine die* la dichiarazione di fallimento a scapito del diritto del creditore istante"; sulla stessa linea Trib. Forlì, 12 marzo 2013, in *IIFallimentarista.it*, dove è stata dichiarata inammissibile una domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l. fall. presentata a seguito di una domanda di concordato definendola "un mero strumento dilatorio" rispetto all'istanza di fallimento depositata dai creditori; Trib. Asti, 10 marzo 2014, in *Il caso.it*, nella quale viene dichiarata inefficace la rinuncia alla domanda di concordato ex art. 161, comma 6, presentata a ridosso della scadenza del termine per la presentazione del piano, la quale era stata depositata con il solo fine di evitare che a seguito di una dichiarazione di inammissibilità della domanda al debitore fosse preclusa una nuova richiesta di pre-concordato nei due anni successivi; Trib Milano, 12 giugno 2014, in *IIFallimentarista.it*, dove i giudici hanno dichiarato inammissibile una nuova (segue)

È evidente che i tribunali in linea con l'idea sottesa alle varie riforme hanno scelto una sanzione atta a tutelare maggiormente i creditori piuttosto che un provvedimento finalizzato a punire i debitori. Tale scelta si concilia con preclusione per l'autorità giudiziaria di dichiarare d'ufficio il fallimento in quei casi in cui il concordato non fosse accettato. Anche nel momento sanzionatorio deve permanere in capo al tribunale il medesimo ruolo da esso assunto nelle fasi precedenti; non sarebbe infatti coerente ammettere che e a decidere delle sorti della crisi sia il giudice e non invece l'insieme dei creditori. Sono costoro che sono stati eletti alla posizione di "decisori" sulla proposta depositata dall'attore, e saranno loro medesimi a decidere se richiedere il fallimento del debitore in quei casi in cui non penda già un'istanza di fallimento nei suoi confronti e la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile per abuso di diritto.

Per quanto riguarda il pregiudizio subito dai creditori a causa dei tempi processuali sono si ritiene possibile una pretesa risarcitoria da parte di questi. È necessario che il legislatore trovi il modo di prevenire concordati destinati al fallimento e condotte meramente dilatorie rispetto ad esso, non potendosi concepire un rimedio riparatorio *ex post* ulteriore rispetto al rigetto della domanda. Nel tempo impiegato per decidere sulla domanda di concordato la situazione non rimane mai invariata; l'esposizione debitoria solitamente aumenta dal momento che il concordato quando non liquidatorio è finalizzato al superamento della crisi e quindi alla continuazione dell'attività d'impresa, la quale è intrinsecamente rischiosa anche in situazioni di normalità finanziaria dell'imprenditore.

11. I rimedi all'abuso del concordato

Le ragioni che hanno portato ad un uso strumentale della procedura concordataria sono molteplici, ma prima tra tutte emerge chiaramente l'importanza attribuita all'autonomia delle parti. La proposta di concordato come riformata è stata pensata come un atto di autonomia negoziale il quale è rivolto dal debitore ai creditori. Tale libertà delle parti si è dimostrata un

proposta di concordato depositata dopo la rinuncia ad una prima procedura già aperta che sia finalizzata unicamente a "dilatare la durata del procedimento e degli effetti dell'*automatic stay*".

(¹⁵³) Trib. Nola, 23 febbraio 2012, in *Il caso.it*; Trib. Udine, 30 settembre 2011, in *Il caso.it*.

(¹⁵⁴) Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Il Fallimentarista.it*, il tribunale ha negato l'omologazione del concordato adducendo in motivazione un abuso nella formazione delle classi di creditori, ravvisata nella finalità del debitore preordinata esclusivamente al conseguimento della maggioranza, coartando la volontà dei creditori attraverso la loro segregazione arbitraria.

pericolo per l'ordinamento poiché ad essa inizialmente si era affiancata l'esclusione, pressoché totale, dell'autorità giudiziaria dal procedimento decisorio.

Il ricorso all'abuso di diritto è senza dubbio un efficace metodo per il tribunale per sindacare in corso di procedura non soltanto questioni di mera legittimità formale, ma anche comportamenti poco trasparenti da parte del debitore. Ciò non toglie però che questo sistema nonostante sia utile, non sia totalmente soddisfacente. *In primis* è un metodo di intervento *ex post* che implica inevitabilmente un danno patrimoniale per i creditori e secondariamente, è ambivalente in quanto potrebbe essere a sua volta abusato dai tribunali.

Nel tentativo di pensare ad una soluzione che possa prevenire eventuali condotte abusive si fa riferimento in primo luogo alle disposizioni del recente decreto del 2013, le quali sono state pensate come norme *ad hoc* soltanto per il concordato con riserva. Si ritiene che l'impossibilità di reiterare domande di concordato dovrebbe essere estesa a tutti i concordati e non soltanto a quello "in bianco". Le procedure concordatarie non si escludono l'una con l'altra e per questa ragione non pare corretto pensare che il rimedio riguardi una tipologia soltanto.

Si vuole ora proporre delle soluzioni *a priori*, le quali permettano di bloccare sul nascere quelle domande di concordato palesemente condannate al fallimento. Il ruolo del professionista attestatore non pare congruo alle necessità della procedura. È bene chiedersi quale sia la probabilità che tale soggetto non sia imparziale, dal momento che viene nominato dallo stesso debitore. Il fatto che stesso che la sua relazione attestativa passi al vaglio del tribunale tanto quanto il piano non è certamente indice di fiducia nei suoi riguardi, anche per il fatto che il tribunale non è vincolato al contenuto di essa.

Il legislatore del 2013 ha pensato alla possibilità di nominare il commissario giudiziale subito dopo il deposito della domanda di concordato e non invece con il deposito del piano. Si ritiene che in linea con l'idea che l'autorità giudiziaria debba fungere da "garante della procedura", il commissario giudiziale, nelle vesti del tribunale, svolgendo i suoi accertamenti possa alleggerire il momento del giudizio di ammissibilità, rendendolo più celere e più chiaro.

Anche qui si pensa che la disposizione esclusivamente riferita al pre-concordato dovrebbe essere adotta per tutte le procedure concordatarie, ammettendo la nomina del commissario prima della ammissione alla procedura (vedi paragrafo successivo) e limitando la relazione attestativa del professionista a documento di integrazione (perché fornito da un esperto in materia) a quanto fornito dal debitore al momento del deposito della domanda.

Potrebbe sembrare che una prescrizione di questo genere assurga ad un ritorno “al passato”, apparendo come un modo per far rientrare l’autorità giudiziaria nel procedimento. Ciò nonostante non è così, non si intende attribuire al tribunale il potere di valutare la convenienza della proposta o del piano, anzi solamente di controllare le condotte dei soggetti per garantire il buon esito della procedura.

Come si è già detto il concordato è un contratto particolare poiché la decisione dell’accettante viene presa a maggioranza ed è anche in virtù di questo fatto che è pacificamente ipotizzabile un ruolo del tribunale più invasivo con riguardo agli aspetti di legittimità formale.

È bene poi riflettere sul fatto che la possibilità di richiedere il concordato sia riservata esclusivamente all’imprenditore in stato di crisi mentre quella di depositare l’istanza di fallimento coinvolga anche i creditori interessati. Non c’è nel nostro ordinamento alcuna disposizione che vieti a soggetti terzi di ricorrere al concordato però, ciò non basta a configurarne la legittimazione all’azione. Il tenore letterale della disciplina induce a concludere che l’unico legittimato a depositare la domanda di concordato sia lo stesso debitore. Questa concezione deriva dall’idea che solo l’imprenditore è in grado di avvedersi dello stato di crisi in cui versa e di porvi rimedio utilizzando il concordato, perché i soggetti terzi non dispongono delle informazioni necessarie per poterne verificare l’esistenza. Per contro però, le cose sono rimaste invariate anche dopo il 2005, quando nel definire lo stato di crisi si è ammesso il ricorso al concordato anche il caso di stato di insolvenza.

Occorre ora interrogarsi sulla possibilità di estendere la legittimazione ad avvalersi del concordato a soggetti diversi dall’imprenditore autorizzandoli così ad ingerirsi nelle soluzioni che attengono la vita dell’impresa.

Un primo problema che si presenterebbe è inerente alla possibilità che le proposte depositate (dai diversi creditori o dall’imprenditore rispetto verso i creditori) abbiano un contenuto diverso tra loro. In questo caso sarebbe necessario stabilire quale sia la proposta da preferire e quindi individuare un criterio idoneo a tale determinazione. Non si può accogliere l’idea di un criterio temporale il quale comporterebbe una soluzione arbitraria e sarebbe comunque più vantaggioso per l’imprenditore il quale potendo accorgersi per primo della situazione di crisi potrebbe depositare per primo la domanda, così vanificando l’ampliamento della legittimazione. Un altro metodo ipotizzabile è quello di sottoporre al voto la proposta, potendo così individuare quella preferita dai creditori. Questo criterio crea solo un apparente sbilanciamento tra il debitore e i soggetti terzi, perché in ogni caso, anche se fosse solo

l'imprenditore a poter depositare a domanda, sarebbero i creditori a deciderne l'esito finale in sede di votazione.

Per una ragione di coerenza logica, ammettere che anche i creditori possano proporre un concordato e prevedere che il criterio per selezionare la proposta preferita nel caso di soluzioni concorrenti sia quello del voto, induce a ritenere che debba essere attribuito anche all'imprenditore il diritto di voto.

