



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Dipartimento di Giurisprudenza

Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Art. 173 l. f.: la spia della legalità

Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Stefania Pacchi

Correlatore:
Chiar.mo Prof. Filippo Dami

Candidata:
Adele Pessolano

ANNO ACCADEMICO 2014 - 2015

INDICE

Introduzione.....	5
-------------------	---

Capitolo 1

Quadro giuridico di riferimento: concordato preventivo e art. 173 l. fall.

1. Il concordato preventivo in sintesi.....	8
1.1. L'incerta (mista) natura giuridica dell'istituto.....	14
1.2. La causa concreta del concordato preventivo.....	19
1.3. Disposizioni in materia di concordato preventivo: in particolare, le fasi del procedimento.....	22
2. La revoca del concordato preventivo: <i>ratio</i>	25
2.1. Il vecchio art. 173 l. fall.....	27
2.2. L'attuale art. 173.....	32
2.3. La disciplina sostanziale dell'art. 173.....	34
2.4. Atti di frode (cenni).....	37
2.5. Il procedimento di revoca: un cenno (si rinvia al Capitolo 5).....	42
3. Altre ipotesi di procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173.....	44

Capitolo 2

Atti in frode e altre fattispecie rilevanti ai fini della revoca.

1. Problematiche attuali sull'interpretazione delle fattispecie previste dall'art. 173 l. fall.....	47
2. Nozione di frode e di "atti di frode".....	49
2.1. Atti anteriori e atti successivi.....	53
3. Condotta del debitore: la volontà di ingannare (dolo).....	54
4. Rilevanza <i>disclosure</i> del debitore.....	56
4.1. Una critica alla "confessio salvifica" e la sua confutazione.....	65
5. Gli atti di frode anteriori alla domanda di concordato (art. 173, comma 1).....	69
5.1. Atti di frode tipici.....	70
5.2. Gli "altri atti di frode": una formula di chiusura.....	74
6. Gli atti pregiudizievoli compiuti nel corso della procedura (art. 173, comma 3).....	76

Capitolo 3

L'art. 173, comma 3: revoca per mancanza delle condizioni di ammissibilità.

1. Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo e l'art. 173, comma 3: premessa.....	80
1.1. La fattibilità del piano come condizione di ammissibilità.....	82
1.2. La fattibilità del piano: più tesi contrapposte.....	83
1.3. L'intervento delle Sezioni Unite (sent. 1521/2013).....	85
1.4. Il sindacato del tribunale dopo le Sezioni Unite.....	92
2. Analisi della novella del 2015 in relazione alla fattibilità del piano.....	100
2.1. Le proposte concorrenti e (il sindacato del tribunale).....	105
2.2. Conseguenze della l. 132/2015 sul sindacato del tribunale: un riepilogo.....	111
3. Revoca per mancanza delle condizioni di ammissibilità (art. 173, comma 3).	114
3.1. Conseguenze della l. 132/2015 sulla revoca <i>ex art.</i> 173: la proposta del debitore e le proposte concorrenti.....	117

Capitolo 4

Il ruolo del commissario giudiziale nella procedura di revoca *ex art.* 173.

1. Il supporto informativo dei creditori: la relazione del commissario giudiziale.....	120
2. Il ruolo del commissario giudiziale nel procedimento di revoca <i>ex art.</i> 173, comma 3.	124
3. Il commissario giudiziale nella fase esecutiva: il novellato art. 185 l. fall.....	125

Capitolo 5

Il procedimento di revoca e altre ipotesi *ex art.* 173.

1. La procedura di revoca di cui all'art. 173, comma 2, l. fall.....	127
2. L'art. 173, comma 3, nella fase di omologa.	131
3. L'art. 173 e la fase esecutiva (art. 185, comma 6).	134
4. Il diverso caso dell'art. 179, comma 2, l. fall.	138
5. L'art. 173 e l'abuso del diritto, o meglio, del processo.	142

Capitolo 6

Modifica e rinuncia alla domanda di concordato nel corso del sub-procedimento di revoca *ex art.* 173 l. fall.

1. Premessa.....	147
1.1. La modifica della proposta.....	149
1.2. La rinuncia o la revoca della proposta di concordato.....	151
1.3. Le possibili conseguenze in caso di revoca <i>ex art.</i> 173 l. fall.....	153
2. Modifica e rinuncia alla proposta di concordato nel corso del sub-procedimento di cui all'art. 173.....	155
2.1. La rinuncia alla domanda di concordato nel corso del sub-procedimento di revoca <i>ex art.</i> 173 e le proposte concorrenti.....	159

3. La presentazione di una nuova proposta (a seguito della rinuncia a quella precedente durante il procedimento <i>ex art. 173 l. fall</i>).....	160
---	-----

Capitolo 7

Il regime impugnatorio del decreto di revoca *ex art. 173 l. fall.*

1. Premessa.....	163
1.1. La Cassazione sul regime impugnatorio del decreto di revoca.....	163
2. Reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento che segue il decreto di revoca.....	166
3. Reclamabilità del decreto di revoca non accompagnato dalla sentenza di fallimento.....	168
Conclusioni	171
Bibliografia	176

www.osservatorio-oci.org

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di tesi ha lo scopo di offrire una trattazione organica dell'art. 173 l. fall., una norma centrale della disciplina concordataria, sia sul piano sostanziale che processuale: essa, infatti, prevede il c.d. sub-procedimento di revoca che determina l'arresto del concordato preventivo, al verificarsi di determinate condizioni specificamente previste, con possibilità di dichiarare il fallimento del debitore.

La norma non è stata direttamente coinvolta dalle ultime riforme del diritto fallimentare, neppure dall'intervento legislativo dello scorso agosto, tuttavia si trova ormai da tempo nel mezzo di dispute dottrinali e giurisprudenziali sul concordato preventivo: questo accade perché il suo tenore letterale non permette un'interpretazione univoca, quindi viene richiamata da orientamenti anche contrapposti fra loro, che la utilizzano per dimostrare le loro rispettive tesi, ognuno leggendovi argomenti a proprio favore.

D'altra parte il legislatore è intervenuto raramente sulla norma medesima, e quando lo ha fatto, si è trovato sempre in ritardo: si potrebbe dire che è intervenuto quando qualcuno gli ha fatto notare che la norma "stonava" con la mutata disciplina generale dell'istituto concordatario.

L'art. 173, infatti, si inserisce nell'annosa disputa sulla natura giuridica del concordato preventivo (è un contratto o una procedura?), tutt'altro che sopita, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, che hanno abbracciato la visione privatistica dell'istituto, ma hanno sottolineato anche l'esistenza di "evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici".

Negli anni la concezione del legislatore intorno al concordato preventivo è mutata: in particolare, dal 2005 in poi si sono registrati vari interventi normativi che sono andati nella direzione della privatizzazione, o, com'è stato detto, della disintermediazione giudiziaria: il legislatore ha lasciato ampio spazio all'autonomia privata, all'accordo fra debitore e creditori, con un ruolo più defilato degli organi (pubblici) della procedura, tuttavia pronti ad intervenire, qualora una delle parti, in genere il debitore, violasse la buona fede propria di ogni tipo di accordo privatistico.

E l'art. 173 è la norma cardine di questo controllo "dall'alto".

Infatti, il tribunale, dopo una prima verifica iniziale circa l'esistenza dei requisiti di ammissibilità del concordato, svolge un'attività di controllo, per lo più attraverso il commissario giudiziale, sulla correttezza delle operazioni concordatarie: qualora venisse meno la legalità della procedura, per dolo del debitore o anche per cause oggettive (ci si riferisce all'art. 173, comma 3, ultima parte), potrebbe arrestare la procedura in qualunque momento.

Quindi l'art. 173 è la norma che consente al tribunale, anche in un'ottica prevalentemente privatistica del concordato preventivo, di intervenire per evitare possibili abusi di un istituto che ancora oggi è visto come un beneficio per l'imprenditore in crisi.

Sebbene siano venuti meno i requisiti soggettivi di meritevolezza, che in passato riservavano il concordato preventivo agli "imprenditori onesti ma sfortunati", l'istituto concordatario rimane un'ancora di salvataggio per l'imprenditore che voglia "negoziare i debiti" con i propri creditori nel rispetto della buona fede e della trasparenza, e dei principi del diritto concorsuale, primo fra tutti il rispetto delle cause legittime di prelazione.

Anche a seguito della riforma dello scorso agosto, che sembra aver dato un'impronta diversa al concordato, in un'ottica di maggiore prevenzione dei possibili abusi dello strumento medesimo, l'art. 173 rimane il principale parametro della legalità della procedura.

Alla luce di quanto si è detto, si procederà inquadrando la norma nell'ambito della disciplina dedicata al concordato preventivo, per poi passare alla trattazione delle questioni che la riguardano direttamente, allo scopo di individuarne l'interpretazione maggiormente rispondente alla concezione odierna del concordato medesimo e agli approdi della più recente giurisprudenza di legittimità.

www.osservatorio-oci.org

CAPITOLO 1

QUADRO GIURIDICO DI RIFERIMENTO: CONCORDATO PREVENTIVO E ART. 173 L. FALL.

1. Il concordato preventivo in sintesi.

Il c.d. procedimento di revoca del concordato preventivo, che già impegna per aspetti propri, si inserisce in una “diatriba”, su cui dottrina e giurisprudenza si spendono da decenni: l’autonomia privata e il sindacato giudiziale si allargano e si restringono (in maniera inversamente proporzionale), talvolta per volere di una legge, tal’altra per mano di interpreti del diritto.

A tal proposito, si riporta fedelmente quanto scrive R. Bellé riguardo agli strumenti di risanamento di una crisi d’impresa: “Sullo sfondo permane la vecchia diatriba tra convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie, quasi a chiedersi se sia meglio che tutto sia rimesso alla valutazione delle parti oppure se il giudice debba farsi carico di verificare la legittimità degli accordi per evitare abusi e compromessi tra interessi anche esterni.”¹

“Ormai nessuno più dubita che l’impresa in crisi debba essere recuperata, costituendo un valore che non può essere perduto. [...] Curare che l’impresa in crisi non sia abbandonata ed evitare il deterioramento di una situazione economica e finanziaria compromessa è divenuta un’esigenza imprescindibile dalla quale scaturisce la necessità di ricorrere agli strumenti di salvataggio previsti dall’ordinamento giuridico.”²

Infatti, nel nostro ordinamento, il ricorso agli strumenti di risanamento preventivi (che potremmo definire di tipo privatistico)³ è liberamente attribuito all’imprenditore che intenda

¹ R. Bellé, Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie, in Fall., 2012, 5, p. 511.

² Cfr. G. Lo Cascio, Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi, Milano 2015, p. 1.

³ Si tratta del piano di risanamento attestato, degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo.

Abete L., *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n.1521/2013 delle Sezioni Unite.*, in D.F., 2013, 6, p. 867 ss., ritiene che “la disciplina fuoriuscita dalla <<riforma>> [...] ha creato una nuova generale tipologia negoziale, più esattamente ha dato corpo al *genus* dei negozi di regolazione della crisi di impresa. A tale *genus* vanno ascritti, quali singole *species*, il contratto di concordato preventivo, gli accordi, *recte* i contratti di ristrutturazione dei debiti, il negozio unilaterale a contenuto patrimoniale di cui all’art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., ossia il piano attestato di risanamento e di riequilibrio”.

risolvere i problemi economico-finanziari della propria impresa (ossia, la temporanea incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni) per evitare di andare incontro al fallimento. E questo modo di affrontare la crisi di un'impresa consente di salvaguardare anche altri interessi, di carattere privatistico (ci si riferisce ai creditori dell'imprenditore) e di carattere pubblicistico (ovvero l'occupazione lavorativa e l'economia nazionale), altrettanto meritevoli di tutela.

Il concordato preventivo, rispetto agli strumenti concorsuali alternativi, assicura una particolare tutela giudiziale di cui beneficiano sia il debitore che i creditori: il debitore ha la possibilità di ottenere l'esdebitazione e, qualora lo volesse, di proseguire la sua attività d'impresa, nel rispetto della legge e del piano di concordato; i creditori godono di maggiori garanzie nella realizzazione del loro scopo soddisfacente, dal momento che il debitore è vincolato al concordato e la procedura viene monitorata dal commissario giudiziale, nominato all'uopo dal tribunale⁴.

A differenza del passato, inoltre, la nuova procedura è avviata senza che siano più richieste qualità personali o presupposti che riservino il concordato, quale mezzo alternativo alla liquidazione fallimentare, "all'imprenditore onesto, ma sfortunato" (secondo la vecchia concezione assunta nella trascorsa disciplina)⁵. *"E' indifferente che lo stato di crisi sia dipeso da cause imputabili al debitore o da eventi del tutto estranei alla sua volontà."*⁶

Dunque si tratta di uno strumento che, a seguito delle varie riforme che si sono succedute, è diventato molto più accessibile a quanti intendano proporre ai propri creditori un accordo per il "bene comune", cioè per salvare l'impresa e soddisfare le pretese creditorie.

In base alla disposizione dell'art. 160 l. fall., che integra le norme dettate dagli artt. 1 e 3, della medesima legge, possono essere ammessi alla procedura di concordato preventivo gli imprenditori assoggettabili a fallimento o a liquidazione coatta amministrativa⁷ che si

V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in D.F., 2008, 1, p. 364 ss., riferendosi a tali istituti, rileva, alla luce del "senso generale del nuovo quadro normativo" (post riforma 2005-2006), "una crescente <<contrattualizzazione>> del modo di gestire le crisi d'impresa: i moduli convenzionali e concordati fra i protagonisti privati della crisi conquistano spazi, e si riduce l'area d'intervento autoritativo e financo di controllo ad opera di qualsiasi agenzia esterna a natura pubblica. In questo senso il processo di contrattualizzazione è allo stesso tempo processo di <<privatizzazione>> della crisi d'impresa".

⁴ Ai sensi dell'art. 163, comma 2, n. 3.

⁵ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., p. 6.

⁶ A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali*, Bologna 2009, p. 354.

⁷ E "dall'art. 3, comma 2, d.lgs. 270/1999 si desume che hanno accesso al concordato preventivo anche le imprese soggette alla procedura di amministrazione straordinaria", così F.S. Filocamo, *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo*, in Fall., 2010, 12, p. 1452 ss.; in giurisprudenza: Trib. Roma 20 aprile 2010, in il caso.it.

trovino in stato di crisi: con ciò si è data la possibilità di accedere al concordato preventivo non solo all'imprenditore divenuto insolvente, ma anche all'imprenditore che si trovasse in pericolo d'insolvenza.⁸ *“Da questo punto di vista è possibile dire che il concordato è (può essere) preventivo, in quanto previene (può prevenire) il manifestarsi dello stato d'insolvenza.”*⁹ Difatti, la Cassazione, in una recente pronuncia¹⁰, ha ritenuto che, per l'accesso al concordato preventivo, fosse sufficiente *“uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”*.

L'imprenditore commerciale, individuale o societario (in quest'ultimo caso, si veda l'art. 152 l. fall.)¹¹, in stato di crisi (che ingloba anche lo stato d'insolvenza)¹² può proporre - con ricorso da depositare presso il tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale - ai propri creditori un concordato preventivo sulla base di un piano, che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, o l'attribuzione dell'impresa ad un assuntore (concordato con assuntore); inoltre, può predisporre anche una suddivisione in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, e trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 160, comma 1, lett. c e d).

Importante novità introdotta dal d.lgs. n.169/2007, con l'intento di favorire il ricorso allo strumento concordatario, è la possibilità di prevedere il soddisfacimento non integrale dei creditori privilegiati: è necessaria, però, ai sensi dell'art. 160, comma 2, la relazione giurata di un professionista che attesti che la soddisfazione dei creditori privilegiati non sia inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione.

⁸ Cfr. La legge fallimentare dopo la riforma, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Tomo III, sub art. 160, Torino 2010, p. 2037 ss.; AA.VV. (A. Jorio) Il nuovo diritto fallimentare, diretto da A. Jorio-M, Fabiani, Bologna 2010, p. 963 ss.; S. Bonfatti, P.F. Censoni, Manuale di diritto fallimentare, Padova 2011, p. 537.; Fallimento e altre procedure concorsuali, a cura di G. Fauceglia-L. Panzani, vol. III, Torino Utet giuridica 2009, p. 1597.; L. Guglielmucci, Diritto fallimentare, Torino 2012, p. 39.

⁹ A. Nigro, D. Vattermoli, Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali, cit., p. 345.

¹⁰ Cass. Civ., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437, in il caso.it.

¹¹ Infatti, l'art. 161, comma 4, dispone che, quando sia una società a chiedere di essere ammessa al concordato, la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152. Tale norma - che, in realtà, riguarda il concordato fallimentare, ma per espresso rinvio dell'art. 161, comma 4, si applica anche al concordato preventivo - prevede che la proposta per una società deve essere sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale; invece, l'approvazione varia a seconda del tipo di società: se si tratta di società di persone, (la proposta) deve essere approvata dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; in caso di società di capitali e società cooperative, (la proposta) deve essere deliberata dagli amministratori. In ogni caso, la decisione o la deliberazione deve risultare da verbale redatto da notaio e deve essere depositata e iscritta nel registro delle imprese, a norma dell'art. 2436 c.c.

¹² A. Nigro, D. Vattermoli, op. cit., p. 353.

L'ultima riforma da poco intervenuta in materia¹³, ha introdotto altre importanti novità, la più rilevante delle quali è sicuramente la possibilità per uno o più creditori, che rappresentino almeno il 10% dei crediti (risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'art. 161, comma 2, lett. a), di presentare una proposta concorrente di concordato preventivo, come previsto dall'art. 163, comma 4.

Dunque a partire dall'entrata in vigore della l. 132 del 2015¹⁴ anche i creditori possono proporre un piano alternativo a quello presentato dal imprenditore, spingendo in questo modo il debitore a fare una proposta che riesca ad ottenere il consenso della maggioranza, così da evitare di dover attuare un piano predisposto da altri. Infatti, laddove dovesse risultare più convincente, in termini di soddisfazione creditoria, una proposta concorrente e quindi riuscisse ad ottenere la maggioranza assoluta dei crediti e ad essere omologata, il debitore si troverebbe a dare esecuzione ad un piano da lui non prospettato e molto probabilmente più "oneroso", dal momento che viene predisposto dalla "controparte", ossia dai creditori, che guardano al loro interesse, che è quello di ottenere quanto più è possibile. Infine, un nuovo comma aggiunto all'art. 160¹⁵, al fine di tutelare i creditori chirografari, ha stabilito che la proposta deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari: essi, nella maggior parte dei casi, finiscono per ricevere una percentuale irrisoria rispetto all'ammontare del credito vantato, allora il legislatore ha inteso assicurare loro una misura minima di soddisfacimento.

Il contenuto della domanda di concordato è disciplinato dall'art. 161. Essa deve contenere, tra le altre cose, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività, l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione e, infine, un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. In più, occorre la relazione di un professionista, munito dei requisiti di indipendenza e professionalità (di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Si tratta di una proposta di concordato a forma libera (ad es. concordato liquidativo, concordato con assuntore, con cessione dei beni, misto). Addirittura, ai sensi dell'art. 161,

¹³ D.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

¹⁴ Ossia dal 21 agosto 2015.

¹⁵ Si veda il comma 4.

comma 6, l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato (unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti), riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione richiesta "entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni (e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni)": in questo modo, intanto, otterrebbe il blocco delle azioni esecutive individuali. Tuttavia, "l'ombrello protettivo" rimane in piedi fino al decorso del termine, prorogabile una volta soltanto, scaduto il quale, se il debitore non ha presentato la proposta e il piano, è nuovamente esposto alle azioni esecutive e alla dichiarazione di fallimento, qualora siano state presentate istanze in tal senso.

Inoltre, il d.l. 83/2012, convertito nella l. 34/2012 - il quale ha affiancato al fine primario della tutela dei creditori, il fine della conservazione dell'impresa in capo allo stesso titolare¹⁶ - ha introdotto il "concordato in continuità aziendale", disciplinato all'art. 186-bis. Pertanto, l'imprenditore è libero di proporre un piano di regolazione della crisi e di soddisfazione dei crediti secondo le modalità che egli ritiene più congeniali al suo caso (ovviamente nel rispetto delle norme della disciplina concordataria).

Il tribunale, dopo il deposito della domanda e la verifica dei presupposti di cui all'art. 160, comma 1 e 2, e all'art. 161, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo; tuttavia, ove siano previste classi di creditori, valuta previamente la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi¹⁷: la norma di riferimento è l'art. 160, comma 1, lett. c.

Nel medesimo decreto, il tribunale delega un giudice alla procedura di concordato; ordina la convocazione dei creditori non oltre trenta giorni dalla data del provvedimento e stabilisce il termine per la comunicazione di questo ai creditori; nomina il commissario giudiziale osservate le disposizioni degli artt. 28 e 29; infine, stabilisce il termine non superiore a quindici giorni entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ovvero la diversa somma determinata dal giudice (*ex art. 163, comma 2*).

¹⁶ C. Cavallini, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in Riv. soc., 2013, 4, p. 762.

¹⁷ Vedi l'art 163, comma 1.

È a questo punto che i creditori vengono informati della procedura di concordato, ormai avviata, mediante un avviso contenente la data di convocazione, la proposta del debitore, il decreto di ammissione e l'invito ad indicare un indirizzo di posta elettronica certificata, come previsto dall'art. 171, comma 2. Il commissario giudiziale¹⁸ provvede a comunicare questo avviso ai creditori risultanti dall'elenco nominativo presentato dal debitore (*ex art. 161, comma 2, lett. b*), ma può apportare delle rettifiche, dal momento che è chiamato ad effettuare una verifica amministrativa dei creditori anche attraverso le scritture contabili¹⁹ e lo stato analitico, ai sensi dell'art. 171, comma 1.

Una volta nominato, il commissario giudiziale dovrà redigere l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato (e anche sulle proposte concorrenti, a seguito della l. 132/2015) e sulle garanzie offerte ai creditori, e provvedere al suo deposito in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima²⁰ dell'adunanza dei creditori; nonché, nello stesso termine, comunicarla ai creditori medesimi.²¹

Nel momento in cui redige la relazione, come durante tutto il corso della procedura di concordato, fino all'omologa, il commissario giudiziale potrebbe accertare l'esistenza di atti in frode ai creditori e procedere a norma dell'art. 173.

Anzi, qualora l'imprenditore presentasse una domanda di concordato "in bianco", ai sensi dell'art. 161, comma 6, si aprirebbe una fase c.d. di pre-concordato, con possibilità per il tribunale di nominare anche il commissario giudiziale (si parla di pre-commissario): qualora quest'ultimo accertasse che il debitore ha posto in essere una delle condotte di cui all'art. 173, dovrebbe riferirne al tribunale che, fatte le opportune indagini, potrebbe dichiarare improcedibile la domanda.²²

¹⁸ Vedi l'art 171, comma 2.

¹⁹ Le scritture contabili possono essere consultate dal commissario giudiziale, il quale potrà chiederle al debitore, poiché quest'ultimo non è tenuto a presentarle insieme alla proposta e al piano, a dispetto di quanto previsto dall'art. 171, comma 1. Cfr. Cass. Civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

²⁰ Prima della l.132/2015 erano dieci giorni.

²¹ Sul punto erano sorti dei dubbi, poi risolti dal d.l. 179/2012, convertito nella l. 221/2012.

²² Si avrebbe un decreto di improcedibilità della domanda e non un decreto di revoca poiché ancora non c'è un concordato pieno: il debitore ha presentato la domanda ("unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti"), riservandosi di depositare in un secondo momento la proposta, il piano e la restante documentazione necessaria.

Contra Trib. di Reggio Emilia, 9 agosto 2013, in il caso.it, il quale, partendo dal presupposto che "il deposito del ricorso contenente la domanda di un termine instaura un procedimento di indubbia natura concorsuale", ritiene che qualora si rinvercano "violazioni sostanziali degli obblighi posti dalla legge a carico dell'impresa", si debba procedere alla revoca del decreto di concessione del termine, in base all'art. 161, comma 8, che prevede, in caso di violazione degli obblighi informativi da parte dell'imprenditore (e, a maggior ragione, in caso di violazione di obblighi sostanziali), l'instaurazione di un sub-procedimento di revoca disciplinato dall'articolo 162, secondo e terzo comma.

Ma procediamo per gradi.

Appurato il chiaro *favor* del legislatore²³ - palesatosi con le riforme che si sono succedute dal 2005 in poi - per il superamento della crisi (e la conservazione del complesso produttivo) e per il soddisfacimento dei creditori²⁴ (si dirà in seguito della regolazione della crisi mediante la soddisfazione dei crediti), che ha portato ad una progressiva “privatizzazione”²⁵ della soluzione concordataria, bisogna chiarire, innanzitutto, la natura del concordato preventivo. Altrimenti, non capiremmo il motivo per il quale il legislatore ha previsto il sub-procedimento di revoca, che porta ad un arresto della procedura concordataria e alla possibilità per il p.m. e per i creditori di presentare istanza di fallimento, con buona pace del proposito di una soluzione negoziale della crisi d’impresa.

1.1. L’incerta (mista) natura giuridica dell’istituto.

*“Sulla natura del concordato si confrontano, come è noto, storicamente due teorie: contrattualistica e processualistica. La prima che vede nel concordato un «contratto» tra il debitore e la massa dei creditori; la seconda un «procedimento» diretto a consentire la sistemazione dell’esposizione debitoria mediante il controllo esercitato dall’autorità giudiziaria, a garanzia dei creditori dissenzienti a non subire le conseguenze di un’iniqua composizione del dissesto.”*²⁶

²³ Anche se alla luce dell’ultimo intervento riformatore dello scorso agosto sembrerebbe che il legislatore si preoccupi maggiormente di garantire la continuità aziendale, in modo da far proseguire l’attività d’impresa, piuttosto che del soddisfacimento dei creditori.

²⁴ Esso consiste “nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pure minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti”, così Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giurisprudenza*, Giuffrè, p. 14. L’argomento è affrontato anche da M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell’omologazione*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, 3, il quale rileva come il soddisfacimento dei creditori possa avvenire anche mediante la *datio in solutum*.

Oggi, tuttavia, la soddisfazione dei crediti deve consistere – quando si tratti di concordato liquidatorio - nel pagamento di almeno il 20% dell’ammontare dei crediti chirografari, ai sensi dell’art. 160, comma 4, novellato, non prevedendosi più la “generica” soddisfazione, come nella disciplina anteriore alla l. 132/2015.

²⁵ O almeno così è stato fino all’ultima riforma, che, invece, sembra aver fatto recuperare spazio al sindacato del tribunale e al suo intervento durante la procedura, e che ha reso più stringenti i requisiti per l’accesso al concordato preventivo. Ci si riferisce in particolare al novellato art. 161, comma 2, lett. e “la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”: questa nuova disposizione, insieme a quella che impone al debitore di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari (art. 160, comma 4) e alla possibilità per i creditori di presentare proposte concorrenti, sembra andare nella direzione opposta alla privatizzazione, in quanto consente un sindacato del tribunale più penetrante, che rischia di sfociare addirittura nella fattibilità economica.

²⁶ Così G. Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, 5, p. 889.

Per dare subito un'idea di quanto non sia agevole identificare la natura giuridica del concordato preventivo, si riporta un passaggio delle Sezioni Unite, della famosa sentenza 1521/2013, in cui si dà atto che sull'argomento vi è una “[...]non totale sintonia nella giurisprudenza di legittimità, un non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito ed un ampio dibattito in dottrina con la prospettazione di soluzioni non coincidenti [...]” e si prosegue, dicendo “[...] è sufficiente rilevare, per quel che interessa in questa sede, che per quanto sin dalla sua introduzione si discutesse circa la natura dell'istituto del concordato preventivo, essendo questa connotata da profili rilevanti sia sul piano pubblicistico che su quello negoziale, non sembra si possa dubitare del fatto che la precedente disciplina fosse più solidamente ancorata ad uno schema di evidente stampo pubblicistico [...]”²⁷

Dunque anche all'interno della Suprema Corte si erano profilati orientamenti contrapposti, che dividevano i Giudici e che hanno determinato la necessità di rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Nella citata sentenza si chiarisce, immediatamente, che la nuova disciplina propende per la natura privatistica dell'istituto, tant'è che (proseguendo nella consultazione della sentenza) al debitore, che intende proporre un piano di concordato, è lasciata la più ampia libertà di forma.²⁸ Non solo, si dice anche 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.”²⁹ Il tribunale, pertanto, non entra nel merito della proposta, lasciando che sia il debitore, insieme al professionista (considerato anche un consulente di parte), a predisporre un piano da sottoporre al vaglio dei creditori.

D'altra parte, però, le Sezioni Unite fanno notare un altro aspetto della procedura, aggiungendo “seppur l'istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale, tuttavia nella relativa disciplina sono individuabili evidenti

Si tratta di due teorie sulla natura del concordato preventivo che si fronteggiano da anni: da una parte vi è chi enfatizza l'aspetto contrattualistico dell'istituto concordatario, ossia il fatto che sia uno strumento fondato sull'accordo fra debitore e creditori; dall'altra si sostiene che l'accordo è solo un “momento”, individuabile anche in una fase, cioè quella di votazione, di un procedimento più ampio e che ammette una certa ingerenza dell'autorità giudiziaria. Tra i primi vi è Abete L., *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n.1521/2013 delle Sezioni Unite.*, cit., p. 867 ss; tra i secondi si richiama F. Cordopatri, *Il processo di concordato preventivo.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 2, p. 344 ss.

²⁷ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., p. 10-11

²⁸ Vedi art. 160 l. fall.

²⁹ Cass Civ, sez. un., 21 giugno 2013, n. 1521, cit., p. 12.

manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia.”

Dunque il concordato preventivo viene qualificato come un istituto prevalentemente privatistico, ma con dei riflessi marcatamente pubblicistici, necessari alla salvaguardia degli interessi dei soggetti privati coinvolti nella procedura. E si palesa anche il motivo per il quale è necessario che il concordato preventivo continui a risentire dell'ingerenza di organi pubblici.

D'accordo con i giudici cassazionisti, si ritiene che la procedura di concordato debba continuare ad essere letta in chiave privatistica, senza, tuttavia, perdere quella connotazione pubblicistica (a cui rimanda il nome stesso), che consente al tribunale, e agli altri organi previsti dalla legge, di tutelare i creditori, sia che essi non aderiscano alla proposta (creditori dissenzienti), sia che vi aderiscano.

C'è da dire, infatti, che molto spesso sono i creditori che intendono “trattare” con l'imprenditore che necessitano di maggiore tutela: non sono pochi i casi in cui il debitore tenta di frodarli e in questo modo di ottenere un consenso non informato, al solo scopo di “scampare” un fallimento inevitabile. Ed è qui che viene in soccorso, a tutela dei creditori appunto, il commissario giudiziale che mette in moto il procedimento di revoca *ex art.* 173.

In ogni caso, stabilire quale sia effettivamente e fuor di ogni giudizio personale, seppur scientifico, più o meno autorevole, quale sia la natura del concordato preventivo è cosa ardua: come si accennava nelle primissime righe di questo lavoro, dottrina e giurisprudenza si sono spese a lungo sul tema e continuano a farlo.

Il punto è che non esiste una visione più corretta dell'altra³⁰: il concordato preventivo è un istituto "ibrido", in quanto risente delle leggi civilistiche sulle obbligazioni contrattuali e, allo stesso tempo, delle norme processualistiche, di natura pubblica³¹.

A differenza degli altri due strumenti di composizione della crisi (il piano attestato e l'accordo di ristrutturazione), che hanno carattere stragiudiziale³², esso necessita sin dalla prima fase di un coinvolgimento del tribunale: *"si è in presenza di un contenuto privatistico della proposta caratterizzata dal principio dispositivo dei contratti, ma non si accede alle trattative tra parti, quanto piuttosto ad una fase giurisdizionale."*³³

Volendo tentare di dare una definizione, possiamo dire che si tratta di *"una procedura che vede all'interno un momento d'incontro delle volontà (adunanza dei creditori), che non è legato al principio contrattuale, bensì al principio assembleare e quindi maggioritario."*³⁴

Non è un contratto³⁵: se tale fosse, ogni contraente sarebbe vincolato solo dal proprio personale consenso.

Il concordato preventivo, invece, in virtù del principio maggioritario, obbliga non solo i creditori che votano favorevolmente, ma anche i dissenzienti, e fino a non molto tempo fa anche i creditori assenti, i quali erano considerati votanti in senso favorevole (oggi, a seguito della l. 132/2015, ogni creditore deve far pervenire il suo voto). *"L'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti (oltre che dei terzi a vario titolo incisi dall'opzione concordataria), della proposta approvata a maggioranza assoluta (non più doppiamente qualificata, come nell'art. 177 previgente), rivela l'essenzialità dell'intervento del giudice"*³⁶.

Le Sezioni Unite, sempre nella sentenza 1521/2013, a proposito della natura del concordato preventivo, così si esprimono: *"la procedura di concordato preventivo ha una*

³⁰ "Il concordato preventivo è un fenomeno più complesso. A seconda da dove lo si guardi è un contratto o è un processo; è, quindi, inevitabile una lettura caleidoscopica del concordato." Così M. Fabiani., *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione.*, in Nuove leggi civili commentate, 2014, 3, p. 591.

³¹ Cfr. M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione.*, op. cit., p. 579 ss.

³² Anche se vi sono autori che considerano anche l'accordo di ristrutturazione ex 182-bis uno strumento giudiziale, poiché necessita dell'omologa da parte del tribunale.

³³ Così, G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in Fall., 2013, 5.

³⁴ Così S. Pacchi, in una lezione di diritto fallimentare.

³⁵ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in il Fallimentarista, in cui si rileva "l'irriducibilità dell'istituto, nella sua fase genetica, alla mera formazione di un contratto di diritto privato (art. 1326 c.c.). Ne fa difetto un elemento fondamentale, quale la volontà concorde di tutte le parti interessate, destinatarie degli effetti. L'accordo dei soggetti contraenti, secondo la rituale modalità di incontro della proposta e della conforme accettazione, non è solo una regola: ma è "la regola" fondamentale, la Grundnorm in materia."

³⁶ Così Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

natura mista, essendo da una parte basata su una previsione di accordo fra le parti, raggiungibile attraverso la prospettazione di una proposta, ma trovando attuazione il detto accordo nell'ambito di una procedura che valga ad assicurare la puntuale indicazione dei dati da parte del debitore, la corretta manifestazione di volontà da parte dei creditori, l'assenza di atti di frode o comunque illecitamente posti in essere dall'imprenditore.”

Dunque, come si accennava e in sintonia con la Suprema Corte, si ritiene che il concordato preventivo abbia una natura mista e come tale non può essere “governato” né dall'autonomia privata né da un invadente controllo del giudice³⁷: l'autotutela dei creditori (e del debitore) si esplica all'interno di uno schema legale.

Difatti, abbiamo una proposta del debitore che, ancor prima di essere sottoposta al voto dei creditori, è valutata da un professionista (scelto dal debitore, ma dotato di requisiti di indipendenza e professionalità), dal tribunale, in termini che in seguito definiremo, e dal commissario giudiziale.

Non solo, una volta ammessi al concordato, la procedura è sottoposta a un continuo monitoraggio, soprattutto ad opera del commissario giudiziale, il quale, se rilevasse atti o comportamenti del debitore volti ad occultare ai creditori le reali condizioni dell'impresa e del patrimonio (c.d. atti in frode), al fine di ottenere il loro consenso, potrebbe innescare il meccanismo dell'art. 173, che porterebbe alla revoca del concordato: poiché condizione necessaria, affinché si possa giungere ad soluzione negoziale della crisi, è che i creditori siano correttamente informati sullo status economico-patrimoniale dell'impresa³⁸.

Anche in fase di esecuzione, l'adempimento del concordato - che deve avvenire secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione - è sorvegliato dal commissario giudiziale: quest'ultimo se rinviene atti potenzialmente pregiudizievoli per i creditori, deve riferirne al giudice.³⁹ A seguito della novella legislativa del 2015⁴⁰ - che ha previsto la possibilità per i creditori di presentare una proposta concorrente che vada a regolare la ristrutturazione dei

³⁷“Il ragionamento della sentenza ora ricordata (*sent. 1521/2013*) muove dalla condivisibile considerazione della irriducibilità della funzione del concordato a quella di mera formazione di un contratto di diritto privato. Ciò in quanto la proposta è approvata a maggioranza assoluta, ma estende i suoi effetti all'intera massa dei creditori; ciò rende necessario l'intervento di un organo giudiziale a garanzia della legittimità della procedura” Così G. Ciervo, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. Secondo le Sezioni Unite (n.1521/2013)*, in *Giur. comm.*, 2013, 2, p. 638, che richiama anche Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

³⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., la quale rileva che i creditori possono assumersi il rischio circa la fattibilità economica del piano soltanto se correttamente informati sul punto.

³⁹ Così l'art. 185, comma 1.

⁴⁰ D.l. 83/2015 convertito in l. 132/2015.

debiti e la soddisfazione dei crediti -, il commissario deve verificare anche che il debitore provveda a dare esecuzione alla proposta (eventualmente) presentata dai creditori (o dal creditore), approvata e omologata; qualora rilevi che l'imprenditore non abbia compiuto gli atti necessari o ne stia ritardando il compimento, deve riferirne al tribunale.⁴¹

Inoltre, in questa fase, sempre a seguito della riforma del 2015, il tribunale può attribuire al commissario i poteri necessari a provvedere, in luogo del debitore, al compimento degli atti richiesti per l'esecuzione della proposta dei creditori (o del creditore) omologata; in alternativa, se si tratta di una società, può revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario, che avrà gli stessi poteri attribuibili al commissario⁴².

Infine, se il concordato prevede la cessione dei beni ai creditori, a cui provvede un liquidatore⁴³, i compiti di amministratore giudiziario possono essere attribuiti a quest'ultimo, a norma dell'art. 185, ultimo comma.

In ogni caso, al di là delle posizioni ideologiche, la ricostruzione ermeneutica della nuova disciplina concordataria deve conformarsi al dato letterale delle norme e all'intenzione del legislatore⁴⁴; perciò l'interprete non deve farsi suggestionare dalle convinzioni culturali, avendo come unica guida l'impianto normativo che regola l'istituto.

1.2. La causa concreta del concordato preventivo.

Un interrogativo fondamentale cui bisogna dare risposta, prima di soffermarci sul procedimento di revoca, riguarda il perché del ricorso al concordato preventivo.

⁴¹ Si veda l'art. 185, comma 4. La riforma (l. 132/2015), che ha introdotto le c.d. proposte concorrenti (dei creditori), ha provveduto a far sì che il debitore dia esecuzione anche ad un piano da lui non prospettato: perciò, all'art. 185 sono state aggiunte nuove disposizioni (dall'art. 3, comma 6, d.l. 83/2015, convertito dalla l. 132/2015), che hanno attribuito un ruolo pregnante al commissario giudiziale.

⁴² In particolare, il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta dei creditori (o del creditore) omologata. Inoltre, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, può convocare l'assemblea straordinaria dei soci per la delibera dell'aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa. Cfr. art. 185, ultimo comma.

⁴³ Ai sensi dell'art. 182, comma 1, il quale dispone che il tribunale - quando il concordato consista nella cessione dei beni - nomini nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di creditori per assistere alla liquidazione e determini le altre modalità di liquidazione.

Dunque, in questo caso, avremo anche un gruppo di creditori che verifica la corretta liquidazione dei beni del debitore e che in un certo senso controlla le operazioni esecutive.