Mantenere la regola che attribuisce esclusivamente all'imprenditore la facoltà di ricorrere al concordato, molto spesso significa tardività nell'accesso alla procedura, poiché generalmente il debitore vi fa ricorso quando lo stato di decozione è molto avanzato e ormai non sussiste più alcuna prospettiva risanatoria o recuperatoria. Il fatto che solo l'imprenditore possa avvalersi del concordato "determina una situazione che [...] è riconducibile al monopsonio, cioè un mercato in cui si rinviene un unico acquirente, che decide cosa e quanto comprare, fissando il prezzo in base alla propria funzione di profitto".⁽¹⁵⁵⁾

Il debitore attualmente non deve competere con altri soggetti quando fissa il prezzo di un'azienda e dei relativi beni, il cui ricavato consiste nel pagamento percentuale dei creditori, diversamente da quanto accade in una normale economia di mercato.

Detto ciò si ritiene che con l'introduzione della legittimazione per i creditori i loro interessi sarebbero maggiormente tutelati poiché essi, svolgendo un ruolo attivo, oltre a indurre ad una più tempestiva mobilità delle imprese in crisi (questo aspetto riguarda maggiormente le imprese di piccole dimensioni), avrebbero migliori prospettive di conservazione della ricchezza la quale non influirebbe solo sulle singole situazioni ma sul sistema economico in generale.

Nella legislazione americana è previsto un istituto attraverso il quale i creditori possono chiedere alla Bankruptcy Court l'avvio nei confronti del loro debitore di una *Reorganization* (procedura concorsuale di *Chapter 11*) o di una *Liquidation* (procedura concorsuale di *Chapter 7*) stabilendo determinati requisiti di carattere preliminare. L'onere della prova di tali requisiti è a carico del ricorrente/i: i creditori devono dimostrare che i loro crediti sono *noncontingent* (non sottoposti a condizione, la giurisprudenza ha ricompreso anche i crediti non ancora esigibili *unmatured*) e *undisputed* (oggetto di una controversia giudiziale *bona fide*).

⁽¹⁵⁵⁾ M. GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre la domanda di concordato preventivo quale ipotesi di soluzione alternativa*, in *Il Fallimentarista.it*, 2012, p. 5.

L'introduzione di tali requisiti ha lo scopo di redimere la promozione di azione infondate o scorrette insieme alla possibilità per il debitore di difendersi nella prima fase del giudizio contestando la legittimità dell'azione (con riferimento agli stessi requisiti) portando il procedimento alla conclusione già in fase preliminare. Per scoraggiare la promozione di azioni infondate nel merito il legislatore americano ha previsto inoltre che il tribunale possa imporre ai creditori una garanzia al fine di indennizzare il debitore in caso di rigetto dell'istanza dei costi o delle spese legali che ha dovuto sostenere nel procedimento.

I creditori che propongano un'azione infondata nel merito mirano generalmente a screditare commercialmente il debitore, il quale potendo essere un concorrente verrebbe così facilmente escluso dal mercato. Nel caso in cui il tribunale rilevi che il fine del creditore/i era meramente quello di gettare discredito sull'imprenditore, accertando che l'azione era stata promossa in *mala fede*, su richiesta del debitore potrà condannare il ricorrente/i al pagamento dei danni causati dalla promozione dell' *involuntary petition* e dei *punitive damages*. Una volta depositato il ricorso, se il debitore non si opponga tempestivamente, il tribunale provvederà all'avvio della procedura, senza che si svolga alcun trial, in cui i creditori dovrebbero dimostrare che il debitore sistematicamente non adempie alle proprie obbligazioni di pagamento alla loro scadenza (*equity insolvency test*: test che si svolge più su un piano fattuale che di diritto tenendo conto di diversi fattori, per consentire maggiore flessibilità in considerazione del numero dei creditori).

Si è detto che l'*involuntary petition* ha un effetto negativo sul debitore in termini di reputazione sul mercato; per ridurre le conseguenze negative in caso di rigetto dell'azione si attribuisce al giudice il potere di emettere un provvedimento con il quale inibisce alle *consumer reporting agencies* di utilizzare le informazioni del ricorso e della procedura. Nel caso in cui la documentazione contenga informazioni false o ingannevoli, su istanza del debitore, il tribunale può anche apporvi un sigillo.

Il legislatore italiano delle riforme oltre a guardare al *Bankruptcy Code*, con riferimento alla possibilità di introdurre degli strumenti di prevenzione, ha spesso fatto riferimento alla legislazione francese, nella quale lo stato di crisi è codificato come *procedure d'alerte*. Consiste in una procedura esclusivamente dedicata alle società di capitali, dove viene effettuato il controllo da parte dei revisori dei conti, obbligatorio per legge o volontario. Essa viene attivata in quei casi in cui il revisore rilevi la sussistenza di fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'esercizio sociale. Il revisore deve informare in forma scritta il presidente del consiglio di amministrazione dei propri rilievi il quale deve, nel termine di

15 giorni, fornirgli un programma di misure di correzione adeguato alla gravità della situazione. Se il presidente non risponda o la sua risposta non sia adeguata, il revisore invita il presidente a convocare il consiglio di amministrazione, il quale si pronuncerà con una delibera che verrà comunicata al *comitè d'enterprise* e al Presidente del Tribunale di Commercio. Se la procedura sin qui descritta non sia rispettata il revisore redige un rapporto straordinario che verrà presentato alla successiva assemblea degli azionisti i quali decideranno del futuro dell'esercizio sociale, e al *comitè d'enterprise*. Qualora il revisore non dovesse condividere la scelta dell'assemblea potrà comunque impedire la continuazione dell'attività d'impresa, comunicando la sua decisione al Presidente del Tribunale di commercio allegando il rapporto straordinario precedentemente redatto.

Veniamo ora all'ordinamento italiano.

Nel progetto di riforma della commissione Trevisanato del 2004 erano inseriti gli istituti di allerta e prevenzione, come novità assoluta nel nostro ordinamento. Gli istituti d'allerta erano finalizzati ad individuare tempestivamente la presenza di una crisi di impresa per intervenire nel tentativo di evitarne un aggravamento ed eventualmente di consentirne la composizione. Gli strumenti di prevenzione servivano invece ad evitare o l'insorgere di una crisi o che una situazione già rischiosa si trasformasse in stato di crisi.

Il ricorso a tali istituti era affidato a soggetti diversi dall'imprenditore (come accade negli Stati Uniti e in Francia) e la speranza era che ciò implicasse una maggiore efficienza rispetto a quella che si era ottenuta precedentemente con gli strumenti di conservazione dell'impresa. Questi ultimi, infatti, non erano stati concretamente utili al risanamento delle imprese in crisi, ma si erano dimostrati essere delle anticamere per le procedure liquidatorie.

Con riguardo alle innovazioni la commissione aveva affrontato in primo luogo il problema della definizione di elementi indicatori della crisi nella sua fase iniziale. Aveva individuato una serie di situazioni, come ad esempio il fatto che l'imprenditore avesse un'esposizione debitoria verso il fisco e aveva attribuito alle pubbliche amministrazioni il compito di iscrivere in un apposito registro i mancati pagamenti di crediti pubblici. I ritardi nei pagamenti dovevano invece essere raccolti in banche dati, redatte dalle camere di commercio, dove i dati dovevano essere raggruppati per imprenditore e periodicamente trasmesse alle cancellerie dei tribunali.

Con riferimento poi ai fatti interni della vita dell'impresa il progetto prevedeva un ruolo più invasivo degli organi di controllo (collegio sindacale, società di revisione, comitato di sorveglianza) i quali qualora individuassero situazioni di difficoltà avrebbero dovuto

comunicarle all'autorità giudiziaria se i gestori non avessero adottato le misure idonee al risanamento. Come accade in Francia anche in questo caso di fronte all'inerzia o all'insufficienza degli interventi della società gli organi di controllo avevano il compito di informare gli amministratori della situazione, per fare in modo che questi adottassero i rimedi necessari per il superamento dello stato di crisi. Se anche tale comunicazione si fosse dimostrata vana la commissione aveva previsto l'ulteriore provvedimento della segnalazione all'autorità giudiziaria. Lo scopo era che la consapevolezza delle conseguenze negative che avrebbe comportato sul mercato tale segnalazione, inducesse l'imprenditore ad adottare le iniziative necessarie per evitarla.

È evidente che obiettivi di questo tipo non sono di facile realizzazione, dal momento che i nuovi istituti dovevano essere efficaci ma non troppo intrusivi, e utilizzabili anche in mancanza di manifestazioni palesi, le quali generalmente emergono quando lo stato di decozione è già avanzato. Tali misure non sono state adottate, ma si sostiene che visti gli effetti delle "nuove" procedure concorsuali come pensate dalla stessa Commissione, esse sarebbero state e sono un efficace metodo per intervenire prontamente ad individuare la crisi e per superarla senza l'accesso alle procedure concordatarie che il più delle volte aumentano l'esposizione debitoria e non sono risanatorie.⁽¹⁵⁶⁾ Non si nega che l'intervento del legislatore su questa linea si presenti molto complesso, ma lo si ritiene doveroso, vista la situazione economica attuale e considerata le necessità di tutela dei diversi interessi delle parti nei concordati, concepiti oggi come accordi negoziali.

Si rileva però un altro problema: le misure di prevenzione sono atte ad anticipare il momento della domanda di concordato individuando prima lo stato di crisi, non invece ad impedire l'accesso alla procedura nel caso in cui l'imprenditore si consideri già decotto. Riconoscendo lo stato di insolvenza come un *genus* rispetto allo stato di crisi si è ampliata la possibilità di accesso al concordato, con il fine di agevolare il risanamento e ridurre le ipotesi liquidatorie. Tale progetto non ha raggiunto i risultati sperati.