⁴⁴ Cfr. Cass, 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

Poc'anzi si diceva del *favor* del legislatore per il superamento della crisi che deve avvenire mediante il soddisfacimento dei creditori⁴⁵: i Giudici della Corte di Cassazione hanno parlato di “causa concreta del procedimento di concordato”.

“Ritiene il Collegio che una corretta configurazione dei margini di intervento del giudice [...] presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, il che equivale a dire l'accertamento delle modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi. In proposito non sembra inutile premettere, in via generale, che [...] un primo obiettivo di fondo perseguito dal legislatore è univocamente e incontestabilmente individuabile nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore [...]. Ne consegue dunque che la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto la regolazione della crisi, la quale a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti (in esse comprese quindi le relative percentuali ed i tempi di adempimento), rispetto alla quale la relativa valutazione (sotto i diversi aspetti della verosimiglianza dell'esito e della sua convenienza) è rimessa al giudizio dei creditori, in quanto diretti interessati”.⁴⁶

La Corte utilizza il concetto di causa del concordato per riferirsi non alla funzione economico-sociale del negozio (causa in astratto), bensì alla “*sintesi degli interessi reali che il contratto mira a perseguire*”⁴⁷ (causa in concreto). Da ciò deriva che un piano di concordato che non indicasse le modalità di soddisfacimento dei crediti e i tempi di realizzazione, ragionevolmente contenuti, sarebbe privo di causa e quindi non meritevole di tutela.⁴⁸

⁴⁵ Si veda però la nt. 23.

⁴⁶ Cass. Civ., sez. un., 23 giugno 2013, n. 1521, cit., p. 13 ss.

⁴⁷ Cfr. G. Ciervo, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. Secondo le Sezioni Unite (n.1521/2013)*, op. cit., p. 642; L. Vecchione, *La causa concreta nel concordato preventivo*, in D.F., 2015, 1, p. 167 (nt. 17)

⁴⁸ Cfr. M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del piano concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in Fall., 2013, 2., p. 156 ss.

In particolare, la Corte, introducendo la “causa in concreto” della procedura di concordato, intende riferirsi *“all’obiettivo specifico perseguito dal procedimento, che non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo lo stesso dipendente dal tipo di proposta formulata”*⁴⁹.

Dunque, astrattamente il concordato preventivo è finalizzato al superamento della crisi e all’assicurazione di un soddisfacimento ai creditori, sia pur modesto e parziale, ma concretamente la proposta concordataria, che viene sottoposta al vaglio dei creditori, avrà un contenuto di volta in volta differente. *“Pertanto, perché si possa parlare di concordato, è necessario che sia riconoscibile anche in concreto l’idoneità della proposta a risolvere la crisi tramite la soddisfazione dei creditori.”*⁵⁰

Il concetto di “causa del concordato” ha destato giudizi contrastanti in dottrina: in particolare, è stato scritto *“la Suprema Corte utilizza il profilo causale, e specificamente quello della causa in concreto, con riferimento non già ad un elemento negoziale, ma al procedimento concordatario in sé, omettendo di considerare, però, che il procedimento resta successione di atti a contenuto e funzione prevalentemente giurisdizionale che non sopporta alcuna connotazione causale, se mai è intriso da una concezione finalistica, che si conclude con il decreto di omologa del concordato, il quale resta elemento costitutivo dell’effetto sostanziale della regolazione della crisi d’impresa, e non rappresenta un atto di autonomia privata ma del processo.”*⁵¹

Si finisce nuovamente nell’annosa diatriba sulla natura del concordato preventivo: ancora una volta chi propende per la natura pubblicistica dell’istituto, considerandolo un procedimento⁵² e non un contratto, si scaglia contro i Giudici di legittimità che impropriamente rinviengono un profilo causale nel concordato preventivo.

Tuttavia, senza affrontare nuovamente la questione sulla natura del concordato preventivo, non si può negare che esso abbia uno scopo da perseguire, che lo si voglia definire “causa concreta” o “atto finale del procedimento” è irrilevante: l’interprete avrà davanti a sé una proposta di concordato da valutare innanzitutto alla stregua degli obiettivi legali da

⁴⁹ C. Esposito, *Revoca dell’ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Commento per articoli*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino 2014, p. 257.

⁵⁰ M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell’omologazione*, op. cit., p. 589 ss, il quale ritiene, sulla scorta del diritto dei contratti, che più che di causa in concreto, si dovrebbe parlare di oggetto del negozio concordatario.

⁵¹ G. Fauceglia, *La Cassazione e il concordato preventivo.*, in *Giur. Ita.*, 2013, 12., p. 2538 ss.

⁵² Per un approfondito esame sul punto si veda F. Cordopatri, *Il processo di concordato preventivo.*, op. cit., p. 344 ss.

raggiungere, ossia il superamento della crisi e il soddisfacimento dei creditori; per poi passare, in un secondo momento, a valutare la congruità della proposta rispetto agli obiettivi che il debitore si è prefissato ed ha proposto ai suoi creditori.

In concreto, avremo un procedimento nel quale per un verso si forma il vincolo negoziale, mediante l'incontro delle volontà di creditori e debitore, e per altro verso il giudice, terzo imparziale, il quale verifica che siano rispettate le regole che giustificano la regolazione della crisi come predisposto dal debitore. Solo una volta verificata la regolarità della procedura (e sul tenore di tale controllo torneremo in seguito), il concordato preventivo potrà produrre i suoi effetti: d'altronde non potrebbe essere altrimenti, dal momento che più interessi, anche di natura generale (quali, ad esempio, l'occupazione lavorativa e la conservazione del complesso aziendale), sono coinvolti nella procedura.⁵³

E questo è anche il motivo, già anticipato, per cui è necessario trovare il giusto equilibrio fra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale.⁵⁴

1.3. Disposizioni in materia di concordato preventivo: in particolare, le fasi del procedimento.

Al di là delle disquisizioni fra dottrina e giurisprudenza sulla natura giuridica e sulla causa concreta del concordato, passiamo ora in rassegna la disciplina del concordato preventivo, frutto del d.p.r. 267/1942 e successive modifiche, che si sono avute dal 2005 in poi.

Dalle disposizioni della legge fallimentare, che vanno dall'art. 160 all'art. 186-*bis*, si evince che al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo si apre un

⁵³ Infatti, “se da una parte la procedura concorsuale viene ancora considerata - esaltando la centralità del rapporto obbligatorio - come l'estremo rimedio per soddisfare le obbligazioni, dall'altra se ne ribadisce l'ulteriore funzione di protezione di interessi superindividuali che, in quanto tali, non potendo essere lasciati in balia di una gestione privatistica, devono essere presidiati dal giudice”. Così S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giustizia Civile*, 2015, 4, p. 789 ss.

Cfr. M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 9, p. 1098, secondo cui “la presenza del p.m., quand'anche non pervasiva e, magari riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l'uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno dell'insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili *a priori*”.

⁵⁴ Cfr. I. Pagni, *Autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale: la fattibilità del piano nell'omologazione del concordato preventivo*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p. 181 ss.

processo, in senso tecnico⁵⁵, che conosce una serie di fasi⁵⁶, alcune necessarie ed altre eventuali.

Precedentemente è stata esaminata l'ammissione al concordato dal punto di vista dei presupposti per l'accesso, degli organi coinvolti e degli adempimenti cui sono tenuti. Adesso, invece, si analizza l'intera procedura, per individuare le varie fasi di cui si compone, dall'ammissione all'omologa.

Una prima fase è detta "di ammissione": inizia con la presentazione della domanda e conosce "una attività giurisdizionale di controllo della ricorrenza dei presupposti di ammissibilità della procedura" (inoltre, vi è anche la possibilità di ottenere un termine dal tribunale per apportare integrazioni al piano o produrre nuovi documenti)⁵⁷.

Questo potere di controllo del tribunale non si esaurisce in questa prima fase, ma permane per tutto il corso della procedura. Infatti, l'art. 173, comma 3, dispone che si proceda alla revoca dell'ammissione nelle ipotesi in cui risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato; allo stesso modo, l'art. 180, comma 3, prevede che il tribunale, prima di omologare il concordato con decreto motivato, deve verificare la regolarità della procedura, oltreché l'esito della votazione.

A questa prima fase restano completamente estranei i creditori, essendovi coinvolti solo il debitore-ricorrente, il tribunale e il pubblico ministero (destinatario della comunicazione della proposta prescritta dall'art. 162).

Una volta verificata la sussistenza dei presupposti, il tribunale emette il decreto di ammissione alla procedura, che determina una compressione del potere gestionale e dispositivo dell'imprenditore ricorrente e una limitazione del potere di azione esecutiva dei singoli creditori.

In alternativa, può essere emesso il decreto di inammissibilità, non soggetto a reclamo.

⁵⁵ "Il concordato preventivo è, quindi, anche un procedimento perché si dipana tra una domanda (la domanda di concordato) e una decisione (il decreto che decide sull'omologazione), e oltre a ciò è anche un processo perché si svolge davanti all'autorità giudiziaria che è chiamata ad emettere una decisione che decide e incide su posizioni giuridiche soggettive rilevanti." Così M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione.*, op. cit., p. 589.

⁵⁶ Cfr. F.S. Filocamo, *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo.*, cit., p. 1452 ss.

⁵⁷ E' discusso se si tratti di una facoltà del ricorrente, il quale disponga della possibilità di integrare la domanda, oppure di un potere officioso del giudice onde consentire l'ammissione della domanda, mediante l'apporto di documenti mancanti. Cfr. F.S. Filocamo, *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo.*, cit., p. 1452 ss.

Quindi, se il controllo del tribunale ha esito favorevole, si chiude la fase di ammissione e segue la fase di approvazione, in cui i creditori, convocati dal tribunale tramite il decreto di ammissione (che gli è stato comunicato dal commissario giudiziale) sono chiamati ad esprimere il loro voto rispetto alla proposta di concordato. La maggioranza (dei crediti ammessi al voto) deciderà le sorti: i creditori dissenzienti potranno successivamente opporsi all'omologa, ai sensi dell'art. 180.

Come si è anticipato (par. 1), prima di prendere parte all'adunanza, i creditori riceveranno la proposta del debitore, insieme alla relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il decreto di ammissione e la relazione particolareggiata del commissario giudiziale: tutto ciò al fine di consentire loro di esprimere un voto consapevole, supportato da un bagaglio informativo che li renda edotti sulle condizioni dell'impresa in crisi e sulla proposta del debitore (e sulle eventuali proposte concorrenti).

Ai creditori assenti, fino alla recente riforma, si applicava il criterio del silenzio-assenso; attualmente, dall'art. 174, comma 4, è stato espunto il riferimento a tale criterio e si è stabilito che coloro che non hanno espresso il voto possono farlo pervenire (per telegramma, per lettera, per telefax, o per posta elettronica) nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. Dunque non vale più il criterio suddetto.

Segue la fase di omologa, in cui il tribunale, se non vi sono opposizioni e fatte le opportune verifiche circa la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato.⁵⁸

Questo è il percorso più lineare che porta il debitore ad ottenere quanto chiesto con la domanda di ammissione: ovvero, che il concordato preventivo, con la proposta approvata dai creditori, produca i suoi effetti e lo conduca all'esdebitazione.

A queste fasi, che consideriamo "necessarie", se ne possono aggiungere altre due, che chiamiamo "eventuali": la fase della revoca del concordato preventivo (disciplinata dall'art. 173) e la fase del giudizio di omologazione in caso di opposizione.

L'art. 173 introduce la possibilità per il tribunale di revocare il concordato preventivo, laddove, su sollecitazione del commissario giudiziale, si rinverano atti di frode ai creditori. Dunque, ciò significa che il concordato preventivo, dopo essere stato ammesso ai sensi

⁵⁸A seguito dell'omologa si ha la fase di esecuzione, in cui il debitore provvede ad adempiere alle obbligazioni assunte nel piano di concordato, sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, a norma dell'art. 185. Inoltre, possono seguire l'annullamento o la risoluzione del concordato, ex art. 186.

dell'art. 163, possa essere revocato, perché sono stati commessi (dopo l'ammissione alla procedura di concordato), o semplicemente scoperti (perché anteriori alla procedura), atti volti a frodare le ragioni dei creditori e a coartarne la volontà per ottenere il loro consenso. È un potere d'ufficio che ha il tribunale, il quale, una volta aperto il sub-procedimento di revoca e accertati i suddetti atti, revoca il concordato, senza alcun intervento dei creditori. In questo modo si recupera la giurisdizionalità dell'istituto, con un nuovo ruolo del giudice: una figura più defilata, ma comunque vigile sulla legalità della procedura (si è parlato di “disintermediazione giudiziaria”).⁵⁹

Invece, in sede di omologazione potrebbe aprirsi una sorta di fase istruttoria, ai sensi dell'art. 180, comma 4, in cui il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti e disposti d'ufficio.

Ma, ancora più rilevante, è la possibilità per il tribunale di estendere il suo sindacato alla convenienza della proposta, facendo una comparazione tra la misura di soddisfacimento dei crediti prospettata nel concordato preventivo e quella che si otterrebbe grazie alle alternative concretamente praticabili (in particolare, il fallimento). Questa fase si avrebbe solo qualora i creditori facessero opposizione all'omologa: il tribunale potrebbe valutare la convenienza della proposta soltanto se vi fosse l'opposizione di una minoranza qualificata ai sensi dell'art. 180, comma 4, secondo periodo.

2. Il procedimento di revoca del concordato preventivo: *ratio*.

L'art. 173 è stato, da più parti⁶⁰, definito norma “nevralgica” della procedura di concordato preventivo, in quanto destinata a fare da contrappeso all'esaltazione dell'aspetto contrattualistico: infatti, essa attribuisce al tribunale “un'insopprimibile” ruolo di garanzia

⁵⁹ Funzione del giudice è quella di risolvere i conflitti alla luce delle norme, non di amministrare gli interessi delle parti private coinvolte (funzione gestoria). Così V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, op. cit., p. 369. Cfr. L.A. Bottai, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua* – nota a Cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3586, e a Tribunale Biella (decr.), 10 febbraio 2011, in *Fall.*, 2011, 7, p. 810.

⁶⁰ Vedi C. Esposito, *Esposito C., Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, op. cit., p. 252 ss.; A. Audino, *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, VI edizione, a cura di Maffei Alberti, Cedam, Milano, 2013, p. 1149 ss.; D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, p. 730 ss.; M. Griffey, *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, p. 527; A. Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 857; G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, vol. III, Torino, 2009, p. 1691 ss.

del rispetto delle regole di correttezza e buona fede che devono guidare l'imprenditore nell'esercizio del potere di autoregolamentazione della crisi.

Dunque la *ratio* del procedimento di revoca risiede nella necessità che vi sia un controllo del tribunale, non solo per garantire la legalità della procedura, ma soprattutto a tutela dei creditori, affinché possano scegliere consapevolmente se aderire o meno al concordato.

Per chiarire meglio: il legislatore degli ultimi anni ha inteso la procedura concordataria come lo strumento concorsuale che meglio di altri può risolvere la crisi di un'impresa, di modo che si salvi il complesso aziendale e si attribuisca un "sicuro" soddisfacimento ai creditori.

Sulla base di questa premessa, le ultime riforme sono state tutte nella direzione di una progressiva contrattualizzazione del concordato preventivo, cosicché il ruolo del tribunale è diventato sempre meno incisivo. Dall'altra parte, però, il legislatore, che, in linea con la nuova visione del concordato preventivo, ha abrogato la dichiarazione di fallimento d'ufficio, ha voluto conservare la procedura di revoca del concordato: l'obiettivo è quello di evitare che si ricorra al concordato preventivo al solo fine di evitare il fallimento dell'impresa, senza garantire alcun vantaggio ai creditori (che, invece, potrebbero sperare di soddisfarsi con la liquidazione fallimentare).

Nulla in contrario a che il debitore, anche se poco accorto in passato, o addirittura disonesto (sul punto si tornerà in seguito), proponga un accordo ai suoi creditori, purché lo faccia scoprendo tutte le carte, cioè mettendoli a conoscenza della vera condizione patrimoniale della sua impresa, affinché questi ultimi possano consapevolmente decidere se aprire la strada della "negoziazione", aderendo alla sua proposta, o preferire la liquidazione fallimentare.

Dunque, il meccanismo previsto dall'art. 173 determina un arresto nella procedura di concordato preventivo, quando si scopra che l'imprenditore si sia approfittato della buona fede dei creditori e abbia tenuto comportamenti diretti a frodarli.

Bisogna segnalare fin da subito che, a seguito dell'eliminazione della meritevolezza⁶¹ fra i requisiti di accesso alla procedura di concordato preventivo, è mutata anche l'interpretazione dell'art. 173: si è venuta affermando, infatti, quella che, dalla giurisprudenza prima⁶² e dalla dottrina poi, è stata definita interpretazione “evolutiva” dell'art. 173.

Tuttavia, per comprendere quale sia, oggi, il ruolo del sub-procedimento di revoca, è necessario partire dal vecchio testo della norma e dalla riforma che lo ha riscritto per buona parte.

2.1. Il vecchio art. 173 l. fall.

Nel r.d. 267 del 1942 (c.d. legge fallimentare) l'art. 173 era rubricato “Dichiarazione del fallimento nel corso della procedura” poiché, nel vigore della disciplina previgente, era ammessa la dichiarazione di fallimento *ex officio*.

La disposizione prevedeva: *“Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve darne immediata notizia al giudice delegato, il quale, fatte le opportune indagini, promuove dal tribunale la dichiarazione di fallimento”*.

Il fallimento è dichiarato anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.”

Tale disciplina, che, com'è evidente dal testo riportato, sanzionava l'imprenditore disonesto negandogli la risoluzione della crisi attraverso la procedura di concordato preventivo, considerava quest'ultimo uno strumento premiale a cui poteva accedere “l'imprenditore onesto, ma sfortunato”.

⁶¹ Avvenuta con il d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005 n. 80

⁶² Così Cass. Civ., sez I, 23 giugno 2011, n. 13818, in il caso.it.

Dunque, l'imprenditore che, senza sua colpa⁶³, fosse divenuto insolvente, avrebbe avuto come ancora di salvezza il concordato preventivo, che gli consentiva di trovare un accordo con i suoi creditori, sulla base di un piano di ristrutturazione; in questo modo evitava il fallimento con tutte le sue conseguenze, soprattutto di carattere personale⁶⁴, oltretutto patrimoniali.

Un tale strumento concorsuale, alternativo al fallimento, era così vantaggioso (sia sul piano economico che personale) da indurre a volte l'imprenditore a forzare i requisiti di accesso alla procedura, al fine di trovare soluzioni alla crisi mediante lo strumento concordatario. Il legislatore, al fine di evitare un ricorso illegittimo al concordato, aveva previsto la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio, su sollecitazione del commissario giudiziale, che avesse scoperto una delle condotte previste dall'art. 173 l. fall. Ma il quadro era ben più ampio di quello appena prospettato.

La previgente disciplina del concordato preventivo⁶⁵ richiedeva, quali condizioni per l'ammissione, dei requisiti di meritevolezza; i giudici erano tenuti a verificare che il debitore: a) fosse iscritto nel registro delle imprese e avesse regolarmente tenuto la contabilità per un biennio o dall'inizio della sua attività commerciale, se durata meno; b) non avesse riportato condanne per bancarotta, per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio e c) non fosse stato dichiarato fallito o non ammesso a procedura di concordato preventivo nei cinque anni antecedenti la presentazione del ricorso.⁶⁶

⁶³ "Occorre la esclusione da qualsiasi colpa; occorre che il debitore sia vittima incolpevole dell'alea commerciale ed industriale, che non abbia affrontato le fortunate vicende del commercio senza mezzi adeguati, con spavalderia o leggerezza; né abbia cercato di scongiurare gli effetti inevitabili della sua condotta con tentativi disastrosi per i creditori." Così L. Bolaffio, *La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, Verona, 1903, p. 55. Si veda anche A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, p. 24.

⁶⁴ "La sentenza dichiarativa di fallimento importa questa conseguenza immediata d'ordine penale, che il fallito è messo in certo modo in una condizione di inferiorità sociale, incorre in una specie di deminutio capitiis, che lo inabilita a parecchie funzioni della vita pubblica e lo abbassa nella estimazione morale degli altri cittadini." Così si esprimeva, ancora nel vigore del codice di commercio del 1882, G. Bonelli, *Del fallimento*, I, Milano, 1923. La medesima concezione afflittiva della dichiarazione di fallimento si ritrova nella legge del 1942, soprattutto negli artt. 48-50.

⁶⁵ Art. 160 "Condizioni per l'ammissione alla procedura"

L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo, se:

- 1) è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata;
- 2) nei cinque anni precedenti non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo;
- 3) non è stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio. (comma 1)

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 160, comma 1, ante riforma del 2005.

Queste condizioni assolvevano una funzione di garanzia per i creditori, ma soprattutto accertavano che il debitore fosse “*meritevole dei benefici che conseguivano alla definizione concordataria dei suoi rapporti con la massa dei creditori*”⁶⁷.

I requisiti soggettivi di meritevolezza sono poi venuti meno⁶⁸ con la riforma del 2005 (d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005 n. 80). E poco dopo il legislatore è nuovamente intervenuto⁶⁹, abrogando la dichiarazione di fallimento d’ufficio.

Entrambe le riforme hanno lasciato intatto l’art. 173 e la dichiarazione di fallimento (d’ufficio) in corso di procedura.

Dunque, per un certo periodo gli imprenditori “disonesti”⁷⁰, divenuti insolventi, potevano essere ammessi al concordato preventivo, senza che il tribunale potesse impedirlo in virtù dei requisiti di meritevolezza (venuti meno con la riforma); tuttavia, ciò non li “salvava” dal fallimento, dal momento che l’art. 173 continuava a prevedere una dichiarazione di fallimento *ex officio* - praticabile in corso di procedura per via di una “dimenticanza” del legislatore⁷¹ - che li avrebbe privati del beneficio del concordato in un secondo momento,

⁶⁷ G. Ivone, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, in D.F., 2011, 2, p. 131.

Cfr. Bersani G., *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell’ambito del sub procedimento previsto dall’art. 173 l.f.*, in D.F., 2015, 1, p. 41 il quale rileva che “l’art. 173 l.f. costituiva un presupposto dell’art. 181 l.f., il quale imponeva al tribunale, nella fase della omologazione, di accertare nuovamente la sussistenza delle condizioni di ammissibilità e di verificare che il debitore fosse meritevole del beneficio. Questo continuo controllo rispondeva sia ad una funzione di garanzia per i creditori in ordine alla corretta prospettazione del concordato preventivo, sia all’esigenza che l’interesse generale, sotteso alla procedura concorsuale, non fosse fuorviato da condotte fraudolentemente dispersive, tese alla soddisfazione di interessi egoistici ritenuti non meritevoli di alcuna tutela o, addirittura, dalla commissione di condotte penalmente rilevanti.”

⁶⁸ A seguito di lungo percorso culturale che, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, ha smesso di guardare alla meritevolezza dell’imprenditore, per concentrarsi sulla meritevolezza dell’impresa, intesa come organizzazione di fattori produttivi. Così G. Ivone, cit. p. 133 che richiama una monografia dedicata al tema di S. Pacchi Pesucci, *Dalla meritevolezza dell’imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, p. 23 e ss. In più, nella moderna economia di mercato, imperniata sulla cultura del mercato concorrenziale, l’insolvenza è considerata fenomeno naturale e fisiologico: perciò, a maggior ragione, si è affermata l’importanza della conservazione del complesso aziendale, quale valore sociale da preservare.

⁶⁹ D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

⁷⁰ Si utilizza questa espressione per indicare gli imprenditori considerati, nel vigore della disciplina precedente (*ante* riforma del 2005), immeritevoli di accedere al beneficio del concordato preventivo.

⁷¹ Sul dibattito apertosi in dottrina circa la persistente vigenza dell’art. 173 cfr. L. D’Orazio, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Bonfatti e Falcone, in Quad. giur. com., Milano, 2005, p. 299; contra U. De Crescenzo, *Il nuovo diritto fallimentare: Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani*, Bologna, 2007, *sub. art. 173*, p. 2461. Sulla persistente vigenza della norma si era tuttavia pronunciata la giurisprudenza di merito maggioritaria: Trib. di Milano, 20 luglio 2007, in D.F., 2008, p. 451; Trib. di Milano, 24 aprile 2007, in Fall, 2007, p. 1441; App. di Bari, 6 marzo 2007, in www.ipsoa.it, App. di Torino, 11 giugno 2007, in www.ipsoa.it; Trib. di Modena, 14 ottobre 2005, in www.ipsoa.it; Trib. di Monza, 16 ottobre 2005, in Fall., 2006, p. 62.

anziché in fase di ammissione, qualora il commissario avesse scoperto una condotta fraudolenta.

Quindi, nel 2006 si è ripudiata la dichiarazione di fallimento *ex officio*, senza adoperarsi per eliminarne qualsiasi riferimento dalla disciplina fallimentare, in particolare concordataria. E il concordato preventivo, alla luce dell'art. 173, continuava ad essere un istituto premiale di cui l'imprenditore poteva godere a patto di meritarselo.

In realtà, gli autori che consideravano ancora vigente l'art. 173, ritenevano che tutte le condotte ivi descritte conservassero efficacia impeditiva della prosecuzione della procedura⁷², senza che si desse luogo ad una dichiarazione di fallimento d'ufficio. In tal senso si era espressa anche la prevalente giurisprudenza di merito.⁷³

Su questa “disarmonia sistematica” si è pronunciata anche la Cassazione⁷⁴, investita della questione della dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, per il mancato deposito della somma pari al 50% delle spese necessarie per l'intera procedura, come previsto dall'art. 163, comma 3 (ulteriore caso di revoca del concordato). La Corte ha ritenuto “inevitabile un'ermeneusi comunque adeguatrice della lettera della legge, stante il contrasto frontale irriducibile fra le norme emendate e quelle rimaste inalterate” - riferendosi all'abrogazione, in via generale, della dichiarazione di fallimento d'ufficio (artt. 6 e 147) e alla formale conservazione di quella prevista dall'art. 173 -; perciò ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Milano che aveva confermato la legittimità della dichiarazione di fallimento (d'ufficio) pronunciata dal tribunale. In questo modo ha voluto armonizzare la

⁷² Ex aliis, si veda S. Ambrosini, *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e la prerogativa del tribunale*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 320-321; U. Apice, *Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 22, p. 9; M. Arato, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, op. cit., p. 169; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, a cura di Bonfatti-Censoni, La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, Padova, 2006, p. 247; C. Mascarello, *L'omologazione del concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, op. cit., p. 342-343; F. Miccio, *Appunti in tema di poteri del tribunale nelle fasi di ammissione e di omologazione del concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e del fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Torino, 2006, p. 367 ss; Pacchi S., *Gli organi della procedura e l'omologazione. La risoluzione e l'annullamento. La chiusura del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, p. 147, 157 e 237; Padellaro M., *Commento all'art. 173*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, vol. II, p. 1050 ss.

⁷³ Cfr. App. di Bari, 6 marzo 2007, cit.; App. di Torino, 11 giugno 2007, in www.ipsoa.it; Trib. di Modena, 14 ottobre 2005, in www.ipsoa.it; Trib. di Modena, 20 ottobre 2006, in www.fondazioneforense.it; Trib. di Trani, 23 ottobre 2006, in www.ipsoa.it; Trib. di Torino, 12 dicembre 2006, in *Fall.*, 2007, p. 685; Trib. di Milano, 19 luglio 2007, n. 1069, in *il caso.it*; Trib. di Milano, 25 ottobre 2007, n. 1067, in *il caso.it*.

⁷⁴ Cass. Civ., sez. I, 12 Agosto 2009, n. 18236, in ipsoa.it.

disciplina del concordato preventivo alla “*mens legis abrogativa*” della dichiarazione di fallimento *ex officio*.⁷⁵

Dunque la giurisprudenza e la dottrina, come spesso accade, hanno anticipato il legislatore, che con il decreto correttivo⁷⁶ è poi intervenuto a modificare l’art. 173, “depurandolo” dalla dichiarazione ufficiosa di fallimento.

Gli organi coinvolti in tale “sub-procedimento per la dichiarazione del fallimento nel corso di procedura” erano il commissario che doveva darne immediata notizia al giudice delegato; il giudice delegato che, fatte le opportune indagini, doveva promuovere la dichiarazione di fallimento dinanzi al tribunale; e il tribunale che dichiarava il fallimento.

Le condotte del debitore erano le medesime:

- 1[^] comma: occultamento e dissimulazione di parte dell’attivo, omissione dolosa della denuncia di uno o più crediti, prospettazione di passività insussistenti, commissione di altri atti in frode;
- 2[^] comma: compimento di atti non autorizzati a norma dell’art. 167 o comunque diretti a frodare i creditori.

A ciò si aggiungeva la mancanza delle condizioni prescritte per l’ammissibilità, ai sensi dell’art. 173, comma 2 (che ritroviamo anche nella norma attuale).

Il vecchio art. 173 prevedeva solamente due commi, senza alcun riferimento al tipo di procedimento cui si andava incontro: questo perché la scoperta di una delle condotte fraudolente determinava la conversione del concordato preventivo in fallimento e si procedeva a norma dell’art. 15 (“Procedimento per la dichiarazione di fallimento”).

⁷⁵ “La coesistenza di norme prima facie espressive di ispirazioni contrapposte appare, in realtà, il portato occasionale di una novellazione a formazione progressiva priva di coordinamento; e non certo il frutto della deliberata intenzione del legislatore (art. 12 disp. gen.) di conservare il fallimento d’ufficio nella fattispecie in questione: di cui non si saprebbe rinvenire ne’ la ratio, ne’ tanto meno una enunciazione di principio, giustificativa. Del resto, la conferma *ex post* proviene dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi della L. 14 maggio 2005, n. 80, art. 1, commi 5, 5-bis e 6), significativamente emesso sulla base di proroga dell’originaria Legge-Delega, che ha eliminato le aporie esistenti, correttamente riconducendo l’ipotesi di cui all’art. 163, u.c., all’art. 173, comma 1: a sua volta emendato di ogni riferimento alla consecuzione automatica del fallimento rispetto alla revoca del beneficio del concordato preventivo, mediante l’espreso requisito del ricorso di creditori o del Pubblico Ministero.” Così, Cass. Civ., sez. I, 12 Agosto 2009, n. 18236, cit.

⁷⁶ D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Il momento finale di applicabilità della procedura camerale⁷⁷ veniva individuato, dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza di merito, nel passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato preventivo, mentre la Suprema Corte⁷⁸ individuava tale momento in quello della remissione della causa al collegio ai sensi dell'art. 180 (quindi al momento dell'udienza di omologazione).

2.2. L'attuale art. 173.

Nel sistema originario della legge fallimentare, l'art 173 costituiva "la più importante valvola di sicurezza" che consentiva di controllare la persistenza dei requisiti (anche soggettivi) cui l'ordinamento subordinava la possibilità per il debitore di fare un accordo con i creditori⁷⁹ (per una riduzione della massa passiva) e, al contempo, rappresentava il principale strumento per sanzionare l'imprenditore non meritevole⁸⁰. Quando poi sono state approvate le riforme del 2005 e del 2006, alcuni autori⁸¹ e parte della giurisprudenza di merito⁸² ne avevano ipotizzato l'abrogazione implicita, quantomeno parziale, per incompatibilità con la nuova disciplina del concordato preventivo. Tuttavia, il decreto correttivo del 2007, che è intervenuto sulla rubrica e sul corpo dell'articolo, ha confermato l'applicabilità della norma e la persistenza del potere di controllo del tribunale sulla procedura.⁸³

⁷⁷ Così A. Didone, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*, in Giust. civ., 2008, 9, p. 2035.

⁷⁸ Cass. Civ., 18 dicembre 1952, n. 3243, in D.F., 1953, 2, p. 131.

⁷⁹ Cfr. F.S. Filocamo, *L'art. 173 primo comma l. fall. nel "sistema" del nuovo concordato preventivo*, in Fall. 2009, 12, p. 1467; G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, op. cit., p. 41.

⁸⁰ Così G. Ciervo, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. Secondo le Sezioni Unite (n.1521/2013)*, op. cit., p. 621 ss.

⁸¹ G. Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare.*, in Fall., 2007, 6, p. 689 ss.; B. Iannello, *Il nuovo diritto fallimentare. Guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, p. 397 ss.; D'Orazio, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in La riforma della legge fallimentare a cura di Bonfatti e Falcone, op. cit., p. 299 ss.; Grossi M., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 255 ss.; S. Ambrosini, P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 110 ss.

⁸² Trib. di Modena, 20 ottobre 2006, in www.fondazioneforense.it.

⁸³ Così F.S. Filocamo, *Dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in La legge fallimentare, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 1296; P. Bosticco, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in Fall., 2007, 12, p. 1443; U. De Crescenzo, *Il nuovo diritto fallimentare: Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, sub. art. 173*, op. cit., p. 2458; Ambrosini S., *Gli organi della procedura*, in Fall., 2006, 9, p. 1035; M. Arato, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, in D.F., 2006, 1, p. 169; P.F. Censoni., *Il concordato preventivo*, a cura di Bonfatti-Censoni, La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, op. cit., p. 247; L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 99 ss.

L'art. 173 “nuova formulazione” si inserisce in un impianto normativo sorretto da una mutata concezione dell'istituto concordatario e del ruolo del tribunale e dei creditori (il tema è approfondito nel capitolo 3).

Oggi, il fulcro della procedura di concordato risiede nella deliberazione dei creditori sulla proposta del debitore, cosicché sono loro a decidere, purché siano messi nelle condizioni di poterlo fare consapevolmente.

È venuta meno la meritevolezza dell'imprenditore e la meritevolezza della conservazione dell'impresa: si è giunti in definitiva alla meritevolezza della proposta concordataria.⁸⁴

Perciò, affinché si possa essere ammessi al concordato e giungere poi alla sua omologazione, la proposta deve soddisfare le preliminari condizioni di trasparenza e soddisfacente informazione dei destinatari: il debitore, infatti, nel proporre l'accordo ai suoi creditori, deve adempiere gli obblighi informativi previsti dagli artt. 160 e 161, al fine di consentire loro una scelta consapevole in sede di votazione.

Il tribunale, allora, nella fase di ammissione verifica che vi sia stata una corretta informazione dei creditori sulla situazione patrimoniale dell'impresa, affinché la proposta del debitore possa essere ammessa. Tuttavia, i controlli non finiscono qui: il tribunale potrà svolgere accertamenti sulla proposta e sul piano anche successivamente, magari alla luce della relazione del commissario giudiziale, che sicuramente apporterà un nuovo bagaglio di conoscenze sull'impresa, da valutare ai fini della corretta prosecuzione della procedura di concordato⁸⁵.

Uno dei casi in cui il tribunale esercita il proprio potere di controllo è proprio quello previsto dall'art. 173, anche se, rispetto al passato, il suo potere è meno incisivo. Infatti, il decreto correttivo 169/2007 ha abrogato la dichiarazione di fallimento d'ufficio e ha introdotto, al secondo comma dell'articolo, un nuovo sub-procedimento.

⁸⁴ Cfr. G. Ivone, op. cit., p. 133. Similmente, Bosticco P., *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, op. cit., p. 1441, il quale a proposito dell'art. 173 ritiene: “Sicuramente, occorre coordinare la norma con l'accentuazione della natura contrattuale dell'istituto concordatario ed in particolare si deve considerare che - se in passato la norma andava (o poteva così essere interpretata) a sanzionare il «disvalore» di taluni comportamenti del debitore che lo rendevano immeritevole del beneficio concordatario - oggi il criterio centrale (eliminato ogni riferimento alla correttezza contabile ed alla meritevolezza comportamentale) si sposta sulla adeguatezza del piano di soluzione della crisi e sulla valutazione positiva di esso da parte dei creditori.”

⁸⁵ “Il debitore infatti non gode affatto di un diritto a che la procedura svolga il suo corso, e resti comunque pendente, sino alla votazione: al contrario, norme come l'art. 173 l. fall. dimostrano che il Giudice *deve* sorvegliare durante tutta la pendenza del concordato affinché esso sia *utile*. In caso contrario, il sistema è ben consapevole del danno enorme che la protrazione di una procedura alternativa al fallimento può comportare per il patrimonio del debitore, se non giustificata dalla ricorrenza dei suoi presupposti.” Così D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 736.

Oggi, l'art. 173 è rubricato “*Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura*”, prevedendo un procedimento di revoca del concordato preventivo, con possibilità per il tribunale di dichiarare il fallimento soltanto a seguito di un'istanza dei creditori o una richiesta del pubblico ministero (accertati i dovuti presupposti per il fallimento, ai sensi degli artt. 1 e 5).

Dunque, il nuovo art. 173⁸⁶ dispone che se il commissario accerta una delle condotte sanzionate dalla norma (che sono le stesse della norma previgente) deve riferirne al tribunale, che d'ufficio apre il sub-procedimento di revoca. Tale procedimento comporta che il concordato preventivo, precedentemente ammesso, subisca un arresto: si apre così una procedura camerale davanti al collegio, ai sensi dell'art. 15, che si chiuderà con un decreto, di revoca appunto. Al tribunale è precluso andare oltre.

A differenza del passato, infatti, il tribunale non può dichiarare automaticamente il fallimento e per due ordini di motivi:

- perché è stata abrogata la dichiarazione di fallimento d'ufficio, come si è detto, e perciò è necessario che vi sia un'istanza;
- e perché i presupposti del concordato preventivo non sono più gli stessi del fallimento: meglio, il presupposto oggettivo del concordato preventivo è lo stato di crisi, mentre per poter dichiarare il fallimento di un'impresa occorre accertare lo stato d'insolvenza.

2.3. La disciplina sostanziale dell'art. 173.

Il nostro è un ordinamento *debtor oriented*⁸⁷, ossia un ordinamento che favorisce il debitore⁸⁸ nella risoluzione dei problemi economico-finanziari dell'impresa; pertanto,

⁸⁶ Cfr. art. 173 l. fall.

⁸⁷ Cfr. D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 730, secondo cui “il legislatore italiano ha introdotto un sistema concorsuale ora estremamente favorevole al debitore (c.d. *debt oriented*), così invertendo davvero radicalmente quella era considerata prima la tendenza “afflittiva” del fallimento. [...] In particolare il nuovo concordato preventivo, ove è abolito il requisito sulla meritevolezza del debitore, consente a quest'ultimo di mantenere abbastanza saldamente il controllo dell'operazione, e di evitare praticamente sempre la stigmatizzazione del proprio comportamento illegale precedente l'ammissione [...]”

Contra, M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione.*, op. cit., nt 45, secondo il quale “è noto come i sistemi di regolazione della crisi siano differenziati in relazione al fatto che rispondano al criterio del *debtor oriented* o del *creditor oriented*; ovvero che privilegino il profilo della remunerazione dei creditori o quello della

fornisce all'imprenditore gli strumenti necessari per il superamento della crisi e per ottenere l'esdebitazione, affinché non rimanga per sempre "vittima" dei suoi affari infruttuosi, in virtù dell'art. 2740 c.c.. Tuttavia, riguardo alle soluzioni negoziali della crisi d'impresa, una volta che all'imprenditore sono stati attribuiti gli strumenti che il legislatore italiano ha ritenuto maggiormente idonei a gestire situazioni di crisi, l'ordinamento ha previsto una serie di mezzi di tutela per i creditori che rimangono coinvolti in tali "procedure" concorsuali.