Per questa ragione pare opportuno pensare anche a delle misure che impediscano *ex ante* l'accesso al concordato, visto l'elevato numero di casi di procedure destinate al fallimento. Il meccanismo può rimanere il medesimo, differenziandosi invece l'esito finale che non deve essere soltanto quello di intimare a prevedere dei rimedi adeguati, bensì quello di constatare caso per caso se un eventuale concordato possa andare a buon fine. È evidente che in questo modo, in maniera anticipata e stragiudiziale l'autorità giudiziaria

⁽¹⁵⁶⁾ Si è condivisa qui la visione di M. GIORGETTI, op. cit..

riacquisterebbe il potere di sindacare sulla convenienza, però non della proposta o del piano, ma dello strumento concordatario in sé.

In qualche modo anche l'idea già espressa di permettere al commissario giudiziale di intervenire ancor prima del deposito del piano o delle proposta è coerente con questa concezione. Applicare in maniera estensiva a tutti i concordati, la disposizione riferita esclusivamente al pre-concordato significa comunque che ancor prima del deposito della domanda devono essere individuati degli indici di crisi, i quali potranno agevolmente essere ottenuti con gli strumenti appena descritti. Nella stessa fase, il commissario giudiziale potrebbe rilevare l'inopportunità del concordato, mettendo i creditori anticipatamente nella condizione di chiedere il fallimento e impedendo al debitore di ricorrere inutilmente al concordato.

In questo modo i principi sull'autonomia negoziale che vigono in tema di concordato non vengono violati, dal momento che la valutazione non viene svolta nel corso della procedura, ma prima che essa possa iniziare. Precludere all'imprenditore di richiedere il concordato non è incoerente con il progetto di risanamento, perché mantenere nel mercato imprese già decotte non pare una soluzione orientata ad un miglior funzionamento dei rapporti economici. Allo stesso modo, permettere anche ai creditori di chiedere il concordato (come accade negli Stati Uniti), pare un rimedio congruo, sia con riguardo al principio di autonomia delle parti che con riferimento agli interessi in causa nel concordato.

CONCLUSIONI

L'indagine che ho svolto ha messo innanzi tutto in luce il drastico cambiamento di prospettiva e di impostazione della disciplina della crisi d'impresa. Si evince una netta scelta del legislatore volta alla marcata "privatizzazione" degli istituti del diritto fallimentare, con riguardo soprattutto alle procedure concorsuali.

L'analisi delle norme che hanno ridisegnato la fisionomia del concordato preventivo evidenzia come a tale orientamento fosse sottesa l'idea che i creditori siano i migliori custodi delle sorti del patrimonio dell'imprenditore in stato di crisi, poiché al loro interesse soddisfacente si confà la necessità di un sistema complessivamente efficiente.

La "nuova" gestione dello stato di crisi è stata infatti pensata, non tanto in termini procedurali, ma in prospettiva economica, cioè orientata al buon funzionamento ed alla sistemazione del mercato. Si è cercato di recuperare l'efficienza del sistema aumentando i poteri conferiti alle parti, in nome del principio di autonomia privata. Sono state ridotte al minimo le limitazioni per il debitore al deposito della domanda di concordato, con un forte ridimensionamento dei poteri del tribunale, a favore di un'espansione del ruolo dei creditori. Costoro divengono liberi di scegliere se approvare o meno la proposta concordataria, svolgendo una valutazione prettamente economica.

L'esaltazione dell'autonomia privata in favore dei creditori è diventata in realtà un punto di debolezza del "contratto concordato", dal momento che per come è stato strutturato il sistema, i creditori di minoranza rischiano di trovarsi in balia delle decisioni della maggioranza. La legge fallimentare prevede che il concordato "è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, [...] è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero delle classi".

Si ritiene qui che il legislatore abbia ommesso di disporre i consueti contrappesi a tutela delle minoranze, non ravvisando nella possibilità per loro di opporsi in sede di omologazione un mezzo completo, chiaro e congruo al sistema. In molti, soprattutto in dottrina, giustificano l'evidente squilibrio tra gli interessi dei creditori consenzienti e quelli assenti e dissenzienti, con il fatto che questi ultimi sono legittimati all'opposizione in sede di omologazione.

A mio avviso, tale rimedio è inappropriato rispetto alle necessità di garanzia e tutela della procedura concordataria, per diverse ragioni: *in primis*, per la mancanza di un ceto

creditorio formalmente individuato, secondariamente, per il fatto che il legislatore non è stato chiaro nel prevedere le modalità e l'oggetto stessi dell'opposizione e da ultimo, perché nel caso in questione la decisione finale non viene riposta nelle mani dei creditori, bensì nelle facoltà del tribunale. Non mi pare quindi che uno strumento di questo tipo sia sufficiente né a garantire né a tutelare gli interessi della minoranza.

È necessario, alla stregua della nuova fisionomia del concordato, trovare un equo bilanciamento tra la libertà di contrarre e il diritto a non essere vincolati ad una volontà altrui. Prima del 2005 infatti, la tutela dei crediti di minoranza era garantita dalla stessa procedura, nella quale il tribunale aveva un potere molto più invasivo nel sindacato di merito. Anche attualmente, l'unica via percorribile al fine di garantire gli interessi della minoranza, è quella dell'eterotutela, perché il ceto creditorio non è un gruppo organizzato nel quale i soggetti sono titolari di interessi tra i quali intercorre un rapporto di strumentalità. Nonostante tutti i creditori mirino ad ottenere la “pronta” soluzione più favorevole, i singoli crediti da loro vantati non si coordinano, poiché ciascuno mantiene comunque il proprio interesse a raggiungere il risultato migliore per sé.

Il legislatore delle riforme, volendo ridurre al minimo i poteri del tribunale, non ha prestato attenzione alle implicazioni che una scelta privatistica di sistema avrebbe comportato. Ci si è chiesti quali possano essere le tutele riservate ai creditori assenti e dissenzienti. Con riferimento esclusivamente ai primi, si è individuato il recente intervento del legislatore del 2012, con il quale la loro posizione è stata equiparata a quella dei consenzienti.

La legge fallimentare novellata stabilisce che nel verbale di adunanza dei creditori debba essere inserita anche l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il diritto di voto e l'ammontare dei loro crediti, in maniera tale da permettere loro di far pervenire il loro eventuale dissenso. Ciò nonostante, non si comprende come possano essere concretamente individuati tutti i creditori, mancando nel concordato il corrispondente del comitato dei creditori presente invece nel fallimento.

Non fa eccezione il concordato “in bianco” nonostante nella più recente modifica del 2013 il legislatore abbia previsto che in quel caso l'imprenditore debba depositare la domanda unitamente all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti. Si ritiene infatti, che tale modifica non fosse finalizzata all'individuazione di un insieme definito e certo di creditori, ma invece tendesse all'inquadramento della situazione

patrimoniale del debitore, in vista della determinazione/concessione del termine per il deposito del piano o proposta.

Meno di recente, già nel 2005, il legislatore era intervenuto in materia di tutela degli interessi dei creditori, introducendo la possibilità di suddividerli in classi in base a posizione giuridica e interessi economici omogenei, con l'opportunità di trattamenti differenziati per creditori appartenenti a classi diverse. Tale prerogativa non è tuttavia sufficiente. Ciascun creditore è prima di tutto portatore di un interesse individuale, non collettivo, né tanto meno di classe. Per concludere, in un quadro di questo tipo, emerge chiaramente come a dominare non sia semplicemente l'autonomia privata, quanto piuttosto l'autonomia dei creditori forti.

Come si è detto, essendo venuta meno l'eterotutela che ante riforma era nelle mani del tribunale, il principio di maggioranza ora deve trovare la sua giustificazione altrove. Si ritiene che la possibilità di suddividere i creditori in classi sia uno strumento che, se disciplinato in maniera idonea, potrebbe fungere da contrappeso al principio qui richiamato. Prescrivere la formazione di classi in base a posizione giuridica ed interessi economici omogenei è tuttavia troppo vago e si è dimostrato poco efficiente. Permane quindi la difficoltà di inquadrare dei principi generali di suddivisione, poiché ogni singolo caso è nel concreto diverso dagli altri.

Tuttavia soltanto nell'ipotesi di domanda con suddivisione in più classi è prevista una valutazione del tribunale ulteriore rispetto alla mera verifica dell'esistenza dei presupposti sostanziali del concordato. Come si è visto, la correttezza e buona fede del debitore nella suddivisione non è garantita: in capo all'imprenditore rimane comunque la possibilità di strumentalizzare le classi, formandole con il solo fine di ottenere più facilmente l'approvazione del concordato. Il controllo dell'organo giurisdizionale ha la funzione di garantire il rispetto dell'omogeneità delle classi prescritta dal legislatore, volendo evitare il summenzionato pericolo di una composizione funzionale *esclusivamente* a facilitare il raggiungimento della soglia di maggioranza per ottenere l'approvazione della proposta concordataria. I criteri di valutazione saranno ancorati alle peculiarità delle fattispecie e risulteranno condizionati dalla prassi precedente.

Già con l'elaborato della commissione costituita con d.m. il 27 febbraio 2004 si precisava che nella formazione delle classi si sarebbe potuto tenere conto “[...] dell’oggetto delle obbligazioni assunte dal debitore; dell’entità del credito; dell’estraneità o partecipazione del creditore al rischio oggettivamente connesso alle attività d’impresa; infine del carattere privilegiato o chirografario del credito [...]”. Non si condivide l'ultima delle possibilità

espresse, si ritiene che la distinzione privilegiati chirografari non avvenga attraverso la costituzione delle classi, in quanto già prevista per legge.

Si vuole invece sottolineare come sia concretamente differente la valutazione che il tribunale andrà a svolgere in prospettiva di risanamento rispetto a quella di mera liquidazione del patrimonio, poiché spesso, criteri possibili per il primo caso, non sono ammissibili per il secondo.⁽¹⁵⁷⁾ In questo senso la prassi recente ha ammesso la distinzione tra creditori c.d. strategici e creditori non strategici, intendendo i primi come quelli maggiormente interessati alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Non si condivide questa interpretazione, considerandola eccessivamente semplificativa rispetto all'analisi degli interessi in gioco e ravvisando in essa un alto rischio di confusione con la manipolazione del meccanismo di raggiungimento delle maggioranze. Si sostiene che anche se il fine di ricomposizione della crisi in tempi brevi assurge a valore primario nel concordato, esso non può essere autonomamente il fondamento della suddivisione dei creditori in classi, in quanto, altrimenti, si finirebbe per trasformare uno strumento di tutela in un mezzo peggiorativo delle condizioni dei più deboli. È chiaro che tale possibilità non può essere eliminata a priori, ma dovrà essere valutata dal tribunale, il quale dovrà occuparsi di verificare quale sia il fine dell'imprenditore caso per caso.

Benché si riconosca alla possibilità di classamento un valore determinante per garantire gli interessi dei creditori, non si ritiene plausibile l'ipotesi di eliminare l'alternativa tra concordato con e senza classi. A mio avviso però, l'alternativa della mancata formazione delle classi dovrebbe essere secondaria, cioè marginale, per quei casi in cui il classamento non sia oggettivamente concretizzabile per la tipologia di posizioni giuridiche e interessi economici coinvolti.

Si ritiene tuttavia che per un più corretto equilibrio concreto degli interessi in gioco, lo strumento non debba rimanere esclusivamente a disposizione del debitore; pare più coerente con il sistema l'idea che gli stessi creditori, garanti dei loro interessi, possano almeno presentare a loro volta una proposta di suddivisione. A giudicare sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi, allo stato attuale, è soltanto il Tribunale. Si promuove invece l'idea che anche i creditori, sin dal momento del deposito della domanda, debbano essere messi nelle condizioni di tutelarsi, potendo così evitare che l'incedere della procedura si ripercuota su di loro in termini peggiorativi. Ciò potrebbe valere tanto per garantire

⁽¹⁵⁷⁾ M. VITIELLO, *Il concordato preventivo con classi nella prospettiva liquidatoria e nella prospettiva del risanamento*, in *Il Fallimentarista.it*, 2011.

ulteriormente la regolarità della procedura, in maniera tale da tutelare gli interessi della minoranza, quanto per individuare il ceto creditorio in maniera più definita.

Una votazione dei creditori, o per accettare o meno la suddivisione in classi, o per presentare una proposta di classamento alternativa rispetto a quella del debitore, sottende un interesse ulteriore per il ceto creditorio. Se nella votazione successiva al giudizio di ammissibilità i creditori esprimono esclusivamente la loro volontà sull'esito della procedura, in questo caso, a mio parere, potranno farsi portatori di interessi individuali, i quali emergerebbero sin dal principio, venendo sottoposti e al vaglio del tribunale e alla valutazione da parte del resto dei creditori. A mio avviso una soluzione di questo tipo sarebbe inoltre un chiaro incentivo alla partecipazione al procedimento e quindi permetterebbe un aumento della probabilità che l'insieme dei creditori risulti più completo.

Come volutamente si è messo in luce durante tutto il percorso svoltosi, nonostante la nuova fisionomia prevalentemente *privatizzata* del concordato, al Tribunale si riconoscono poteri consultivi e di guida nella procedura, i quali emergono quindi sin da questa prima fase. Con riferimento poi alla votazione che segue all'ammissione del debitore al concordato, sarà necessario che l'autorità giudiziaria si occupi di garantire una corretta e adeguata formazione del consenso informato affinché l'esito finale della procedura sia regolare e corretto. Tra i poteri consultivi del tribunale si ricomprende infatti anche quello di sindacare eventuali carenze o asimmetrie informative tra debitore e ceto creditorio, le quali potranno emergere più facilmente sin dal deposito della domanda nel caso del concordato con classi.

Lo stesso non vale però per il concordato senza classi, ma potrebbe invece in parte valere per quello "in bianco". Come si è visto, con riguardo al pre-concordato, il legislatore nell'ultimo intervento ha rivisto la disciplina introdotta nel 2012. Se prima era sufficiente che il debitore depositasse la domanda riservandosi di depositare in seguito il piano e la proposta, ora invece è d'obbligo che congiuntamente alla domanda egli depositi un elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti, ed è previsto che a garanzia del buon esito della procedura il tribunale possa nominare sin da subito un commissario giudiziale, quale organo di controllo.

Già da questa prima analisi emerge come il Tribunale, nonostante le molteplici riforme finalizzate ad arginarne il ruolo, abbia mantenuto una posizione importante nel corso di tutta la procedura, sin dalla prima fase ed è evidente sin da subito che nell'accogliere la tesi privatistica è impossibile escludere totalmente quella processual-pubblicistica.

Come si è detto nel primo capitolo “la regola della maggioranza funziona bene in presenza di tre condizioni: 1) quando c’è comunanza di interessi tra i membri del gruppo; 2) quando sono previsti limiti inviolabili della maggioranza (“diritti individuali”); 3) quando il voto è esercitato secondo correttezza”.⁽¹⁵⁸⁾

Alla stregua di tale considerazione a parer mio è proprio il tribunale a doversi occupare di verificare la sussistenza di tali condizioni, compiendo prima di tutto un bilanciamento degli interessi in causa, sia con riferimento alla tutela dell’adeguata informazione, che alla corretta formazione delle classi. La sua valutazione serve proprio a giustificare l’imposizione della soluzione concordataria anche agli assenti e dissenzienti, legittimando l’ablazione della residua parte di credito di questi, servendosi dell’omologazione per dare conformità ad un atto sostanzialmente espropriativo.

Dalla ricerca condotta si evince come il Tribunale assurga a organo di controllo della regolarità e correttezza della procedura e del rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico in tutte le fasi di essa. A mio avviso, considerata l’attuale fisionomia del concordato, a tale ruolo dell’organo giudicante si associa infatti la necessità di bilanciamento degli interessi in causa, più volte menzionata.

Ora però, il problema rimane stabilire come e quando tale bilanciamento debba svolgersi. Per quanto riguarda il come, le alternative prospettate in dottrina e giurisprudenza sono due: in astratto o in concreto. Rispettivamente il primo emerge da una valutazione *a priori* degli interessi in conflitto, nella quale viene effettuato un giudizio in base al rilievo dato loro in astratto dall’ordinamento. Il secondo, invece, considera anche il reale impatto che la soluzione, come prospettata, ha nella sfera giuridica dei soggetti interessati.

Nel considerare la corretta formazione delle classi, il bilanciamento tra i loro interessi deve essere svolto tenendo presenti le peculiarità dei singoli casi, non potendosi stabilire dei criteri generali per la suddivisione.

A seguito della mia ricerca ho rilevato che il Tribunale non svolge un giudizio di bilanciamento solo in questa sede. In realtà il contemperamento degli interessi in causa è proprio di tutto il corso della procedura. Ho potuto constatare che quando i Tribunali si trovano a dover valutare situazioni che esulino dalla mera violazione della legge fallimentare, essi tendono a svolgere il loro giudizio alla stregua di un confronto degli interessi coinvolti.

Delle due l’una: da un lato il Tribunale non può più valutare nel merito la domanda di concordato, dall’altro mantiene il ruolo di garante della correttezza e regolarità della

⁽¹⁵⁸⁾ STANGHELLINI, op. cit..

procedura detenendo sempre la posizione di “arbitro” degli interessi delle parti. A mio avviso non si deve distinguere tra la valutazione svolta con riferimento alla formazione delle classi e quella operata in quei casi in cui il tribunale rilevi il rischio che la proposta di concordato presentata integri un’ipotesi di abuso del concordato.

L’esito della mia ricerca mette in luce come detto giudizio di bilanciamento sia fondamentale soprattutto quando al Tribunale spetti di considerare la sussistenza di eventuali abusi di concordato. Per quanto concerne il giudizio su eventuali condotte strumentali, a seguito dell’analisi che si è svolta, si conclude che nonostante siano ravvisabili nella prassi dei comportamenti sintomatici di abuso, questi non sono sufficienti ad individuarlo *a priori*, dovendo il tribunale considerare gli interessi coinvolti in ciascun caso.

Non si deve confondere il bilanciamento in concreto con la valutazione sulla convenienza del concordato. Parlare di verifica in concreto potrebbe trarre in inganno: non si intende qui che il tribunale debba concretamente confrontare gli interessi in gioco in maniera tale da rigettare o revocare il concordato nel caso in cui egli consideri la situazione economicamente poco favorevole per i creditori. Bilanciamento in concreto a mio avviso significa infatti che il tribunale, non avendo dei criteri e principi generali in tema di classamento di abuso del diritto, non può che considerare ciascuna situazione singolarmente, traendo conclusioni diverse in casi che astrattamente nascono da fattispecie coincidenti.