Nel concordato preventivo, in particolare, il debitore, che, non solo ha un ampissimo margine di libertà nel predisporre il piano, ma rimane anche titolare del patrimonio d'impresa e continua a gestirlo (come pure l'impresa stessa, se opta per un concordato con continuità aziendale), è chiamato ad essere trasparente riguardo alle attività economiche pregresse e a quelle che svolge nel corso della procedura. Il tribunale, infatti, ha un potere di controllo sulla regolarità della procedura che permane durante tutte le fasi e il commissario giudiziale verifica la correttezza delle informazioni date ai creditori⁸⁹: questo perché il debitore che intenda proporre un accordo ai suoi creditori, per risolvere la crisi della sua impresa, lo deve fare nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede⁹⁰ (art. 1337 c.c.), che permeano gli istituti privatistici del nostro ordinamento e, come chiarito precedentemente (par. 1.1.), il concordato preventivo è un istituto che riguardo all'accordo è regolato dalle norme contrattuali.

Possiamo dire, allora, che i creditori sono tutelati dalle norme della disciplina concorsuale in materia di concordato preventivo, dalle norme del codice civile in materia di contratti, con i dovuti adattamenti, e dai principi generali del nostro ordinamento.

conservazione dell'impresa. Chiunque volesse in poche battute qualificare la legge italiana (specie se per essa si intende non la sola legge fallimentare ma l'intera cornice delle leggi in materia di insolvenza) si troverebbe a disagio perché una direzione chiara il nostro legislatore non l'ha presa."

⁸⁸ Anche se la riforma introdotta dalla l. 132/2015 fa ritenere che attualmente il legislatore riconosce maggiori tutele ai creditori coinvolti dal concordato, a discapito del debitore (tali perplessità sono state sollevate anche alla nt. 23). Tuttavia, bisognerà attendere l'interpretazione giurisprudenziale di queste norme, per poterne apprezzare la portata sul piano pratico. Cfr. S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in il caso.it.

⁸⁹ Secondo G. Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare.*, in Fall., 2007, 6, p. 697, il commissario giudiziale è la "figura principale di garanzia dei creditori".

⁹⁰ A tal proposito, il Tribunale di Milano ritiene che l'art. 173 sia "un'applicazione del principio di buona fede che deve costituire il modello di comportamento del debitore nell'adempimento delle obbligazioni, e che trova fondamento costituzionale negli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Costituzione." Trib. di Milano, 19 luglio 2007, n. 1069, in il caso.it.

La procedura di concordato, dunque, è improntata alla negoziazione della crisi dell'impresa e al perseguimento degli interessi dei creditori; tuttavia, l'art. 173 realizza un controllo esterno, ad opera degli organi della procedura, che limita l'autonomia privata. Tale "ingerenza" istituzionale non risulta essere in contraddizione con il concetto di libertà contrattuale che in quanto tale è suscettibile di ricevere disciplina e limitazioni da parte dell'ordinamento giuridico.⁹¹

Infatti, l'ordinamento ha previsto delle fattispecie che giustificano l'intervento del tribunale⁹² e determinano la revoca del concordato preventivo:

- il compimento da parte del debitore di atti di frode anteriori o posteriori al decreto di apertura (art. 173, commi 1 e 3): rilevano tutti gli atti di frode che siano stati compiuti nella fase precedente ovvero nella fase successiva alla presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- il compimento da parte del debitore, nel corso della procedura, di atti non autorizzati ai sensi dell'art. 167 (art. 173, comma 3);
- il mancato deposito delle somme previste dall'art. 163, comma 2, in virtù del richiamo all'art. 173, comma 1;
- la mancanza delle condizioni di ammissibilità del concordato (art. 173, comma 3).

Come si è detto (par. 1), nella mutata disciplina del concordato preventivo, nessun requisito di meritevolezza è richiesto all'imprenditore che faccia una proposta di concordato ai suoi creditori, perciò l'eventualità che egli abbia commesso degli illeciti civili o dei reati, anche fallimentari, non rileva ai fini dell'ammissione alla procedura.

Profili di meritevolezza, tuttavia, sembrano permanere, ad avviso di alcuni⁹³, nell'art. 173, circa gli atti di frode.

⁹¹ Cfr. G. Visaggio, *Sugli atti di frode ex art. 173 l. fall., ovvero: tra autonomia privata ed eterotutela degli interessi dei creditori nel concordato preventivo.*, in Studi in onore di Umberto Belviso, vol. II, Bari, Carucci Editore, 2011, p. 1530 ss.

⁹² Così F. Di Peio, *Le ipotesi d'insuccesso dell'iniziativa concordataria e relative conseguenze*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, a cura di AA.VV. (A. Aglani, M. Cimetti, G. Fauta, et al.), Milano 2013, p. 663.

⁹³ A. Zuliani, *Appunti sulla revoca del concordato: meritevolezza e convenienza tra totem e tabù*, 2015, in Fallimenti e società.it.

2.4. Atti di frode (cenni).

Innanzitutto, in apertura del primo comma si trovano gli atti di frode c.d. tipici (o tipizzati), perché previsti espressamente dal legislatore, cioè l'occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, la dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività insussistenti; poi vi è una formula di chiusura rappresentata dagli "altri atti di frode". Al terzo comma, invece, sono previsti gli atti "comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori".

A dare il nome di "atti di frode" alle condotte tipizzate è stata la formula di chiusura del primo comma: se si parla di "altri" atti di frode per indicare qualunque condotta fraudolenta posta in essere dal debitore e che abbia le stesse caratteristiche distintive delle condotte espressamente previste, allora queste ultime sono da considerarsi "atti di frode tipici".

C'è da dire che già sugli atti tipici gli interpreti del diritto (dottrina e giurisprudenza) si dividono: alcuni⁹⁴ ritengono che sia sufficiente che siano stati diretti a causare o aggravare il dissesto, con la consapevolezza di arrecare pregiudizio ai creditori, altri⁹⁵ sostengono che l'imprenditore debba averli commessi con l'intento di frodare i creditori (il c.d. *consilium fraudis*) in vista dell'adunanza di cui all'art. 174 l. fall. I primi danno rilievo al disvalore oggettivo della condotta antiggiuridica del debitore, in un'ottica pubblicistica del concordato preventivo; i secondi, invece, privilegiando l'aspetto privatistico, considerano rilevanti solo i fatti idonei ad ingannare i creditori, influenzandone la manifestazione del voto.

D'accordo con Ambrosini, Demarchi e Vitiello⁹⁶, la legge "non sembra aver fatto una scelta decisa e soprattutto chiara", potendosi ipotizzare varie interpretazioni, tutte possibilmente attendibili e che trovano riscontro nel dettato normativo.

Tuttavia, si ritiene che alla luce della riformata disciplina del concordato preventivo, oggi di chiara impronta privatistica, gli atti di frode rilevino in quanto vi sia stata la volontà del debitore di ottenere, con l'inganno, il consenso dei creditori riguardo alla sua proposta.

Vi è di più: l'art. 173 non intende sanzionare, o quantomeno non più, le condotte del debitore che rilevano dal punto di vista civilistico o penalistico, altrimenti dovrebbe dirsi che, venuta meno la meritevolezza dell'imprenditore ai fini dell'ammissione alla procedura

⁹⁴ Cfr. Ambrosini, P. Demarchi, M. Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, op. cit., p. 135.

⁹⁵ Tra gli altri, Censoni P.F., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., p. 11; D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 747.

⁹⁶ S. Ambrosini, P. Demarchi, M. Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, op. cit., p. 133.

di concordato, è rimasta, invece, quale requisito rilevante in un secondo momento e suscettibile di causare l'arresto della procedura e la conseguente revoca (facendo, in questo modo, rientrare dalla finestra quello che si era fatto uscire dalla porta).

Se così fosse, allora la riforma del 2005 non avrebbe innovato di molto.

Si vuole dire che, per poter apprezzare l'attuale significato della norma in esame e delle condotte da essa contemplate, occorre sempre guardare all'art. 173 inserito nella nuova "filosofia di base" del concordato preventivo⁹⁷.

A tal proposito, il Tribunale di Piacenza⁹⁸ sottolinea come, *"alla luce della "nuova" formulazione del concordato preventivo e della sua natura pattizia o se si preferisce contrattualistica, rilevino ai fini dell'interruzione della procedura di concordato solo quegli atti aventi genericamente natura frodatoria finalizzati a trarre in inganno il ceto creditorio"* (d'altronde, sono loro i destinatari della proposta).⁹⁹

Tuttavia, a ciò si deve aggiungere che l'art. 173 si rivolge al commissario e al tribunale, che, senza alcun intervento dei creditori, possono aprire il sub-procedimento di revoca e mettere nel nulla il concordato preventivo: una tale previsione risponde all'esigenza di tutelare i creditori attraverso poteri eteronomi¹⁰⁰ che impediscano al debitore di trarre vantaggio dal concordato, frodandoli. Questo non vuol dire che ci sia un'esigenza di giustizia da salvaguardare, di correttezza nell'utilizzo della procedura concorsuale, a cui peraltro sono demandati altri strumenti giuridici (es. abuso del diritto), ma l'ordinamento intende controllare i privati nella gestione dei loro affari per impedire che uno strumento che dovrebbe avvantaggiarli, in realtà li danneggi ancor più della liquidazione fallimentare¹⁰¹.

⁹⁷ Cfr. G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, op. cit., p. 46 secondo cui "l'ambito applicativo di tale disposizione deve, tuttavia, essere coordinato con l'accentuazione della natura contrattuale dell'istituto concordatario, e, in particolare, si deve considerare che se, in passato, la norma aveva la funzione di sanzionare il "disvalore" di taluni comportamenti del debitore, che lo rendevano immeritevole del beneficio concordatario (eliminato ogni riferimento alla correttezza contabile ed alla meritevolezza comportamentale), attualmente, la portata operativa della fattispecie deve essere vista alla luce della richiesta adeguatezza del piano di soluzione della crisi e della valutazione positiva di esso da parte dei creditori.

⁹⁸ Cfr. Trib. di Piacenza, 4 dicembre 2008, in il caso.it.

⁹⁹ Così infatti Trib. di Piacenza, cit., "[...] si è posto l'accento sul fatto che la norma di riferimento richieda espressamente che i comportamenti del debitore siano scientemente ispirati ad una finalità "frodatoria"; e tale finalità non può che avere come destinatari i creditori del concordato preventivo".

¹⁰⁰ In questo senso si esprime Fabiani. M., *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione.*, op. cit., p. 588: "la crisi di un'impresa investe sempre una pluralità di interessi ed incide su una indifferenziata comunità e sui diritti di coloro che a questa comunità fanno riferimento; pertanto, all'autonomia delle parti è inevitabile far corrispondere una eteronomia dei controlli, allo scopo di raggiungere un punto di equilibrio, ben sapendo che il mercato non può autoregolarsi in misura soddisfacente per tutti e proprio tutti i soggetti che giocano questa partita."

¹⁰¹ Infatti, "la liquidazione fallimentare non dà necessariamente migliori risultati (anzi, spesso non dà neppure risultati equivalenti a quelli di un concordato), visto che le vendite fallimentari scontano i giochi al ribasso di chi mira ad

Perciò, ci si discosta dal Tribunale di Milano¹⁰² secondo cui “[...] *la norma mira a soddisfare esigenze di carattere pubblicistico ed a garantire sia la correttezza delle informazioni fornite ai creditori sia della condotta tenuta dall'imprenditore in esecuzione del piano, nonché ad evitare un uso distorto ed egoistico della procedura concorsuale, assicurando che siano represses e sanzionate condotte fraudolentemente lesive dell'interesse dei creditori*”.

È vero che residua una natura pubblicistica che caratterizza il controllo del tribunale, ma è a garanzia esclusiva dei creditori¹⁰³, affinché siano informati sulle reali condizioni patrimoniali dell'impresa, al fine di poter esprimere un voto consapevole.

Qualora l'imprenditore intenda approfittarsi dei creditori e frodare le loro ragioni, ecco che il tribunale lo blocca, revocando il concordato preventivo ammesso e lasciando che siano i creditori o il p.m. a chiedere il fallimento, o altrimenti che si riaprano le trattative per una nuova proposta.

Dunque, il controllo del tribunale e la revoca del concordato tutelano unicamente i creditori. A conferma di quanto sostenuto, si richiama la famosa sentenza 13817/2011 in cui la Cassazione sostiene che *“gli atti elencati (nell'art. 173) non sono accomunati, ad esempio, dall'attitudine a creare un danno al patrimonio, posto che tale attitudine non ha l'esposizione di passività inesistenti, mentre invece un minimo comune denominatore è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, 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”*. E sempre la Cassazione, in una sentenza più recente¹⁰⁴, ritiene che *“gli atti di frode non sono solo genericamente pregiudizievoli, ma*

approfittare della dichiarazione di insolvenza. Al tempo stesso, la caratterizzazione negoziale del concordato, unita alla natura non meramente individuale degli interessi in gioco, spinge a non rinunciare al favore per una soluzione concordata della crisi, ma insieme a negarle forza conclusiva del processo senza quel pieno controllo della legittimità della soluzione proposta [...]” I. Pagni, *Autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale: la fattibilità del piano nell'omologazione del concordato preventivo*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, cit., p. 200.

¹⁰² Trib. di Milano, 25 ottobre 2007, n. 1067, in *caso.it*.

¹⁰³ Non si tutela invece un interesse generale, ad evitare il fallimento, conservare i valori aziendali, risanare l'impresa, tant'è che a seguito della revoca del concordato preventivo è prevista la possibilità che i creditori (o il p.m.) chiedano il fallimento. Quindi tale previsione normativa è nell'esclusivo interesse dei creditori: essi potranno scegliere se lasciare che il debitore proponga un nuovo piano di concordato preventivo oppure chiedere il fallimento.

¹⁰⁴ Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, in *Fallimenti e Società.it*.

direttamente finalizzati, in esecuzione di un disegno preordinato, a trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura di concordato."¹⁰⁵

Contrario a questa opinione è F. Filocamo, il quale sostiene che esista nella procedura di concordato preventivo, accanto agli interessi privatistici, un interesse pubblico da tutelare, individuabile "*nell'interesse generale ad evitare il fallimento perseguendo nel contempo la conservazione dei valori aziendali ed il risanamento dell'impresa*"¹⁰⁶.

Se si abbracciasse questa interpretazione, allora le condotte previste dall'art. 173 non sarebbero solo quelle dirette a frodare i creditori, ma qualsiasi atto di disposizione patrimoniale che vada ad inficiare il patrimonio dell'impresa e comprometta la risoluzione della crisi.

Un passaggio interessante del saggio di Filocamo appena richiamato (che può suggerire un ulteriore chiarimento nella tesi che si intende sostenere) rileva che il primo comma dell'art. 173, a differenza del terzo, non riferisce la frode alle ragioni dei creditori. Tuttavia, si ritiene che la differenza fra il primo e il terzo comma sia sul piano temporale, cioè il primo comma si riferisce alle condotte del debitore anteriori all'ammissione al concordato preventivo e il terzo comma, invece, alle condotte poste in essere in corso di procedura¹⁰⁷, ma comunque dirette a frodare i creditori.

Le condotte anteriori sono qualificate come atti di frode, se si scopre che il debitore intendeva ingannare i creditori, proponendo ad essi un concordato che non tenesse conto di

¹⁰⁵ La Cassazione chiarisce che, ai sensi dell'art. 173, la revoca del concordato non è determinata da un mancante requisito di meritevolezza, espunto dal legislatore, ma soltanto dalle condotte che siano finalizzate ad ingannare i creditori. Difatti, così si esprime: "Giova solo aggiungere che il principio di diritto ora enunciato non vale, certo, a reintrodurre il giudizio di meritevolezza, che la riformata legge fallimentare ha espunto dal novero dei presupposti per l'ammissione al concordato preventivo. La meritevolezza era, infatti, un requisito positivo di carattere generale, che implicava la necessità di un apprezzamento favorevole della pregressa condotta dell'imprenditore (sfortunato, ma onesto), nell'ottica di una procedura prevalentemente concepita come beneficio premiale. Era, quindi, nozione ben più ampia dell'assenza di atti di frode, non solo genericamente pregiudizievoli, ma direttamente finalizzati, in esecuzione di un disegno preordinato, a trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura concordataria".

¹⁰⁶ F.S. Filocamo, *L'art. 173 primo comma l. fall. nel "sistema" del nuovo concordato preventivo*, op. cit., 12, p. 1471-1472.

¹⁰⁷ Cfr. P.F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., p. 8. Inoltre, Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 736, "La struttura della norma presenta un primo comma, diretto a regolare le conseguenze degli "atti di frode" compiuta prima dell'ammissione al concordato, un secondo contenente alcune scarse disposizioni processuali, ed un terzo che svolge la funzione di estendere lo schema processuale definito nel capoverso precedente a quei casi in cui gli atti di frode (o comunque non autorizzati) siano compiuti in pendenza del concordato, oppure emerga la carenza dei presupposti di ammissione."

tutto l'attivo e il passivo dell'impresa; quindi si tratta di condotte che ledono i creditori, non consentendogli di esprimere un voto informato.

Le condotte successive al decreto di ammissione si distinguono da quelle precedenti: durante la procedura, il debitore, poiché conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, può compiere atti di ordinaria amministrazione; tuttavia, non può compiere atti che vanno ad intaccare in maniera consistente il patrimonio dell'impresa senza essere autorizzato dal giudice delegato, cioè atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (non autorizzati ai sensi dell'art. 167, comma 2), e atti “*comunque* diretti a frodare le ragioni dei creditori”, ossia che arrecano danno ai creditori e alle loro prospettive di soddisfo. Quindi si tratta di condotte che hanno l'effetto di frodare i creditori perché vanno ad incidere sul patrimonio dell'impresa e sulla tenuta del piano prospettato.

Ne consegue che sia gli atti di frode del primo comma che quelli del terzo comma sono sanzionati in quanto potenzialmente lesivi¹⁰⁸ delle ragioni dei creditori.

La reazione dell'ordinamento a determinati comportamenti del debitore, nel contesto degli obiettivi della riforma dell'istituto concordatario, non è caratterizzata da una funzione rigidamente sanzionatoria, ma sta nel presidio della effettività della tutela dei creditori “*ad una corretta informazione circa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore, in modo che possano esprimere, in sede di votazione, un consenso informato e non viziato.*”¹⁰⁹ Da ciò discende che ogni condotta del debitore che determini una falsa rappresentazione della realtà dell'impresa, pregiudicandone la formazione del consenso, rileva come atto di frode e conduce all'interruzione della procedura di concordato.¹¹⁰ “[...] *Ogni diversa interpretazione attribuendo alla disposizione in esame una connotazione di incomprensibile ed incongruo fossile normativo del tutto incompatibile con la nuova disciplina in quanto reintrodurrebbe, in sostanza il requisito, apertamente ripudiato dal legislatore, della meritevolezza da valutarsi da parte del tribunale.*”¹¹¹

Le attività di carattere (meramente) patrimoniale che il debitore pone in essere al fine di accedere alla soluzione concordataria dell'impresa ed evitare il fallimento non rilevano ai

¹⁰⁸ “potenzialmente”: il significato è chiarito nel Capitolo 2.

¹⁰⁹ Così P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, op. cit., p. 21.

¹¹⁰ Di diverso avviso, invece, è A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, in il caso.it., p. 94 ss., secondo il quale “ogni genere di atto distrattivo commesso dal debitore” costituirebbe atto di frode.

¹¹¹ Così Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

fini della revoca: questo non vuol dire che non ricevono sanzione, perché i creditori potranno sempre rifiutare la proposta, visti i precedenti del debitore; e le condotte penalmente rilevanti possono essere perseguite a norma dell'art. 236 l. fall.¹¹²

In ogni caso, una volta che si è fatta chiarezza sulla proposta del debitore e sulla sua condotta, anche grazie alla relazione del commissario giudiziale, i creditori sono stati messi nella condizione di esprimere un consenso informato e quindi l'ordinamento li ha tutelati.