Dalla ricerca svoltasi è emerso senza dubbio che nella recente giurisprudenza fallimentare l’istituto dell’abuso di diritto ha ricevuto molto favore anche in materia concorsuale. Svolgeremo qui di seguito una rassegna dei casi nei quali si riconosce la sussistenza di abusi del concordato preventivo.

A seguito di quanto detto sulla formazione delle classi si ritiene che un’ipotesi di abuso si configuri proprio in quei casi in cui il debitore intenda utilizzare lo strumento del classamento esclusivamente per ottenere l’approvazione della proposta, presentando una suddivisione la quale non sottenda il rispetto di alcun criterio economico o giuridico, ma sia finalizzata alla mera precostituzione di un gruppo di creditori *a priori* assenziente.⁽¹⁵⁹⁾

Dall’analisi svolta ho individuato alcuni sintomi dell’abuso di concordato in generale, tra i quali, nel caso del classamento emerge in primo luogo quello della mancanza di un diverso trattamento economico delle classi, la quale a mio avviso è chiaramente indicatrice dell’intenzione strumentale del debitore. A maggior ragione, un ulteriore sintomo indicatore

⁽¹⁵⁹⁾ I. L. NOVERA, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in commento a: Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, pp. 387 e ss., 2012.

del rischio dell'abuso si rileva laddove la proposta di classamento non sia avanzata con la presentazione della domanda, ma in un secondo momento, quando cioè il debitore si renda conto che la sua proposta non sarebbe approvata dal ceto creditorio così organizzato.

Oltretutto, anche nell'ipotesi di modifica della suddivisione successiva al deposito della proposta vale lo stesso principio, quando sia palese che con il classamento originario i creditori non avrebbero accettato il concordato, la sua modifica potrebbe divenire un mero *escamotage* per ottenere un epilogo differente.

Queste ipotesi, come quelle che analizzeremo in seguito, sono espressione dell'idea che, a prescindere dalla considerazione delle peculiarità dei casi concreti, l'abuso di diritto nel concordato preventivo si annidi nell'uso che il debitore fa non del concordato, ma della domanda di ammissione ad esso.

Condivido pienamente l'opinione di chi in dottrina, nel distinguere tra domanda, piano e proposta⁽¹⁶⁰⁾ individua nella prima lo strumento suscettibile di essere abusato e premettendo che nel procedimento di concordato spetta al debitore gestire la fase di accesso alla procedura, ritengo inoltre, che egli disponga totalmente non solo della possibilità di depositare la domanda, ma anche, di modificarla o di rinunciarvi. È lo stesso legislatore che ammette tali condotte e per questa ragione nel considerare le possibilità di abusi è necessario tenere presente che non è ipotizzabile una casistica che le definisca a priori, poiché i tribunali, dovranno valutare di volta in volta i casi.

Con ciò si vuole sottolineare che nell'elencazione che procedo a svolgere non aspiro ad individuare delle ipotesi generali ed astratte di abuso, ma dei casi nei quali, sussistendo un rischio di abuso si ritiene necessario un sindacato in merito ad esso da parte del Tribunale.

In primo luogo ho individuato un'ipotesi di abuso indistintamente in tutti quei casi in cui il ricorso al concordato preventivo finisca per diventare esclusivamente un modo per prolungare i tempi processuali, volendo solamente ottenere il beneficio di procedere nell'esercizio dell'impresa sotto l'ombrello protettivo offerto dal concordato.

Tale effetto può essere ottenuto in diversi modi.

Il primo caso è quello in cui il debitore potrebbe servirsi della facoltà di modificare la proposta di concordato fino al momento dell'apertura delle operazioni di voto, per ottenere molteplici rinvii dell'adunanza dei creditori, prolungando così la durata della procedura e dei suoi effetti. Si sottolinea comunque che nonostante il debitore in questo caso modifichi la

⁽¹⁶⁰⁾ M. FABIANI, op. cit..

proposta, l'abuso non si annida nella modifica, ma nell'utilizzo dello strumento processuale deviato dal suo fine tipico, e quindi ancora nell'uso della domanda.

Quando il tribunale si chiederà se sussista o meno la condotta abusiva, dovrà concretamente considerare il contenuto delle modifiche, in quanto l'interesse e del debitore e dei creditori si evince, a nostro avviso, proprio dal contenuto della proposta stessa. In questo caso, se le modifiche siano concretamente migliorative della proposta nei confronti dei creditori e questi non avessero già chiesto il fallimento dell'imprenditore, non ritengo si possa individuare un abuso. Diversamente però, quando le modifiche siano pressoché inesistenti si rileva un abuso del concordato se ci sia una sproporzione tra l'interesse dei creditori al soddisfacimento in tempi brevi (accompagnato dal diritto ad essere messi nella condizione di esprimere il loro consenso informato in tempi processuali ragionevoli) e il perdurare della prima fase della procedura.

Le modifiche alla proposta possono a mio avviso effettuarsi anche durante il sub-procedimento di revoca, cioè in quei casi in cui siano state effettuate al tribunale segnalazioni dal commissario giudiziale, relative al compimento di atti in frode ai creditori da parte del debitore. Si accoglie la tesi per la quale non è possibile eliminare *tout court* a priori la possibilità di effettuare modifiche durante il procedimento di revoca, essendo nella fisiologia del concordato che ci sia una dialettica tra l'imprenditore e il commissario giudiziale. Anche in questo caso il tribunale dovrà considerare se le modifiche siano orientate ad offrire soluzioni migliorative della proposta o del piano o se siano finalizzate soltanto a sfruttare il momento di *impasse*, per prostrarlo il più a lungo possibile, danneggiando i creditori.

Sempre con riguardo all'uso della domanda, a mio parere, l'attenzione deve ora essere riposta anche nella possibilità di rinunciarvi.

I casi di abuso ipotizzabili sono i seguenti: 1) quando il debitore rinunci ad un concordato che palesemente non sarebbe stato approvato; 2) quando dopo aver rinunciato o depositi spontaneamente subito una nuova domanda o ricorra di nuovo al concordato subito dopo che i creditori abbiano depositato (subito dopo la rinuncia) un'istanza di fallimento nei suoi confronti; 3) quando la rinuncia serva ad evitare una pronuncia che nei due anni successivi osti alla presentazione di una nuova domanda di pre-concordato. Il tribunale dovrà verificare, anche in questo caso, il concreto interesse del debitore.

L'abuso nei primi due casi sussisterà quando la nuova proposta non abbia alcun carattere innovativo o migliorativo della precedente, mettendo così in luce come gli scopi del debitore siano o sfruttare i vantaggi offerti dal concordato o allontanare il momento della

dichiarazione di fallimento o entrambi, compromettendo gravemente l'interesse creditorio. I creditori mantenendo sempre la posizione di coloro che mirano al miglior soddisfacimento in tempi brevi, in questi casi, sono soggetti alle conseguenze della scelta del debitore, il quale vuole esclusivamente sfruttare l'iter processuale sottoponendo le loro ragioni ad un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato.

Con riferimento al terzo caso invece, la situazione è differente poiché si rileva che i comportamenti sono posti in essere solo per neutralizzare le conseguenze negative previste dal legislatore, il quale preclude l'ammissione ad una nuova domanda di concordato "in bianco" ex art. 161, comma 9, l. fall., quando il debitore nei due anni precedenti ne abbia presentata un'altra sempre per un pre-concordato e questa non sia stata ammessa. È evidente che lo scopo del debitore in questo caso sia soltanto quello di neutralizzare tali conseguenze negative prescritte, le quali derivano o da un agire procedurale o da un mancato adempimento dei presupposti formali da parte del debitore.

Si è ravvisato nell'art. 161, comma 9, l. fall. un caso di abuso codificato in quanto si ritiene che il legislatore abbia voluto prevenire per il concordato "in bianco" l'eccessiva dilatazione della durata del procedimento e degli effetti dell'*automatic stay*, preoccupandosi di evitare che il debitore possa ricorrere ad una reiterazione di più domande in bianco. Ciò tuttavia ci pare assolutamente un provvedimento inadeguato alle necessità del sistema. Uno dei casi di abuso sussiste proprio nella possibilità di reiterare le domande di concordato preventivo semplice e a seguito di una dichiarazione di inammissibilità e dopo aver rinunciato ad una precedente domanda. Il tribunale ancora una volta avrà il compito di verificare concretamente le intenzioni del debitore. Anche qui, il fatto che la nuova domanda non sia diversa dalla precedente o lo sia in maniera fittizia, è a mio avviso un sintomo del possibile uso strumentale di essa. L'organo giudicante deve svolgere un temperamento tra il diritto del debitore di offrire ai creditori una nuova soluzione potenzialmente migliorativa e quello dei creditori di una ragionevole durata della procedura concorsuale. Il discrimine tra abuso e domanda legittima in questo caso sta proprio nel carattere innovativo della domanda successiva.

Sempre con riguardo al concordato "in bianco" ho rilevato un rischio di abuso nella stessa fisionomia originaria dello strumento: con ciò intendo che, per come inizialmente configurato, il pre-concordato si prestava ancora più facilmente ad usi strumentali. Tale osservazione è stata confermata dallo stesso legislatore con le modifiche introdotte nel 2013: è stato inserito l'obbligo di depositare "l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione

dei rispettivi crediti” ed è stata aggiunta la possibilità per il tribunale di nominare il commissario giudiziale contemporaneamente alla presentazione della domanda di concordato con riserva. Questi interventi sono palesemente finalizzati ad evitare che il debitore ricorra a questo strumento senza alcuna intenzione di depositare successivamente la proposta ed il piano.

Lo scopo del pre-concordato è sì di agevolare gli imprenditori in crisi nell’organizzazione dell’impresa per affrontare nel migliore dei modi l’iter concorsuale al quale sono prossimi, però esso non può diventare l’unico interesse in causa. È stato necessario limitare i casi di ricorso totalmente privi di obiettivi riparatori o restitutori per tutelare l’interesse al miglior soddisfacimento dei creditori. Così, grazie alle “pronte” segnalazioni del commissario giudiziale, potranno essere individuati, in tempi ragionevoli, i “ricorsi strumentali al pre-concordato” cioè, quelli nei quali i debitori non utilizzano realmente il termine loro concesso per preparare un piano o una proposta, ma mirano esclusivamente a sfruttare il perdurare della procedura con tutti i vantaggi che da essa ne derivano.

In tutte queste ipotesi elencate, il bilanciamento assume un altro connotato quando nei confronti del debitore penda anche un’istanza di fallimento; essa rappresenta l’interesse dei creditori ad una pronta liquidazione, il quale contrasta totalmente con il perdurare della procedura concorsuale. Nello svolgere il contemperamento degli interessi il tribunale dovrà quindi tenere presente che il ceto creditorio aveva già espresso la sua preferenza per il fallimento, senza però valutare la convenienza in sé dell’alternativa concordataria.

Perché possa correttamente conciliarsi con l’interesse al fallimento, la prospettiva del concordato deve essere considerata astrattamente e concretamente legittima dal tribunale. A mio avviso, accogliendo la tesi espressa dal Tribunale di Terni⁽¹⁶¹⁾, nel *coordinamento* tra fallimento e concordato il tribunale deve svolgere un bilanciamento tra l’interesse del creditore a promuovere la soluzione fallimentare contro il debitore in stato di insolvenza e quello di quest’ultimo ad accedere agli strumenti alternativi per la soluzione della crisi. Secondo lo stesso tribunale la soluzione concordataria può essere preclusa per dare la precedenza al fallimento, quando: “1) la domanda di concordato preventivo non sia rituale e completa ai sensi degli artt. 160 e 161 l. fall.; 2) essa configuri un evidente forma di abuso dello strumento concordatario (magari per il tramite di condotte penalmente rilevanti, specie

⁽¹⁶¹⁾ Trib. Terni, 18 luglio 2012, in *Il caso.it*.

per il tramite di bancarotta); 3) essa pregiudichi evidentemente e irrimediabilmente una più proficua liquidazione fallimentare, in danno alla massa dei creditori”.

Sul punto si è soffermata anche la Corte di Cassazione⁽¹⁶²⁾, precisando che in caso di coesistenza di fallimento e concordato, spetta al tribunale “verificare in concreto il rapporto di priorità tra le procedure dando precedenza all’una ovvero all’altra purché nel rispetto indefettibile delle garanzie di difesa del debitore (nel procedimento fallimentare) e dei creditori (nel procedimento per concordato) comunque verificando che la proposta pattizia non abbia un intento meramente dilatorio e perciò abusivo”. Si condivide la tesi qui espressa, ritenendo coerente con il sistema l’idea che, pendente un’istanza di fallimento e un procedimento per concordato, spetti al tribunale la valutazione circa l’opportunità di far prevalere l’una o l’altra procedura.

L’organo giudiziario adito, svolgendo ancora una volta un contemperamento in concreto, valuterà in totale autonomia ciascun caso, tenendo presente che con il concordato potrebbero essere ottenuti risultati altrimenti non conseguibili attraverso la liquidazione fallimentare. Nell’esaminare il rapporto tra concordato e fallimento il Tribunale dovrà considerare soprattutto in che misura la soluzione concordataria sia potenzialmente peggiorativa, dovendo evitare che la prosecuzione dell’attività d’impresa aggravi la situazione “bruciando” risorse che vengono sottratte alla liquidazione fallimentare.

Si conclude quindi che non è possibile prevedere *ex ante* quale sia il giudizio prioritario tra concordato e fallimento e gli interessi in gioco dovranno essere valutati caso per caso. A mio avviso quindi sono configurabili ipotesi di abuso quando il debitore avveduto cerchi di sfruttare l’iter procedurale che deriva dal rapporto tra l’istruttoria fallimentare e la domanda di concordato, con il solo scopo di essere dichiarato fallito il più tardi possibile. È vero che il concordato è uno strumento alternativo al fallimento, ma l’imprenditore non può tentare di accedervi solo per evitare le più gravi conseguenze derivanti dalla dichiarazione di fallimento incombente.

Quando penda un’istanza di fallimento nei suoi confronti l’imprenditore è legittimato a richiedere il concordato, ma la sua domanda non deve denotare alcun intento frodatorio o strumentale, alla stregua del bilanciamento in concreto degli interessi in causa. I creditori che abbiano già chiesto il fallimento, hanno già espresso il loro interesse ad una “pronta” dichiarazione di fallimento e tale aspetto deve essere considerato dal tribunale quando valuterà l’ammissibilità della domanda. Non si tratta di svolgere un’analisi sulla convenienza

⁽¹⁶²⁾ Cass. Civ., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190, in *Il Fallimentarista.it*.

della proposta concordataria in sé, bensì di confrontare concretamente gli interessi e del debitore e del ceto creditorio, affinché il concordato non finisca per garantire meramente le necessità dell'imprenditore.

Grazie al deposito della domanda di concordato il debitore è protetto da azioni esecutive e cautelari e potrà giovare dell'effetto esdebitativo, il quale invece non è previsto per il fallimento. Nei casi di abuso si è visto come il debitore non cerchi di sfruttare l'ombrello protettivo offerto dal concordato per continuare a condurre l'attività d'impresa indenne da azioni esecutive e cautelari con finalità ripristinatorie o recuperatorie, ma solo con lo scopo di allontanare il momento dell'incombente dichiarazione di fallimento, finendo per peggiorare anche le sorti di questa. Nel concordato non si interrompe l'attività d'impresa (salvo il caso del concordato in liquidazione) anzi essa continua in maniera agevolata, con il rischio di ripercussioni negative sul patrimonio dell'imprenditore, e quindi sull'attivo di un eventuale futuro fallimento.

Ho descritto quali siano le ipotesi che possano espletarsi in abusi di concordato, riconoscendo al Tribunale il potere di sindacare in concreto le differenti fattispecie. Il riconoscimento di tale potere non deriva direttamente dalla legge, ma si può dedurre dalla *ratio* complessiva del sistema concorsuale. Si è visto come e la giurisprudenza di merito e quella di legittimità negli ultimi anni abbiano sempre più spesso riconosciuto all'organo giudicante il potere di "controllo sulla regolarità della procedura, non limitandolo, ai soli dati formali, ma come espressione dei poteri officiosi del tribunale nelle tre fasi dell'ammissione, dell'eventuale revoca e dell'omologazione del concordato".⁽¹⁶³⁾

A mio parere, con specifico riferimento al ruolo del tribunale, è peraltro doverosa una puntualizzazione: qualsiasi giudizio su condotte abusive dovrà svolgersi in posizione gerarchicamente secondaria rispetto al rilievo delle fattispecie tipiche previste *expressis verbis* dal legislatore per bloccare il normale incedere della procedura concordataria.

Per un'analisi più corretta della questione è d'obbligo distinguere tra ammissione, eventuale revoca ed omologazione.

Rispettivamente con riferimento alla prima si sostiene che essa sia caratterizzata dalla valutazione dei presupposti di ammissibilità ex art. 162 l. fall. comprendendo tra essi, dopo il 2013, anche la valutazione sulla "fattibilità giuridica" del piano. Per "fattibilità giuridica" la Corte di Cassazione ha inteso il giudizio sulla compatibilità della proposta con le norme inderogabili, senza però spingersi oltre, offrendo una definizione tutt'altro che esaustiva.

⁽¹⁶³⁾ Cass. Civ., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 12533, in *Il caso.it*.

Con riguardo alla fase di eventuale revoca, il giudizio tipicamente si svolge quando sussistano “atti di frode” cioè, quei comportamenti posti in essere dal debitore anteriormente alla procedura di concordato preventivo volti “ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, che esse siano state “accertate” dal commissario giudiziale, cioè da lui “scoperte”, essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori”.⁽¹⁶⁴⁾ Esso non riguarda invece quegli atti finalizzati a sfruttare l’incedere della procedura concordataria per allontanare il momento del fallimento o per usufruire dell’ombrello protettivo delle azioni esecutive e cautelare, che rende agevole l’esercizio dell’attività d’impresa in presenza di situazioni di crisi. Cioè, quegli atti totalmente privi sia di finalità conservative che liquidatorie.

Da ultimo, rispetto alla fase di omologazione, il compito del tribunale è prima di tutto quello di stabilire che l’atto stipulato tra i privati sia conforme alla legge, perché ne rispetta i limiti previsti e perché porta ad una soluzione in cui gli interessi in causa sono correttamente tutelati.

L’esito della mia ricerca dimostra che in tutte queste fasi, oltre a questi poteri tipici, riserva al tribunale il potere costante di reprimere anche quelle condotte illegittime da parte dei soggetti che integrino un abuso di diritto in tutte le sue diverse ipotesi già descritte. Infatti, sostengo che la valutazione di eventuali condotte abusive faccia parte del giudizio che il tribunale svolge in quanto autorità preposta al controllo della correttezza e regolarità della procedura, il quale gli è riconosciuto sulla base dei principi generali di diritto civile, avendo definito il concordato come “un contratto che si perfeziona a maggioranza”.