Se poi, alla luce degli atti distrattivi del patrimonio, che il debitore ha rivelato nella proposta - facendo *disclosure* delle attività pregresse (sul punto si tornerà nel Capitolo 2, par. 4) - , i creditori preferissero, in termini di convenienza, l'alternativa fallimentare, potrebbero esprimere voto contrario in sede di votazione, o fare opposizione all'omologazione.

Infine, sebbene sia fra le righe di quanto sostenuto finora, si evidenzia che il concetto di frode implica che debba trattarsi di comportamenti dolosi del debitore, *“non essendo concepibile un atto fraudolento che non sia sorretto da una precisa intenzione di compierlo”*¹¹³.

Perciò, ai sensi dell'art. 173, sarebbero sanzionabili gli atti assistiti da un intento o comunque una valenza decettiva per i creditori¹¹⁴, non rilevando le irregolarità formali dei documenti che l'imprenditore è tenuto a depositare, o quelle condotte che, sebbene arrechino danno ai creditori, non siano state intenzionali.

2.5. Il procedimento di revoca: un cenno (si rinvia al Capitolo 5).

La disposizione di cui al secondo comma dell'art. 173 fa rinvio all'art. 15 per la disciplina processuale del procedimento di revoca. Quest'ultimo, infatti, si svolge nelle forme del procedimento per la dichiarazione di fallimento e quindi dinanzi al tribunale in composizione collegiale e con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.¹¹⁵

¹¹² Così Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹¹³ Così Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2011, n. 17038, in Giurisprudenza, Giuffrè.

¹¹⁴ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹¹⁵ Art. 15 l. fall. “Procedimento per la dichiarazione di fallimento”.

“Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento” (comma 1 e 2).

Altre caratteristiche del procedimento in esame sono: a) la officiosità della sua instaurazione; b) la comunicazione al pubblico ministero e ai creditori (da parte del commissario giudiziale); c) la facoltà di creditori e pubblico ministero di instare per la dichiarazione di fallimento del debitore, con conseguente estensione dell'oggetto del procedimento all'accertamento dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5; e) la decisione in forma di decreto ovvero anche in forma di sentenza, in caso di contestuale dichiarazione di fallimento; d) la reclamabilità del decreto insieme alla sentenza di fallimento.

Rispetto al passato, il giudice delegato non è più direttamente coinvolto: il commissario giudiziale che accerta una delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 173 o la mancanza di una delle condizioni di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, deve informare il tribunale. E non è più il giudice delegato a fare le "opportune indagini" (ed a promuovere dal tribunale la dichiarazione di fallimento), ma le stesse saranno svolte dal tribunale in un'istruttoria identica all'istruttoria fallimentare, per espresso rinvio all'art. 15.

È discusso se il commissario giudiziale sia l'unico ad avere l'iniziativa per la revoca del concordato preventivo: in realtà, dalla lettera della norma così sembrerebbe.

Parte della dottrina¹¹⁶ ritiene che il tribunale, venendo autonomamente a conoscenza dei fatti previsti dall'art. 173, possa procedere d'ufficio alla revoca del concordato, indipendentemente dall'informativa del commissario. Nella pratica il tribunale, chiederebbe comunque al commissario una relazione sul punto¹¹⁷: è, infatti, del tutto inverosimile che il procedimento possa essere attivato in assenza del costante monitoraggio sul concordato e sul concreto sviluppo del piano che la legge affida al commissario.¹¹⁸

La giurisprudenza di merito, invece, ha chiarito che non vi è margine per il tribunale per una revoca d'ufficio del concordato preventivo, poiché l'art. 173 "*riserva al commissario giudiziale la denuncia delle ipotesi di atti fraudolenti da parte del debitore. La norma prevede espressamente il potere di iniziativa del commissario giudiziale [...]*"¹¹⁹: dunque, si ritiene che, ai fini dell'apertura del procedimento di revoca, sarebbe necessaria una

¹¹⁶ Ambrosini S., Demarchi P., Vitiello M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 132.

¹¹⁷ Ambrosini S., Demarchi P., Vitiello M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, op. cit., p. 132.

¹¹⁸ L. Mandrioli, *Il concordato preventivo*, in *La legge organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti-L. Panzani, Milano 2008, p. 714.

¹¹⁹ App. di Napoli, 21 luglio 2009, in *il caso.it*.

denuncia-dichiarazione da parte del commissario di atti fraudolenti; dopodiché il tribunale potrebbe procedere d'ufficio a svolgere le opportune indagini.

Ambrosini fa notare che, nel sistema concorsuale riformato, sembra da escludere che una tale iniziativa possa essere assunta *motu proprio* dal tribunale, anche se riconosce che il limite è più apparente che reale, potendo essere superato mediante il dialogo tra giudice delegato e commissario e la conseguente attivazione di quest'ultimo.¹²⁰

In realtà, si ritiene che la legge farebbe riferimento alla segnalazione del commissario soltanto perché è il soggetto che più di altri può venire a conoscenza degli atti di cui all'art. 173¹²¹, perché è tenuto a fare l'inventario e a redigere una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, ai sensi dell'art. 172. Ciò non toglie che gli stessi atti possano essere portati a conoscenza del tribunale direttamente da un creditore, da un terzo interessato o dal pubblico ministero: il tribunale chiederebbe una relazione sul punto al commissario, affinché accerti che ricorrono gli estremi, di cui all'art. 173, per sospendere la prosecuzione della procedura di concordato. O, ancora, costoro potrebbero stimolare la segnalazione da parte del commissario giudiziale.¹²²

In ogni caso, a prescindere da chi faccia la segnalazione, il tribunale non è tenuto ad aprire comunque il procedimento *ex art.* 173, se non rinviene motivi che legittimano la revoca del concordato preventivo.¹²³

3. Altre ipotesi di procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173.

I casi in cui si procede alla revoca del concordato preventivo non sono solo quelli previsti dall'art. 173, comma 1 e 3, ma ci sono altre norme che vi fanno rinvio.

L'art. 161, comma 6, - che, come si è detto (par. 1), ha introdotto nel nostro ordinamento il concordato con riserva - prevede che il tribunale, con il decreto motivato che fissa il termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione necessaria, possa nominare un commissario giudiziale (c.d. pre-commissario, perché opera nella fase che precede

¹²⁰ Vedi S. Ambrosini, *La revoca dell'ammissione al concordato*, in Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, op. cit., p. 323.

¹²¹ Cfr. D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 737.

¹²² Cfr. S. Ambrosini, *La revoca dell'ammissione al concordato*, in Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, op. cit., p. 322-323.

¹²³ Cfr. D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 738.

l'ammissione al concordato). Quest'ultimo, se accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'art. 173, deve riferirne al tribunale che procede nelle forme dell'art. 15 e, verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda; inoltre, se vi è stata istanza del creditore o richiesta del pubblico ministero, il tribunale, accertati i presupposti di cui all'art. 1 e 5, può dichiarare il fallimento con contestuale sentenza (reclamabile ai sensi dell'art. 18).

Dunque, in questo caso, siccome la procedura di concordato preventivo non è ancora iniziata, anziché aversi la revoca, il tribunale emette un decreto di improcedibilità della domanda.¹²⁴

In precedenza (par. 2.1.) si è parlato del deposito del fondo-spese per la procedura di concordato: infatti l'art. 163, comma 4, dispone che qualora il deposito non sia eseguito nel termine di quindici giorni, il commissario provveda a norma dell'art. 173, comma 1, quindi riferendo al tribunale, che, a sua volta, aprirà il procedimento di revoca.

Ancora, l'art. 186 bis, che disciplina il concordato con continuità aziendale, al comma 7 statuisce: *“Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato”*.

Ed infine, una disposizione (l'art. 185, comma 6) introdotta dalla l. 132/2015, sembra prevedere che anche nella fase di esecuzione del concordato preventivo si possa dare luogo al procedimento di revoca.

L'art. 185 disciplina, infatti, l'esecuzione del concordato e prevede che, dopo l'omologazione dello stesso, il commissario giudiziale deve sorvegliarne l'adempimento e riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

La l. 132/2015 è intervenuta anche sulla disciplina della fase esecutiva al fine di garantire l'esecuzione delle eventuali proposte concorrenti vittoriose.¹²⁵

¹²⁴ Si veda nt. 22.

¹²⁵ A seguito della riforma dello scorso agosto, i creditori possono presentare proposte concorrenti e tali proposte, una volta ammesse, vengono sottoposte alla votazione dell'adunanza (insieme alla proposta del debitore) con la possibilità di essere approvate ed omologate (sul punto si tornerà nel Capitolo 3, par. 2.1.).

In tale contesto, l'art. 185, comma 6,¹²⁶ fa salvo l'art. 173 e quindi la possibilità per il tribunale di dichiarare la revoca del concordato. Tuttavia, questa norma ha destato non poche perplessità¹²⁷ dal momento che la revoca del concordato preventivo può essere pronunciata fino al decreto di omologa (su questa norma si tornerà nel Capitolo 5, par. 3).

www.osservatorio-oci.org

¹²⁶ “Fermo restando il disposto dell'articolo 173, il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziale stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa. Quando è stato nominato il liquidatore a norma dell'articolo 182, i compiti di amministratore giudiziale possono essere a lui attribuiti.”

¹²⁷ A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 319 ss.

CAPITOLO 2

ATTI IN FRODE E ALTRE FATTISPECIE RILEVANTI AI FINI DELLA REVOCA.

1. Problematiche attuali sull'interpretazione delle fattispecie previste dall'art. 173 1. fall.

Il confronto tra dottrina e giurisprudenza sugli “atti di frode” vanta numerosi interventi negli ultimi anni, stimolati dalle riforme che hanno via via mutato la disciplina del concordato preventivo¹²⁸ e anche dal proliferare delle pronunce della Suprema Corte, talvolta anche contrastanti fra loro.

Nonostante i vari interventi dei Giudici di legittimità, di certo non univoci, come si diceva, non vi è accordo tra gli interpreti su cosa si debba intendere per frode.

Nel capitolo precedente (par. 2.4.) si accennava alla tematica in esame: in quella sede si è chiarito che i destinatari della frode sono i creditori e le loro ragioni¹²⁹; non rilevano, invece, gli atti che hanno una portata meramente patrimoniale¹³⁰.

Oltre questo aspetto, sussistono delle difficoltà riguardo alla sussunzione delle fattispecie concrete al modello legale “atti di frode” (come descritti dall'art. 173): questo perché non si riesce a dare un'interpretazione unanime delle condotte (neppure quelle tipizzate) previste dalla norma per poter procedere, senza indugio, a qualificare quel determinato atto commesso dal debitore come atto idoneo a causare la revoca del concordato; e quando lo si qualifica come tale, si è spesso soggetti a critiche.

Attualmente, due sono le principali correnti di pensiero che si contrappongono e l'interrogativo che divide è: la *disclosure* del debitore è un esimente, oppure no? È sufficiente che l'imprenditore confessi i propri atti “illeciti”, cioè compiuti al fine di ingannare i creditori, per evitare la revoca del concordato preventivo?

C'è chi ritiene che la rivelazione degli atti di frode, in quanto renda i creditori edotti delle passate condotte del debitore e consenta loro di esprimere un consenso informato, “salvi” il

¹²⁸ Di cui si è detto nel Capitolo 1.

¹²⁹ Ossia quanto spetta loro in termini di soddisfacimento dei crediti.

¹³⁰ Punibili, invece, sul piano penale, come reati fallimentari o comuni.

debitore dalla revoca e dal possibile fallimento¹³¹; al contrario, altri sostengono che in questo modo si finirebbe per legittimare il debitore a porre in essere quei comportamenti pregiudizievoli, dal momento che poi la corretta informazione gli consentirebbe di proseguire comunque nella procedura di concordato¹³².

Probabilmente, la corretta interpretazione degli atti di frode non è né l'una né l'altra; e bisognerebbe distinguere fra atti commessi anteriormente all'ammissione al concordato e quelli successivi.

Interpretazioni contrastanti riguardano poi anche le fattispecie normate al comma 3 dell'art. 173, in particolare la mancanza delle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato". Ci si chiede quali siano le condizioni di ammissibilità che qualora risultassero mancanti, legittimerebbero la revoca del concordato e, in particolare, se la fattibilità del piano riguardi l'aspetto economico della proposta e dunque rimanga sottratta al sindacato del tribunale e alla revoca¹³³.

Quindi, molte sono le incertezze sulle fattispecie che danno luogo alla revoca del concordato. E l'ultimo intervento del legislatore non è andato nel senso di dirimerle, anzi.

¹³¹ Ex multiis, A. D'Ambrosio, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli "altri atti di frode" ai sensi dell'art. 173 della legge fallim.*, in D.F., 2012, 2, p. 219 ss., secondo cui "qualora il debitore abbia posto in essere atti che possano risultare pregiudizievoli per i creditori, che però vengono chiaramente esposti nella proposta di concordato, si può quindi affermare che questi atti non hanno alcuna valenza di distorsione dell'informazione e della volontà dei creditori [17]. Tali condotte, invece, potrebbero configurare gli atti di frode richiamati dall'art. 173 legge fallim., solo se abbiano un'attitudine a fuorviare la corretta rappresentazione della realtà sulla quale i creditori devono esprimere il proprio voto"; G. Schiano di Pepe, *E' possibile "rifondare" l'art. 173 legge fallimentare?*, in D.F., 2008, 5, p. 451 ss; M. Fabiani, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in Fall., 2015, 8-9, p. 953 ss; G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, cit., p. 41 ss; S. Ambrosini, *Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, cit.

In giurisprudenza: Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in Giurisprudenza, Giuffrè; Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, cit.; Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, in Diritto e Giustizia, Giuffrè; Trib. di Piacenza, 4 dicembre 2008, in il caso.it.

¹³² Così G. La Croce, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in Fall., 2015, 3, p. 304 ss, commentando Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552. In giurisprudenza: Trib. di Monza, 25 novembre 2011, in il caso.it.

¹³³ Si vuole dire, cioè, che se la fattibilità del piano deve essere intesa come prognosi di adempimento delle obbligazioni assunte nel piano, allora il rischio di tale adempimento grava sui creditori, cui spetta esprimersi nel merito, una volta che il tribunale ha verificato la regolarità della procedura. Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit., in cui si rileva che "resta sempre, infatti, insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori". Cfr. Cass. Civ., sezioni unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., in cui la fattibilità del piano viene scissa in fattibilità giuridica e fattibilità economica: quest'ultima altro non è che la prognosi di adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore nel piano. La Cassazione ritiene che il rischio dell'adempimento gravi sui creditori e quindi al tribunale non spetta alcun sindacato sulla fattibilità economica. Sulla fattibilità del piano e sulla fattibilità economica e giuridica si tornerà nel Capitolo 3.

La riforma della legge 132/2015 ha, a quanto consta, allargato le maglie del problema, in quanto sembra che il legislatore abbia voluto espandere nuovamente il sindacato del tribunale, in particolare alla fattibilità economica¹³⁴: dunque, in sede di revoca potrebbero esserci più fattori da valutare, rispetto a quanto accadeva nel vigore della disciplina precedente.

2. Nozione di frode e di “atti di frode”.

Si è affermata una nozione di atti di frode che valorizza “*qualsiasi condotta, a contenuto sia patrimoniale che documentale, commissiva o omissiva, anche collocata in epoca precedente la presentazione della domanda, perché caratterizzata soggettivamente dall'intento fraudolento*”.¹³⁵

Dunque, determinano la revoca del concordato preventivo, quelle condotte dirette ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori.¹³⁶ “*Tali tali atti hanno la caratteristica comune di alterare la corretta valutazione dei creditori circa la reale situazione del patrimonio dell'impresa debitrice, sia rispetto allo stato attuale che nella prospettiva della successiva attuazione del piano concordatario*”.¹³⁷

Infatti, come si accennava nel capitolo precedente (par. 2.4.), la Corte di Cassazione ha rilevato, quale minimo comune denominatore degli atti di frode, la loro attitudine a trarre in inganno il ceto creditorio circa le reali prospettive di realizzazione del piano concordatario e la sua convenienza rispetto alle alternative concretamente praticabili (in particolare il fallimento)¹³⁸.

Nell'odierna disciplina del concordato preventivo, l'attenzione del legislatore è rivolta ad assicurare ai creditori “*la formazione consapevole e genuina [...] del consenso sul contenuto della proposta di concordato*”¹³⁹, perciò gli atti di frode sono quelli, che secondo il Tribunale di Bari, hanno avere una rilevanza interna alla procedura, in quanto finalizzati a

¹³⁴ Si legga nota precedente.

¹³⁵ Così F.S. Filocamo, *L'art. 173 primo comma l. fall. nel “sistema” del nuovo concordato preventivo*, cit., p. 1467 ss.

¹³⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, cit.; App. di Venezia, 24 novembre 2011, in il caso.it.

¹³⁷ Così A. D'Ambrosio, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli “altri atti di frode” ai sensi dell'art. 173 della legge fallim.*, cit., p. 224.

¹³⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹³⁹ Così S. Ambrosini, *Per un'interpretazione “evolutiva” della fattispecie “altri atti di frode” di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, cit.

frodare le ragioni dei creditori, inficiando il percorso formativo del consenso con una falsa o erronea rappresentazione della realtà.¹⁴⁰

Dunque, “svincolata dalla meritevolezza, la frode va vista, piuttosto, come difetto di buona fede nella condotta di un contraente – il proponente il concordato – nei confronti degli altri contraenti e cioè della massa dei creditori. La frode è una condotta del debitore idonea ad alterare la percezione dei fatti e dunque tale da condurre i creditori ad una rappresentazione infedele¹⁴¹, con conseguente, possibile, espressione di un voto inconsapevole”.¹⁴²

D'accordo con Fabiani, si ritiene che la frode soggettiva¹⁴³, ossia la condotta del debitore che non offra ai creditori un bagaglio informativo completo, inficiando la genuinità del voto, causi la revoca del concordato.

Il debitore, che faccia una proposta di concordato, deve rivelare ai creditori gli atti di frode¹⁴⁴ commessi precedentemente ed illustrare, nella medesima proposta, la reale situazione economico-finanziaria dell'impresa; altrimenti, il deficit informativo, accertato dal commissario, legittima la revoca del concordato, con la conseguente possibilità per il tribunale di dichiarare il fallimento, se i creditori o il p.m. ne facciano richiesta.

Ciò che si tutela è il diritto dei creditori di scegliere la soluzione concordataria in maniera consapevole: il debitore che voglia accedere alla soluzione negoziata della crisi, perciò, non deve far altro che sincerarsi con i creditori sul suo operato e sulle attuali condizioni dell'impresa e trattare con i creditori nel rispetto delle “regole del gioco”¹⁴⁵, per evitare in questo modo la revoca, a norma dell'art. 173 l. fall.

¹⁴⁰ Trib. di Bari, 7 aprile 2010, in Fall., 2010, 5.

¹⁴¹ Dello stesso avviso sono M. Gaboardi, *sub art. 173*, in Commentario alla legge fallimentare, diretto da Cavallini, vol. III, Milano, 2010, p. 652 ss; G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, a cura di Fauceglia e Panzani, cit., 2009, p. 1700 ss; P. Bosticco, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1441 ss.

¹⁴² Così M. Fabiani, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in il caso.it.

¹⁴³ Cfr. M. Fabiani, ult. cit.

¹⁴⁴ Quegli atti che in caso di fallimento sarebbero revocabili. Infatti, secondo M. Fabiani, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 953 ss, “è il celare l'atto revocabile che costituisce <<frode soggettiva>>, non, invece, compiere in sé un atto che potrebbe (un domani) essere revocato”.