Una volta individuato l’abuso, lo stesso tribunale è legittimato a sanzionarlo. Nonostante si riconosca al tribunale il potere di intervento in quei casi in cui si ravvisino condotte strumentali l’abuso però, non deve diventare un modo per l’organo giudicante di riappropriarsi di poteri dei quali è stato privato con le recenti modifiche legislative.

Bisogna distinguere tra quelle condotte illecite e illegittime che comportano l’inammissibilità, la revoca o la negata omologazione e i comportamenti scorretti che integrano un abuso del concordato. Il Tribunale deve prima occuparsi di valutare che gli atti e i comportamenti vengano posti in essere nel rispetto della legge fallimentare e secondariamente, prendere in considerazione eventuali ipotesi di abuso.

⁽¹⁶⁴⁾ Cass. Civ., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 12533, in *Il caso.it*.

Il rilievo dell'abuso di diritto deve rimanere marginale e secondario, deve essere un mezzo di garanzia per le parti, non un modo per permettere ancora al Tribunale di svolgere una valutazione nel merito superando tutti i limiti che gli sono stati posti dal legislatore che le recenti riforme. In alcune delle sentenze che ho letto ho notato come ci sia una palese incongruenza tra il ruolo che il Tribunale ha e quello che astrattamente gli è riservato per legge. Pare che i Tribunali vogliano mantenere la stessa posizione che avevano ante riforma, facendo dell'abuso lo strumento per riappropriarsene.

A mio avviso però, "Il giudizio da parte degli organi della procedura non può sostituirsi alla valutazione negoziale e pragmatica, priva di criteri morali, che il legislatore della riforma pare aver riservato in via assoluta, al di là di ogni giudizio di *meritevolezza*, ai creditori".⁽¹⁶⁵⁾

Prima del 2005 le sorti della procedura erano invece totalmente nelle mani dell'organo giudicante, il quale poteva valutare la *meritevolezza* dell'imprenditore, considerando il suo trascorso imprenditoriale, e dichiararne il fallimento se il concordato non andasse a buon fine. Oggi, il richiamo all'abuso di diritto non può diventare un *escamotage* per valutare nel merito la domanda di concordato, perché il ruolo al quale il tribunale è stato destinato è prima di tutto quello di garante della legittimità della procedura in termini di realizzabilità (a mio avviso concreta) corretta e regolare del concordato.

È necessario a questo punto, che anche le reazioni e sanzioni alle vere e proprie violazioni di legge siano ben distinte da quelle sull'uso abusivo e strumentale del concordato. Quando la domanda sia inammissibile, sussistano atti in frode ai creditori o il concordato non sia omologabile l'ordinamento prevede già come sanzione *ad hoc* quella dell'interruzione del normale iter procedurale, la quale non va però confusa con quella esperibile in caso di abuso di concordato. Infatti, il risultato è il medesimo in entrambi i casi poiché si nega all'imprenditore l'accesso al concordato, ma il presupposto dal quale esso deriva è totalmente differente. Nel primo caso la sanzione consegue ad una violazione della legge fallimentare mentre nel secondo essa deriva dall'inosservanza dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

In linea con tali principi, si ritiene che la sanzione idonea all'abuso del concordato sia di interrompere l'incedere della procedura nelle varie fasi, rispettivamente, dichiarandone l'inammissibilità, disponendone la revoca o negandone l'omologazione.

⁽¹⁶⁵⁾ App. Milano, 10 gennaio 2014, in *Il caso.it*.

È molto più frequente che le condotte abusive vengano rilevate prima della fase di omologazione, residuando a quest'ultima una casistica molto più limitata, potendo essere revocato il concordato fino al deposito del decreto di omologa.

La ragione per la quale si sceglie questa sanzione trova la sua giustificazione nelle regole generali sull'abuso di diritto. Nella recente prassi civilistica si è scelto come rimedio per l'abuso di diritto quello dell'*exceptio doli*, preferendo la tutela reale a quella risarcitoria. Esso determina la disapplicazione delle norme che vengono invocate in maniera illecita, causando la reiezione della domanda e proponendosi come strumento di natura difensiva.⁽¹⁶⁶⁾ A conferma di questa tesi la recente giurisprudenza dalla quale si evince che anche i tribunali fallimentari abbiano accolto per l'abuso del concordato preventivo una tutela reale, riconducibile all'*exceptio doli*.

Di fronte a condotte strumentali da parte dei debitori i tribunali hanno reagito, con la dichiarazione di inammissibilità della domanda, con la revoca dell'ammissione o con la negazione dell'omologa, a seconda della fase del procedimento in cui sono state rilevate. A mio avviso tale approccio è coerente con l'orientamento delle varie riforme che il legislatore ha posto in essere a partire dal 2005.

Tra le modifiche più importanti infatti, ha avuto un ruolo preponderante l'eliminazione del potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento quando la procedura concordataria non andasse a buon fine. In linea con questa novità, la dichiarazione di fallimento *ex officio* non è pensabile come sanzione *ad hoc* per l'abuso di concordato, proponendosi invece come soluzione idonea la mera interruzione dell'iter procedurale.

In questo complessivo contesto, allo stato attuale, l'ordinamento propone quindi per i casi di abuso di concordato una tutela reale *ex post*, la quale non è comunque sufficiente per migliorare le condizioni economiche in cui versano attualmente i soggetti economici. È doveroso notare che quando il legislatore della riforme si è posto come obiettivo quello di agevolare gli imprenditori nello stato di crisi ha tralasciato il fatto che nella maggioranza dei casi, anche le controparti nei concordati sono a loro volta imprenditori.

La soluzione da proporsi dovrebbe essere più armonica ed equilibrata, tenendo presente che il ricorso al concordato deve essere finalizzato al miglioramento della situazione economica nel suo complesso e non solo a rendere più agile l'attività d'impresa per il debitore. Il bilanciamento del sistema, per com'è oggi, finisce per essere inevitabilmente il ricorso all'abuso di diritto, ma tale soluzione deve essere limitata al minimo, in quanto come

⁽¹⁶⁶⁾ F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2008.

si è visto non si configura come un mezzo realmente idoneo ad offrire una sanzione effettivamente riparatoria dei danni causati dall'imprenditore in stato di crisi durante il periodo di "concordato abusivo".

Per concludere la mia ricerca ho voluto cercare di proporre alcune soluzioni al fine di prevenire e bloccare quanto prima possibile le diverse condotte strumentali che ho individuato, mantenendo ferma l'idea dell'esigenza di una forte libertà gestoria della crisi in capo al debitore.

A mio parere sussiste un evidente equivoco logico nell'equivalenza tra autonomia privata e libertà incondizionata delle parti. Senza alcun dubbio si deve mantenere l'idea che il concordato sia un accordo tra il debitore e i creditori, ma allo stesso tempo non è ipotizzabile che la conclusione di detto negozio possa avvenire senza alcun intervento dell'autorità giudiziaria. L'aspetto che secondo me attribuisce carattere prevalentemente negoziale al concordato preventivo non deve risiedere nell'idea che le parti siano totalmente incondizionate nelle loro scelte, ma nel fatto che la proposta economica del debitore formalmente legittima, sia soggetta esclusivamente all'accettazione dei creditori.

La concezione contrattualistica del concordato è innegabilmente rischiosa: bisogna evitare che esso diventi sempre di più uno strumento di abuso per il debitore, cercando di porre rimedio allo squilibrio tra la posizione del proponente e quella dell'accettante. Se non si interviene in questo senso l'abuso del concordato rischia di diventare una prassi costante nelle procedure poiché il debitore, consapevole dei vantaggi che anche solo temporaneamente il concordato offre, cercherà sempre di accedervi, anche nel caso in cui un epilogo negativo sia facilmente prevedibile. La procedura, in quanto tale, deve garantire il rispetto delle prerogative previste dal legislatore e dei principi generali dell'ordinamento.

Dalla ricerca svoltasi è emerso che il concordato preventivo, per com'è attualmente strutturato, si presta facilmente ad abusi sia per la mancanza di coerenza sistemica, che per la quasi totale assenza di strumenti di intervento per i creditori, continuando a rimanere peraltro, uno strumento di esclusiva disponibilità del debitore.

A mio avviso, soffermandosi su questo aspetto, una soluzione plausibile per limitare non solo gli abusi, ma anche le condotte illecite e illegittime degli imprenditori in stato di crisi, sarebbe proprio quella di offrire anche al ceto creditorio, il potere di richiedere il concordato. Credo che questo sia un metodo idoneo ad evitare che i debitori ricorrano al concordato "troppo tardi" quando ormai la situazione è compromessa e le prospettive risanatorie e recuperatorie sono pressoché inesistenti.

L'imprenditore non può più essere visto come l'unico soggetto in grado di avvedersi dello stato di crisi e di porvi rimedio. I creditori, potendo a loro volta presentare una proposta di concordato preventivo, assumerebbero un ruolo attivo nell'iter procedurale, per lo più intervenendo nel momento che considerano più opportuno in prospettiva di conservazione della ricchezza. Questa modifica comporterebbe non solo un riequilibrio tra le posizioni dei soggetti in causa, ma anche una maggiore efficienza degli strumenti di conservazione della crisi, i quali non si sono rivelati concretamente utili al risanamento delle imprese, diventando spesso delle anticamere al fallimento.