¹⁴⁵ “Il legislatore ha voluto dare fiducia al debitore consentendogli di formulare una proposta molto flessibile; gli ha dato fiducia snellendo l'istruttoria con l'attestazione, ma vuole che le regole del gioco siano rispettate. E le regole del gioco sono costituite (anche) dalla completa rappresentazione degli eventi che hanno condotto l'impresa al dissesto, visto che ai creditori è chiesto un sacrificio. I creditori debbono sapere cosa è successo e solo dopo averlo saputo possono giudicare e scegliere se approvare o no la proposta ma con un limite: le regole del gioco vanno rispettate anche se i creditori “perdonano” il debitore, non già perché è reintrodotta un giudizio di meritevolezza ma perché la legge fissa un perimetro di regolarità come è fissato un perimetro per il rispetto del pagamento dei creditori”. Così M. Fabiani, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, cit.

Sicuramente, l'imprenditore si esporrà al rischio di non vedersi approvare la proposta dai creditori, ma è un rischio che dovrà correre, se non vorrà perdere la possibilità di risollevare le sorti della sua impresa o semplicemente di ottenere l'esdebitazione.

In altre parole, la legge concede all'imprenditore "disonesto"¹⁴⁶ in crisi "una seconda possibilità", purché egli non se ne approfitti: l'obiettivo lecito da perseguire¹⁴⁷ è la risoluzione della crisi mediante il soddisfacimento dei creditori (c.d. causa del concordato preventivo), che deve concretarsi in un piano adatto alla specifica vicenda, riguardo alle modalità e alla tempistica (causa in concreto).

Qualunque condotta che si allontani dall'obiettivo è punibile o con la dichiarazione di inammissibilità del concordato, ex art. 162, comma 2; oppure, ai sensi dell'art. 173, con la revoca; o, infine, con il rigetto della richiesta di omologazione, a norma dell'art. 180 l. fall. E qualora tali condotte, venissero scoperte dopo l'omologazione, la legge prevede anche la risoluzione del concordato, su richiesta dei creditori, ai sensi dell'art. 186 l. fall.

Oltre alla frode soggettiva, si è detto¹⁴⁸ che anche la frode oggettiva determina la revoca del concordato: essa consiste nel far credere ai creditori che lo strumento concordatario sia l'unica soluzione per regolare la crisi d'impresa¹⁴⁹.

Quindi, in questo caso, la revoca è una conseguenza dell'accertamento di atti che il debitore ha posto in essere non solo per avvantaggiare sé o altri, ma con la consapevolezza di alterare le condizioni dell'impresa in modo da poter convincere i creditori della preferibilità della soluzione concordataria. "*L'abuso non attiene alla proposta, ma se mai, proprio, alla stessa soluzione concordataria*".¹⁵⁰

¹⁴⁶ Nei termini di cui si è detto nel Capitolo 1, par. 1.

¹⁴⁷ Quale emerge dall'interpretazione della disciplina concordataria ad opera di Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

¹⁴⁸ Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹⁴⁹ Cfr. S. Pacchi, L. D'Orazio, A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, vol. II, Torino, 2009, p. 1831 ss.

¹⁵⁰ Così Fabiani, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, cit., il quale aggiunge che la prova di un siffatto comportamento appare assai complicata e rinvia ad una sentenza della Corte d'Appello di Milano, 20 gennaio 2012, in cui si è predicata l'astratta configurabilità dell'abuso dello strumento concordatario per poi negarne in concreto l'esistenza.

Gli interpreti si dividono fra chi¹⁵¹ ritiene punibile anche questa forma di frode con la revoca del concordato e chi¹⁵², invece, ritiene che in questo caso si tratti di abuso del diritto.

Secondo Fabiani, lo schema dell'abuso del diritto¹⁵³ è stato speso troppe volte e ingiustificatamente: *“l'imprenditore che si trova già in stato di dissesto e che compie atti volti a depauperare la garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori occultandoli a costoro per ottenere un consenso fondato su di una alterata percezione dei fatti, può sì conquistare l'accesso al concordato ma quando questi fatti vengono disvelati, la sanzione della revoca del concordato dovrebbe invocarsi inesorabilmente”*¹⁵⁴.

Certamente, alla luce della nuova filosofia di base del concordato preventivo¹⁵⁵, la rilevanza degli atti di frode è legata alla correlazione tra la condotta fraudolenta e la domanda di concordato¹⁵⁶: perciò, quelle condotte che siano finalizzate a trarre in inganno i creditori in vista dell'adunanza di cui all'art. 174, influenzandone la manifestazione del voto, determinano la revoca del concordato.¹⁵⁷

¹⁵¹ M. Fabiani, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 953 ss, che pur distinguendo fra frode soggettiva e frode oggettiva, considera entrambe sanzionabili attraverso la revoca, considerando lo schema dell'abuso del diritto quale rimedio alla frode oggettiva, ingiustificato.

¹⁵² Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit., in cui si dice: “[...] c'è tuttavia un limite implicito che è quello, più volte e anche di recente, richiamato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. I, sent. n. 3274/10 ed altre ivi citate), dell'abuso del diritto che nella specie si declina nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati 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. E' indubbio che in presenza di una tale condotta (del cui accertamento, nella fattispecie, non vi è sicura traccia) il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento”.

¹⁵³ Il tema sarà affrontato nello specifico al Capitolo 5, par. 5.

¹⁵⁴ Così M. Fabiani, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 955.

¹⁵⁵ “È vero, infatti, che l'art. 173 è rimasto immutato nella sua lettera (o almeno lo era al momento delle pronunce) ma è anche vero che è cambiato il contesto circostante e soprattutto è cambiata la filosofia stessa del concordato preventivo, nonché gli equilibri su cui si fonda”. Così G. Schiano di Pepe, *E' possibile “rifondare” l'art. 173 legge fallimentare?*, cit., p. 454.

¹⁵⁶ “L'orientamento che vedeva l'arresto della procedura di concordato come uno strumento straordinario che trovava applicazione anche in presenza di un'offerta da parte del debitore di porre rimedio al pregiudizio arrecato ai creditori (come sembra avvenuto in uno dei casi in esame) sembra aver perso molto del suo peso in presenza di una *disclosure* da parte dell'istante e di una successiva consapevole approvazione da parte dei creditori avvenuta ai sensi dell'art. 171 legge fallim.” Così G. Schiano di Pepe, ult. cit.

¹⁵⁷ Cfr. P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in A. Jorio – M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, p. 1010 ss; S. Ambrosini, *Per un'interpretazione “evolutiva” della fattispecie “altri atti di frode” di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, cit., il quale aggiunge: “[...] Ne consegue, in termini di corollari applicativi, che non risulta sussumibile nella categoria “altri atti di frode”, ad esempio, la condotta, pur penalmente rilevante, dell'imprenditore che si sia astenuto dal richiedere tempestivamente la dichiarazione di fallimento aggravando così il proprio dissesto, stante il difetto dell'intento frodatario (non a caso si tratta di una fattispecie di bancarotta semplice, non fraudolenta). Allo stesso modo, eventuali false comunicazioni sociali contenute in pregressi bilanci possono di regola considerarsi “sanate”, ai fini che ci occupano, dalla rappresentazione veritiera e corretta che dei medesimi fatti venga fornita nell'aggiornata relazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa ex art. 161. Analogamente è a dirsi, anche se per la diversa ragione della mancanza di lesività della condotta, nel caso dell'imprenditore che per effetto di una frode acquisisca un'utilità

2.1. Atti anteriori e atti successivi.

Occorre fare una distinzione fra gli atti anteriori alla domanda di concordato e gli atti compiuti dopo il deposito della stessa.

Le fattispecie che possono verificarsi in corso di procedura e che danno luogo alla revoca (ai sensi dell'art. 173, comma 2) sono due:

- gli atti di straordinaria amministrazione, non autorizzati ai sensi dell'art. 167 l. fall.;
- gli atti comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori.

La seconda fattispecie fa riferimento alla frode, tuttavia bisogna tenere conto che in questo caso la frode riguarda le "ragioni dei creditori", ossia le loro aspettative soddisfatorie.

La frode prevista nel primo comma, è originata - come si diceva (Capitolo 1, par. 2.4.) - dall'intento del debitore di non palesare gli atti di frode commessi e la reale situazione della sua impresa, cosicché i creditori possano considerare il concordato preventivo come lo strumento più idoneo per recuperare il loro credito: quindi la frode incide sulla libera determinazione dei creditori circa la votazione della proposta di concordato.

La frode delle "ragioni dei creditori", invece, incide sul trattamento che agli stessi è riservato nella proposta, determinando un'alterazione peggiorativa dei loro interessi.

L'esigenza di tutelare le ragioni dei creditori nasce da un'altra clausola generale della disciplina concorsuale, ovvero il perseguimento del "miglior interesse dei creditori".¹⁵⁸

Questi atti, quindi, determinano la revoca del concordato, non tanto per il disvalore soggettivo, cioè per la volontà del debitore di danneggiare i creditori, quanto, invece, per il disvalore oggettivo, rappresentato dal peggioramento del trattamento dei creditori, quale esito del compimento di atti che hanno inciso negativamente sulle prospettive di recupero creditizio: questo perché dopo l'apertura del concordato i creditori maturano l'aspettativa

economica che i creditori ritrovano poi nella massa attiva (la consapevole vendita di una partita di merce avariata o di un prodotto difettoso, il commercio di opere d'arte contraffatte, ecc.): qui - com'è stato giustamente osservato - "è evidente la sussistenza della frode (ai danni del terzo), ma non vi è alcun pregiudizio per i creditori, dato che vi è un incremento della massa attiva".

¹⁵⁸ Cfr. M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, II, Bologna, 2014, p. 348 ss.

verso la proposta presentata dal debitore e, perciò, qualunque atto nuovo che pregiudicasse quanto promesso, sarebbe un atto di frode.¹⁵⁹

In questi casi si pone anche il problema del c.d. ravvedimento operoso, ovvero dell' idoneità della condotta successiva del debitore a rimuovere il pregiudizio.¹⁶⁰

I comportamenti posti in essere prima della domanda di concordato, invece, sono caratterizzati da disvalore soggettivo perché il debitore li ha posti in essere per celare ai creditori la reale situazione economico-finanziaria dell'impresa, così da indurli in errore.

Si tratta degli atti di frode tipici e degli altri atti di frode: sono atti che non sono stati rappresentati nella domanda¹⁶¹ e che se palesati avrebbero potuto determinare una valutazione diversa, o meglio negativa, della proposta da parte dei creditori.

Dunque la frode non riguarda l'atto in sé, seppure abbia una natura intrinsecamente fraudolenta, ma l'effetto ingannatorio determinato dalla mancata rappresentazione.¹⁶²

3. Condotta del debitore: la volontà di ingannare (dolo).

L'altro carattere rilevante delle condotte del debitore è l'intenzionalità: la falsa rappresentazione della realtà dell'impresa - sia rispetto allo stato attuale che alla successiva attuazione del piano - non deve dipendere dalla negligenza del debitore, ma occorre che il debitore intenzionalmente abbia documentato una situazione dell'impresa non rispondente alla realtà, per ottenere il consenso dei creditori.¹⁶³

¹⁵⁹ Cfr. M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, cit., p. 348 ss.

¹⁶⁰ App. di Bologna, 25 giugno 2013, in il caso.it. ritiene che la condotta successiva è irrilevante, perché ciò che conta è la violazione formale; M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, cit., p. 350 (nt. 3), commentando tale sentenza, sostiene che "si tratta di una interpretazione rigida, ma non infondata, in quanto la norma mira a determinare nel debitore un contegno corretto (non sotto il profilo etico, ma sotto quello economico) che va osservato *ex ante* e non *ex post*."

¹⁶¹ Cfr. D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 748.

¹⁶² Cfr. Così M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, cit., p. 352, il quale sostiene che "il dolo non riguarda tanto il compimento dell'atto, quanto la volontà di non manifestarlo ai creditori"; S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in Fall. 2011, 8, p. 947 ss.

In giurisprudenza: Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, cit.; Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; App. di Torino, 21 maggio 2013, in il caso.it; Trib. di Mantova, 22 giugno 2011, in il caso.it; Trib. di Piacenza, 4 dicembre 2008, in il caso.it.

¹⁶³ "La distinzione, estremamente complessa in concreto, dei casi in cui il substrato psicologico sia di mera negligenza o imprudenza da quelli in cui la condotta sia dolosa ha notevoli ripercussioni sul piano pratico. Invero, si ritiene che solo nel caso in cui difetti un comportamento fraudolento imputabile al debitore sia necessario affidare al ceto creditorio (previa una sua adeguata e completa informazione), anche nell'ipotesi di uno scarto rilevante tra le condizioni della

La Cassazione¹⁶⁴, infatti, ha sostenuto che non è concepibile un atto fraudolento che non sia sorretto da una precisa intenzione di compierlo - e che, nel caso di specie, l'indagine sul carattere doloso dell'omessa indicazione, nella proposta di concordato, di alcune passività che si assumevano effettivamente inesistenti, era assolutamente doverosa -.

Dunque l'elemento soggettivo degli atti di frode è il dolo, inteso come volontà del debitore di trarre in inganno i creditori per indurli a votare favorevolmente la proposta di concordato.

In un'altra sentenza¹⁶⁵, invece, i Giudici di legittimità ritengono che l'elemento soggettivo degli atti di frode “*si concretizza nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori*”.¹⁶⁶

L'una non esclude l'altra, dal momento che la consapevolezza del debitore di non dare ai creditori informazioni rilevanti - al fine di permettergli di esprimersi consapevolmente - implica un'intenzione, che è quella di tacere per ingannare, o comunque l'accettazione della possibilità che gli stessi siano tratti in inganno.¹⁶⁷

Se l'attuale disciplina del concordato preventivo impone degli obblighi informativi al debitore (a norma dell'art. 160 e 161)¹⁶⁸ - affinché i creditori possano votare consapevolmente -, anche il tacere implica violazione di tali obblighi e di conseguenza il venir meno delle condizioni per un lecito utilizzo dello strumento concordatario (perché anche in questo caso i creditori non voterebbero consapevolmente, ma con l'inganno). Dunque, se anche un tale comportamento origina la frode e determina la revoca del

proposta e quelle in concreto realizzabili, la scelta (da esprimersi attraverso il voto) tra il preferire la soluzione concordataria ed il decidere di non coltivarla, eventualmente sollecitando la dichiarazione di fallimento. Da ciò consegue che non appare condivisibile l'indirizzo per cui il tribunale, in presenza di atti di frode posti in essere dal debitore, dovrebbe comunque far svolgere l'adunanza dei creditori ed in quella sede attendere il giudizio informato di questi ultimi sulla proposta concordataria”. Così A. Penta, *Le condotte distrattive poste in essere prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato*, in *Fall.*, 2014, 12, p. 1268.

¹⁶⁴ Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2011, n. 17038, in *Giurisprudenza*, Giuffrè. Cfr. App. di Catania, 3 aprile 2012, in www.osservatorio-oci.org.

¹⁶⁵ Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2014, n. 10778, in *Giurisprudenza*, Giuffrè, che richiama anche Cass. Civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, cit.

¹⁶⁶ Dello stesso avviso è anche G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, cit., p. 60.

¹⁶⁷ Cfr. D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 747, il quale sostiene che “le condotte dovranno altresì essere consapevoli, ossia compiute, se non con la precisa volontà di trarre in inganno, quantomeno con la coscienza della possibilità che i creditori siano ingannati”.

¹⁶⁸ Tra l'altro, a seguito della legge 132/2015, sono aumentate le informazioni (si veda l'art. 161, comma 2, lett. e) che l'imprenditore deve dare ai creditori e, poiché è stato introdotto l'obbligo di assicurare un soddisfacimento quantomeno accettabile (che il legislatore ha individuato nel 20%), il debitore nella proposta deve anche assumersi un obbligo in tal senso.

concordato, il dolo, quale elemento soggettivo degli atti di frode, va inteso sia nella forma commissiva che omissiva.

La prova del dolo non è di certo agevole, ma diventa di fondamentale importanza quando si vuole dimostrare che una condotta del debitore è inquadrabile in un atto di frode atipico: ossia, quando tale condotta non ha le caratteristiche degli atti di frode specificamente descritti, ma è comunque intenzionalmente diretta ad ingannare i creditori e come tale causa di revoca del concordato.¹⁶⁹

Un conto è rilevare che una condotta abbia le caratteristiche degli atti specificamente descritti (cioè i c.d. atti di frode tipici), altro è dimostrare che una condotta del debitore, che non abbia le caratteristiche degli atti tipici, rientri negli “altri atti di frode”: la prova del dolo diventa decisiva¹⁷⁰.

4. Rilevanza *disclosure* del debitore.

Una volta chiarito l'elemento oggettivo e soggettivo degli atti di frode e anche che vi è differenza tra la rilevanza degli atti anteriori alla domanda di concordato e quelli successivi, si deve affrontare il tema, fortemente dibattuto, della *disclosure* dell'imprenditore.

Si tratta della confessione da parte del debitore degli atti di frode commessi prima della presentazione della domanda di concordato: se il debitore li rivela ai creditori, può accedere al concordato - dal momento che non è prevista una causa di inammissibilità per gli atti di frode commessi in passato ed è venuto meno ogni riferimento alla meritevolezza - e soprattutto può salvarsi dalla revoca, perché i creditori sono stati correttamente informati e non c'è stata alcuna intenzione di ingannarli.¹⁷¹

“È ben vero che il ricorso ex art. 161 l.fall. non deve contenere espressamente la narrazione delle condotte pregresse, ma è connotato alla formazione di un consenso effettivo e

¹⁶⁹ L'importanza dell'indagine sul carattere doloso delle condotte del debitore - che potrebbero qualificarsi come “altri atti di frode” - è sottolineata da Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2011, n. 17038, cit., la quale specificamente ritiene che è “assolutamente doverosa, non essendo concepibile che un atto fraudolento non sia sorretto da una precisa intenzione di compierlo”.

¹⁷⁰ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2011, n. 17038, cit.

¹⁷¹ Cfr. G. Schiano di Pepe, *E' possibile “rifondare” l'art. 173 legge fallimentare?*, cit., p. 451 ss.

*informato, che il debitore debba raccontare ciò che è accaduto in passato; il raccontarlo non elimina l'eventuale pregiudizio, ma esclude l'inganno*¹⁷².

Se si appoggia la tesi della natura privatistica del concordato¹⁷³, una tale confessione dovrebbe essere sufficiente a garantire il rispetto della regolarità della procedura, dal momento che nella fase di ammissione la disciplina concordataria si occupa principalmente di assicurare ai creditori un bagaglio informativo che gli permetta di esprimere un voto consapevole in sede di adunanza.

Tuttavia, pur volendo tener conto dell'eteronomia propria della disciplina concordataria, non si può negare che una volta garantite ai creditori le informazioni necessarie, affinché possano autodeterminarsi, non rimane spazio per un giudizio etico e la conseguente sanzione al debitore per aver commesso atti pregiudizievoli. La legge ha svolto il suo ruolo.

Si ritorna nuovamente al discorso dell'autonomia privata nel concordato preventivo¹⁷⁴: come si è detto nel capitolo precedente (par. 1.1.), essa può “esprimersi” liberamente all'interno dello schema legale predisposto a tutela dei creditori.

La Corte di Cassazione, infatti, nella sentenza 1521/2013, a Sezioni Unite, ha rifiutato l'idea che la natura del concordato possa essere ricondotta ad un inquadramento giuridico unitario: pur enfatizzando i profili privatistici, non ha accolto la soluzione contrattualistica pura, rilevando l'esistenza di “*evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici*” e soprattutto “*la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini d'intervento del giudice in chiave di garanzia*”. Quindi, il debitore e i creditori possono accordandosi per risolvere la crisi dell'impresa, purché rispettino le regole processuali inderogabili finalizzate alla corretta formazione dell'accordo.

¹⁷² M. Fabiani, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 955.

¹⁷³ Cfr. G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, cit., p. 54, il quale, dopo aver esposto le varie soluzioni interpretative proposte dagli interpreti, “considera preferibile quella che individua gli atti di frode idonei ad interrompere la procedura in quelli che abbiano come obiettivo l'inganno dei creditori, dovendo le altre ipotesi (si pensi a situazioni di appropriazione indebita, di condotte distrattive o di pagamenti preferenziali che vengano apertamente e chiaramente illustrate nelle relazione dell'attestatore o nello stesso «piano concordatario») trovare eventuale disciplina nella previsione dell'art. 236 legge fallim., quando si tratti di comportamenti rientranti nel catalogo dei reati fallimentari o comuni”.