A questo punto però, concependo lo stato di crisi come "disponibile" ad entrambe le parti è doveroso occuparsi di prevedere degli strumenti idonei ad identificarlo e che ne impediscano un abuso, questa volta non da parte del debitore, ma dei creditori. Mi riferisco alle misure di allerta e prevenzione, le quali erano già state prese in considerazione dalla Commissione Trevisanato prima della riforma del 2005, e a mio avviso dovrebbero essere riprese per essere introdotte.

Con riferimento da ultimo ad una questione sistemica, a mio parere infine non è corretto prevedere una disciplina *sui generis* per il concordato in bianco, differenziandolo dalle altre tipologie per quanto attiene alle garanzie processuali. L'ultimo intervento del legislatore del 2013, per essere concretamente efficace, non può rimanere isolato, e dovrebbe essere armonizzato al resto della disciplina.

Bibliografia

- L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Il Fallimento*, 2008.
- G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 2006.
- G. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, Cedam, 2008.
- S. AMBROSINI, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità*, in *IlFallimentarista.it*, 2011.
- S. AMBROSINI- M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in *IlFallimentarista.it*, 2014.
- R. BELLE, *Convenienza e legittimità sulle soluzioni concordatarie*, in *Il Fallimento*, 2012.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, Ristampa 1960.
- E. BERGAMO, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Giur.it*, 2004.
- M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1993.
- S. BONFATTI- P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, 2011.
- R. BONSIGNORE-P. RAINELLI, *Abuso del concordato preventivo "con riserva"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014.
- A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, Zanichelli, 1979.
- P. BOSTICCO, *Evoluzione del concordato dopo il decreto Sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2014 .
- G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, 2005.
- U. BRECCIA, *L'abuso di diritto*, in *Diritto Privato*, 1997.
- S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *DUE*, 2003.
- A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937.

- L. CAPRIO, *L'efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia, un'interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in L. CAPRIO, *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, 1997.
- F. CARINGELLA- G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2008.
- F. CASA, *Del rapporto dell'istruttoria fallimentare e concordato preventivo: le vecchie categorie della sospensione e dell'improcedibilità e i nuovi idoli dell'abuso del diritto e del processo*, in *Il Fallimento*, 2012.
- P. F. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2013.
- P. F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in *Il caso.it*, 2013.
- F. COMMISSO, *Reiterate domande di concordato preventivo ed abuso del diritto*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.
- G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010.
- G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013.
- T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto civile*, 2008.
- U. DE CRESCENZO-L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005.
- F. DE SANTIS, *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio "permanente" della fattibilità del piano*, in *Il Fallimento*, 2013.
- F. DE SANTIS, *Rapporti tra i poteri delle parti e i poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Il Fallimento*, 2013.
- A. DI MAJO, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Il Fallimento*, 2013.
- A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 2000.
- M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009.
- M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, 2011.
- M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata delle crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *Il caso.it*, 2012.

M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013.

M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2013.

G. FALCO, *La buona fede e l’abuso del diritto*, Giuffrè, 2014.

P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013.

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

G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III edizione, Padova, 2014.

A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988.

M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo la cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in *IFallimentarista.it*, 2011.

A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in *IFallimentarista.it*, 2012.

M. GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre la domanda di concordato preventivo quale ipotesi di soluzione alternativa*, in *IFallimentarista.it*, 2012.

G. GIURDANELLA, *Percentuali e tempi di realizzo nel concordato preventivo e controllo del tribunale*, in *Il Fallimento*, 2013.

F. GRECO, *Il concetto di “causa in concreto” nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, in *ilcaso.it*, 2014.

M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova revocatoria e del nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005.

A. DI IULIO, *Concordato preventivo e istruttoria fallimentare tra consequenzialità logica e abuso del diritto*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

F. LAMANNA, in *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *Il Fallimentarista.it*, 2012.

F. LAMANNA, *Il decreto del “fare” e le nuove misure di controllo contro l’abuso del preconcordato*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

F. LAMANNA, *Possibilità di consecutio solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

M. M. LAZZARA, *La dichiarazione di fallimento “conseguente” a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2, 2014.

G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il Fallimento*, 2005.

G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fallimento*, 2008.

G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2010.

G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, 2011.

G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fallimento*, 2012.

G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012.

G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013.

G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Il Fallimento*, 2013.

F. MACRI, *L’abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Il Fallimento*, 2014.

V. A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in ANTONIO PIRAS, *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum*, Torino, 2010.

- G. B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Il Fallimento*, 2013.
- G. B. NARDECCHIA, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2014.
- I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n 3-4, 2014.
- G. M. NONNO- R. D'AMORA, *Revoca della proposta*, in M. FERRO –A. RUGGERO- A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009.
- A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il mulino, 2013.
- S. PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005.
- I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità nel piano di concordato*, in *Il Fallimento*, 2013.
- F. PASQUARIELLO, *Il concordato in continuità*, Università di Trento, 27 nov. 2013.
- S. PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957.
- A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Il Fallimento*, 2012 .
- A. PENTA, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2008.
- A. PENTA, *Il concordato con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012.
- A. PENTA, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014.
- A. PENTA, *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Il Fallimento*, 2014.
- G. PRESTI, *Rigore è quando l'arbitro fischia?*, in *Il Fallimento*, 2009.
- G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008.

M. RANIELI, *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a concordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti di frode*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

P. RESCIGNO, *Contratto*, E.G. II, Roma, 1988.

E. RICCARDIELLO, *La rilevanza degli atti di frode anteriori all'apertura del concordato tra disclosure del debitore e poteri di "accertamento" del commissario giudiziale*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011.

M.A. RUSSO, *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*, in *Il Fallimentarista.it*, 2013.

R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984.

C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, L. I, Roma, 1988.

L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato con riserva*, in *Il Fallimento*, 2013.

P. SCHLESINGER, *Proposta per una nuova procedura concordataria di soluzione di crisi aziendali*, in C. PICCININNI- M. SANTORINI, *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, Roma, 2002 .

L. STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2006.

L. STANGHELLINI, *Proposta di concordato*, in A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007.

L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013.

A. TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il "cigno nero"*, in *Il caso.it*, 2011.

M. VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, commento a App. Torino 19 giugno 2007, in *Il Fallimento*, 2007.

P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, 2013.

V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, UTET, 2010.

RINGRAZIAMENTI

Al termine di questo percorso non è facile menzionare e ringraziare tutte le persone che ne hanno fatto parte.

Comincio da me stessa, quando ho iniziato non sapevo a cosa andassi incontro e ci sono stati molti momenti in cui ho pensato di non farcela.

Grazie alla forza delle parole, ma soprattutto quella dei sentimenti veri, che ci aiutano a non sentirci mai soli, con la convinzione che la cosa più importante e affascinante al mondo siano i rapporti tra le persone, sono riuscita a farmi coraggio e a fronteggiare le diverse difficoltà che mi si sono presentate.

Prima di tutto ci tengo a ringraziare tutti coloro che hanno saputo “andare oltre” cercando di capirmi, anche quando il mio modo di fare non era loro d’aiuto.

Poi ringrazio chi non c’è più per avermi in qualche modo avvicinata alla cultura: mia nonna Silvia, la quale quando ero bambina non perdeva occasione per raccontarmi cosa succedeva al mondo con i suoi metodi da “maestra di una volta” e le sue canzoncine bizzarre. Il mio ricordo di quei momenti è rimasto nitido e sono convinta che abbiano contribuito ad aiutarmi a sviluppare sempre più curiosità nella vita di tutti i giorni e nello studio.

Ringrazio il suo compagno di vita, mio nonno Silvano, il quale dopo aver cresciuto due figli, ha avuto la tenacia e l’orgoglio di aiutare a diventare grandi anche i suoi due nipoti, io e mio fratello Simone.

Ringrazio immensamente mia madre, donna di energia smisurata e coraggio da vendere. Ha saputo educare me e Simone, facendoci capire quali siano i valori importanti nella vita, riuscendo a prepararci per affrontare al meglio il mondo.

Un grazie speciale a mia zia Ingrid, un’altra vera donna, una persona di grande integrità e semplicità che mi ha sempre accolta sotto la sua ala protettiva, senza farmi mai sentire un peso.

Ringrazio il miglior Dottore di sempre, Marco Quamvis: grazie per aver saputo essere sempre presente e per non aver mai perso occasione per sottolineare quanto credessi in me.

Ringrazio le mie due Valentine per esserci sempre state.

Rivolgo un pensiero speciale a tutti coloro che ho incontrato dentro e fuori la facoltà di Giurisprudenza, a quelli che hanno contribuito a rendere più stimolanti e più divertenti i miei anni a Trento, ai miei amici dell'Università.

Ringrazio la Prof.ssa Elisabetta Pederzini per la sua disponibilità e professionalità, per i preziosi consigli e per l'empatia mostratami sin dal primo momento.

Ringrazio tutte le persone che mi sono state vicine in questi ultimi mesi.

Infine, ringrazio Davide, il mio ragazzo, ma prima di tutto una persona della quale ho stima e rispetto smisurati.

Grazie per la tua comprensione, dolcezza, purezza, semplicità, intraprendenza e generosità.

Grazie per aver reso quest'ultimo anno speciale e per essere presente nella mia complicata quotidianità, per la "ventata di aria fresca" che porti sempre con il tuo sorriso.

Spero che questo sia solo il primo di una lunga serie di traguardi da raggiungere insieme.