¹⁷⁴ Difatti, G. La Croce, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Fall.*, 2015, 3, p. 304 ss, rileva che “intorno alla interpretazione delle disposizioni dell'art. 173 l. fall. si è concentrato il momento decisivo del confronto sulla natura dell'istituto del concordato, fra i fautori della tesi pubblicistica e i sostenitori della tesi della sua natura privatistica”.

A proposito della corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, La Croce¹⁷⁵ ha giustamente affermato che si tratta dell'applicazione in materia di concordato preventivo del principio di buona fede¹⁷⁶, di cui all'art. 1337 c.c., quale principio che regola le trattative precontrattuali.

Dunque, se così stanno le cose, una volta che ai creditori sono stati forniti tutti gli strumenti necessari per poter trattare con l'imprenditore – anche sotto la sorveglianza costante del commissario giudiziale -, ad essi spetta valutare la convenienza della proposta e ancora prima la possibilità che il piano predisposto dal debitore venga adempiuto (la c.d. fattibilità economica, di cui si dirà in seguito).¹⁷⁷

Il tribunale, invece, deve “limitarsi”¹⁷⁸ a garantire che tutto si svolga secondo le “regole del gioco”¹⁷⁹, ossia nel rispetto degli obblighi informativi, e quindi della buona fede¹⁸⁰, e della disciplina procedimentale del concordato.

Invece, i creditori si assumono il rischio della riuscita del piano e del loro soddisfacimento¹⁸¹.

¹⁷⁵ Cfr. G. La Croce, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, ult. cit., p. 305, il quale rileva anche che la “corretta formazione dell'accordo fra debitore e creditori” è il termine di paragone per dare sostanza alla categoria degli altri atti di frode, “atteso che la stessa non può essere più ancorata al più ampio requisito della meritevolezza”.

¹⁷⁶ Sulla buona fede nel concordato preventivo si è espresso Trib. di Milano, 19 luglio 2007, in il caso.it, secondo cui l'art. 173 costituisce “un'applicazione del principio della buona fede che deve costituire il modello di comportamento del debitore nell'adempimento delle obbligazioni e che trova fondamento costituzionale negli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Costituzione”.

¹⁷⁷ Cfr. S. Ambrosini, *Per un'interpretazione “evolutiva” della fattispecie “altri atti di frode” di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, cit.: “[...] può ancora parlarsi di intento frodatario in presenza di una *disclosure* del debitore che, appunto, alzi il velo posto fino a quel momento sui propri censurabili comportamenti? Credo che quanto si è qui cercato di dimostrare circa il nuovo assetto della disciplina del concordato e delle finalità ad essa sottese possa orientare l'interprete in senso negativo: condotte siffatte sembrano non già scrutinabili attraverso un giudizio “morale” del tribunale, bensì demandate alla valutazione “economica” del ceto creditorio, senza peraltro che si possa escludere *a priori* che la maggioranza dei creditori finisca per optare, specie nei casi più eclatanti, per un atteggiamento schiettamente sanzionatorio, di là dall'ipotetica maggiore convenienza della soluzione concordataria”.

¹⁷⁸ Cfr. G. La Croce, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, p. 305, il quale, richiamando la sentenza 1521/2013 delle Sezioni Unite della Cassazione, sostiene che il sindacato del tribunale è circoscritto alla fattibilità giuridica, da determinarsi in relazione alla causa concreta del concordato: dunque il tribunale deve verificare che il debitore si proponga di “regolare la propria crisi tramite un accordo con i suoi creditori fondato sulla piena consapevolezza da parte di costoro della reale situazione patrimoniale ed imprenditoriale del proponente”.

¹⁷⁹ Così M. Fabiani, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, cit.

¹⁸⁰ “In tale contesto si inserisce il rinnovato ruolo dell'art. 173, legge fallim., che attraverso il controllo della legittimità del comportamento del debitore e della permanenza (o dell'originaria sussistenza) delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato riserva al tribunale un ruolo di garanzia del rispetto delle regole di correttezza e buona fede che devono presidiare l'esercizio del potere di autoregolamentazione della crisi attribuito all'imprenditore”. Cfr. M. Perrino, in codice commentato del fallimento, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, *sub art. 173*, p. 1533 ss; S. Ambrosini, *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, Bologna 2008, p. 536 ss.

Tuttavia, molti autori¹⁸² e alcune sentenze¹⁸³, anche della Corte Suprema¹⁸⁴, avversano tale orientamento, con la motivazione che in questo modo si legittimerebbe il comportamento fraudolento del debitore.

C'è chi aggiunge¹⁸⁵ che l'imprenditore tenterebbe fino all'ultimo di risollevarne le sorti dell'impresa, procrastinando l'intervento diretto a risolvere le situazioni di crisi e quindi rischiando di aggravare il dissesto, avendo poi il salvacondotto della "*confessio salvifica*".

Non solo, La Croce, commentando l'orientamento della Corte, giunge alla conclusione che: "*la sanzione dell'arresto della procedura non scatterebbe in relazione alla commissione del fatto, bensì dalla sua mancata confessione*". L'autore mostra preoccupazione per la pericolosità e non tollerabilità di una tale conclusione, perché si finirebbe per legittimare comportamenti socialmente e contrattualmente pericolosi.

Tuttavia, come l'autore stesso riferisce, la Corte, consapevole delle possibili conseguenze di una confessione salvifica, nella sentenza 14552/2014 ritorna sul punto e chiarisce che anche le condotte potenzialmente decettive nei riguardi dei creditori determinano la revoca del concordato.

Dunque, il debitore che abbia compiuto atti potenzialmente frodati per i creditori, anche se l'inganno non si sia realizzato, va incontro alla revoca¹⁸⁶, dal momento che egli non ha palesato ogni atto da lui commesso e le conseguenze che ne sono scaturite, perciò prospettando ai creditori una situazione non corrispondente alla realtà.

¹⁸¹ Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹⁸² G. La Croce, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, p. 308, il quale sostiene che "tutte le fattispecie tipiche che consentono al tribunale di revocare l'ammissione alla procedura, sono fattispecie ontologicamente incompatibili con la preventiva loro disclosure". Penta A., *Le condotte distrattive poste in essere prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato*, cit., p. 1264 ss.

Cfr. F. Casa, *Gli "atti di frode" e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo. L'architettura dell'art. 173 l.fall. nella lettura della Corte di cassazione: fratture, ricomposizioni, rimedi*, in *Fall.*, 2015, 3, p. 303, secondo cui "il debitore concordatario non può <<sanare>> le proprie condotte con una "disclosure" completa e puntuale contenuta nel ricorso, poiché, anzi, le infedeltà contenute nella domanda giudiziale sono il presupposto stesso della sua responsabilità ex art. 173 l. fall.", riferendosi, però, alle condotte tipizzate; lo stesso autore, invece, ritiene che una descrizione analitica non ingannatoria degli altri atti di frode possa neutralizzare tali condotte ed evitare la revoca del concordato.

¹⁸³ Trib. di Napoli, 4 dicembre 2012, in il caso.it; Trib. di Monza, 25 novembre 2011, in il caso.it.

¹⁸⁴ Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

¹⁸⁵ Così la definisce G. La Croce, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, cit., p. 304 ss.

¹⁸⁶ Infatti, come rileva C. Esposito, *Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Commento per articoli*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, cit., p. 260, "stando ad una giurisprudenza, è sufficiente che sia ravvisabile una fittizia ed abietamente artefatta rappresentazione della realtà complessiva dell'impresa che si sostanzia in un inganno potenzialmente idoneo a ledere gli interessi dei creditori, senza che si debba indagare, sull'esistenza in concreto del pregiudizio stesso". Cfr. Trib. di Siracusa, 20 dicembre 2012, in il caso.it.

Se anche gli atti fraudolenti fossero esposti dal commissario nella relazione diretta ai creditori, ai sensi dell'art. 172, comma 1, ciò non sarebbe utile a garantire il consenso informato dei creditori.¹⁸⁷

La Croce¹⁸⁸ appoggia questa conclusione, poiché ritiene che ai creditori “*deve essere sottratta ogni qualsiasi successiva valutazione, in ragione dell’interesse pubblicistico di realizzare la tutela dei soggetti potenzialmente non aderenti alla proposta, in considerazione della «radicale non affidabilità» del loro debitore che costituisce «un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura*”¹⁸⁹».

In realtà, è vero che al debitore che si sia dimostrato inaffidabile – dal momento che il commissario abbia scoperto¹⁹⁰ degli atti di frode ai creditori da lui commessi e non rivelati – deve essere tolta la possibilità di proseguire nella soluzione negoziata della crisi, ma questo rinvia al discorso sulla buona fede: certamente non si deve consentire che l’accertamento degli atti di frode, ad opera del commissario, possa essere superato dal voto dei creditori¹⁹¹, ma diverso dovrebbe essere il giudizio nel caso in cui fosse il debitore stesso a rendere edotti i creditori circa gli atti pregiudizievoli commessi¹⁹².

Si tratta, com’è evidente, di due situazioni diverse e come tali sottoposte a trattamenti giuridici differenti.

Infatti, se è vero che deve trattarsi di condotte inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate dal commissario giudiziale¹⁹³ e che la revoca può scaturire anche dal fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di

¹⁸⁷ Infatti, G. Schiano di Pepe, *E’ possibile “rifondare” l’art. 173 legge fallimentare?*, cit., p. 454, così si esprime: “l’orientamento che vedeva l’arresto della procedura di concordato come uno strumento straordinario che trovava applicazione anche in presenza di un’offerta da parte del debitore di porre rimedio al pregiudizio arrecato ai creditori [...] sembra aver perso molto del suo peso in presenza di una *disclosure* da parte dell’istante e di una successiva consapevole approvazione da parte dei creditori avvenuta ai sensi dell’art. 171 legge fallim. Ovviamente diverso sarebbe il caso se tali comportamenti fossero stati occultati e fossero stati successivamente scoperti e accertati dal commissario. In questo caso, infatti, l’approvazione da parte dei creditori sarebbe stata viziata in quanto prestata in presenza di una non completa informazione e quindi l’accettazione di determinati sacrifici non avrebbe tenuto conto di eventuali azioni recuperatorie che invece in sede di fallimento avrebbero potuto essere esercitate”.

¹⁸⁸ G. La Croce, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, cit., p. 309.

¹⁸⁹ Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

¹⁹⁰ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 18 aprile 2014, n. 9050, in il caso.it. sul significato di “scoperto”.

¹⁹¹ E su questo si è concorde con Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552.

¹⁹² Infatti la disposizione di cui all’art. 173, comma 1, “nel richiedere che il commissario *accerti (scilicet scopra)* che il debitore ha *occultato o dissimulato* parte dell’attivo, *dolosamente omesso* di denunciare uno o più crediti, ecc., [...] risulta invero imperniata sul concetto di occultamento, che è per l’appunto l’esatto contrario di quell’attività di *rivelazione*”. Così S. Ambrosini, *Per un’interpretazione “evolutiva” della fattispecie “altri atti di frode” di cui all’art. 173, comma 1, l. fall.*, cit.

¹⁹³ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, cit.

proposta di concordato ed allegati¹⁹⁴ - e che quindi può dirsi accertato dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente -, ne discende che il debitore che riveli gli atti di frode commessi e li esponga in maniera completa, chiarendo anche la loro portata¹⁹⁵ sul patrimonio e sulle future prospettive di soddisfacimento¹⁹⁶, insomma informando correttamente i creditori, sarebbe esente dalla revoca del concordato¹⁹⁷.

Chiara in tal senso è una recente pronuncia¹⁹⁸ della Cassazione, di cui si riporta la massima: *“la nozione di atto in frode con valenza ingannatoria ai fini della revoca del concordato ex art. 173, comma 1, l. fall., presuppone che il debitore abbia occultato situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori e che siano state «scoperte» dal commissario. Non è qualificabile come atto di frode il comportamento del debitore che già nel ricorso abbia indicato gli atti di disposizione del patrimonio, risultando ininfluenza la successiva valutazione del commissario”*.

Tuttavia, c'è chi¹⁹⁹ considera fondamentale l'attività di accertamento del commissario giudiziale, perché essa viene qualificata come *“quell'attività di cognizione che, inquadrando un fatto o un atto nell'appropriato contesto in base agli effetti giuridici perseguiti, consente di ricostruirne e valutarne appieno il significato economico-giuridico”*.

Certamente, la relazione del commissario sarà utile a fornire ai creditori ulteriori informazioni necessarie ai fini di una scelta consapevole: d'altronde è questa la sua funzione.

Infatti, i creditori devono essere informati dal debitore sugli atti di frode commessi e la relazione del commissario - che ricevono prima dell'adunanza, ai sensi dell'art. 172, comma

¹⁹⁴ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 18 aprile 2014, n. 9050, cit.

Si veda anche App. di Bologna, 13 ottobre 2015, in il caso.it; Trib. di Pordenone, 30 ottobre 2015, in il caso.it.

¹⁹⁵ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 18 aprile 2014, n. 9050, cit.

¹⁹⁶ “[...]si richiede che l'indicazione dei comportamenti fraudolenti commessi prima della presentazione del concordato sia esposta chiaramente, precisando le conseguenze economiche ai fini concordatari, al fine di far comprendere – con l'ausilio del Commissario giudiziale – ai creditori la creazione di eventuali «vantaggi patrimoniali» in favore di alcuni di essi o di terzi e consentendo loro di «sanzionare» tali comportamenti con il voto contrario alla proposta.” Così G. Bersani G., *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l. f.*, in D.F., 2015, 1, p. 58.

¹⁹⁷ I comportamenti di cui all'art. 173, comma 1, “possono portare alla revoca dell'ammissione se anteriori alla stessa in quanto siano stati taciuti dal debitore e quindi potenzialmente fonte di inganno, dal momento che, diversamente, il giudizio sulla loro rilevanza ostativa all'ammissione si tradurrebbe, nella sostanza, in un giudizio di non meritevolezza che è stato invece espunto dall'ordinamento”. Così V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 230-231.

¹⁹⁸ Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

¹⁹⁹ A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, in il caso.it.

1²⁰⁰ – serve a chiarirne la natura pregiudizievole e il carattere frodatario²⁰¹, cosicché in sede di votazione possono decidere se trattare lo stesso con il debitore.

“In tale prospettiva interpretativa, la nuova e più rigorosa giurisprudenza della Corte di Cassazione non può che essere salutata con favore, limitando – di fatto – il beneficio del concordato preventivo solo a coloro che, in modo corretto e trasparente dichiarano e spiegano (esponendosi eventualmente ai rischi dell’azione penale) le condotte frodatorie che hanno commesso in passato”.²⁰²

Diverso è il caso in cui i creditori siano stati informati degli atti di frode dal commissario: in questo caso, anche se i creditori hanno votato favorevolmente la proposta, non vi è stata la prestazione di un consenso genuino e quindi non vi è stata adesione²⁰³.

Infatti, nella sentenza 14552/2014, la Cassazione ha ritenuto che *“l’accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o dissimulazione dell’attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più creditori, dell’esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, determina la revoca dell’ammissione al concordato, a norma dell’art. 173 legge fallim., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell’ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell’accertamento”*. Dunque l’accertamento degli atti di frode costituisce *“un ostacolo obiettivo e insuperabile alla prosecuzione della*

²⁰⁰ Dopo la riforma della l. 132/2015, il commissario deve comunicare la relazione ai creditori almeno quarantacinque giorni prima dell’adunanza.

²⁰¹ D’altronde il bagaglio informativo dei creditori deriva dai documenti del debitore, allegati alla proposta di concordato, e dalla relazione particolareggiata del commissario.

Infatti, secondo Esposito C., *Revoca dell’ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Commento per articoli*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, cit., p. 260, che rinvia anche a Trib. di Monza, 25 novembre 2011, in il caso.it, *“la valutazione economico-giuridica del carattere frodatario dell’atto è il risultato di un procedimento intellettuale e valutativo che comporta un attento e prudente esame dei fatti medesimi e che non può considerarsi sostituito dalla loro mera narrazione, da parte del proponente”*.

“Senza una fedele e completa ricostruzione dell’intero contesto, indicare l’esistenza di contratti potenzialmente dannosi nella domanda di concordato non fornisce alcuna intelligibile informazione, poiché è solo la complessiva disamina della situazione del debitore proponente e del contenuto della proposta, quali saggiate dalle attività commissariali, a svelarne appieno la natura pregiudizievole e il carattere frodatario”(A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, cit.) Ma a questo è demandata la relazione particolareggiata del commissario del commissario giudiziale, che, ai sensi dell’art. 172, comma 1, ha ad oggetto *“le cause del dissesto, la condotta del debitore, la proposta di concordato e le garanzie offerte ai creditori”*.

²⁰² G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell’ambito del sub procedimento previsto dall’art. 173 l. f.*, cit., p. 60.

²⁰³ Come si desume da Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

*procedura*²⁰⁴, nonostante il voto favorevole dei creditori. E non si viola l'autonomia privata²⁰⁵, perché non c'è stato alcun consenso²⁰⁶.

È venuta meno anche la critica di Russo²⁰⁷, il quale rilevava che in realtà non tutti i creditori, pur informati delle condotte frodatrici compiute, prestavano il loro consenso alla proposta, dal momento che con l'introduzione del criterio del silenzio-assenso la quasi totalità dei concordati veniva approvata senza la manifestazione esplicita del voto favorevole; la l. 132/2015 ha introdotto, invece, il criterio del consenso esplicito.

Dunque, attualmente ogni creditore, correttamente informato dall'imprenditore sulle condotte fraudolente anteriori o coeve alla domanda di concordato preventivo, è vincolato alla proposta solo se esprime il consenso: in questo modo accetta che in passato il debitore abbia commesso atti di frode (a danno dei creditori) e si assume il rischio che d'ora in poi, invece, l'imprenditore si comporterà secondo buona fede. Questo non vuol dire che il concordato preventivo assume il valore di "*condono automatico, leggasi esdebitazione, peraltro a costo zero, degli atti fraudolenti anteriori*"²⁰⁸: poiché se l'attività fraudolenta non ha più rilevanza in quanto proveniente da soggetto indegno o poco meritevole per la sua storia, resta rilevante sul piano oggettivo, qualora vada ad impattare negativamente sulla fattibilità giuridica del concordato, la cui valutazione è rimessa esclusivamente al tribunale. E se il tribunale dovesse rilevare che quegli atti abbiano fatto venir meno i presupposti di ammissibilità alla procedura di concordato, potrà comunque procedere alla revoca, *ex art. 173, comma 3.*²⁰⁹

Occorre precisare, come giustamente ha fatto la Corte, nella sentenza 23387/2013 – in cui si richiama anche la sentenza 13817/2011 - che per fare *disclosure* non è sufficiente annotare gli atti frodatrici sulle scritture contabili, dal momento che queste non devono più

²⁰⁴ Sempre Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

²⁰⁵ Cfr. Bertacchini E., *I creditori sono gli unici "giudici" della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede.*, in D.F., 2011, 6, p. 615 ss.

²⁰⁶ Cfr. Schiano di Pepe G., *E' possibile "rifondare" l'art. 173 legge fallimentare?*, cit., 451 ss, il quale in particolare parla di "approvazione viziata"; M. Fabiani, *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, cit., p. 955, il quale rileva che "potrebbe non essere eterodosso riconoscere al giudice di negare l'omologazione per difetto del consenso, anche quando vi sia stata l'approvazione".

²⁰⁷ Cfr. M. A. Russo, *Atti in frode, rilevanza ai fini della revoca del concordato nella visione "orientata" della Cassazione*, commento a Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, in Il Fallimentarista.

²⁰⁸ Così M. A. Russo, *Atti in frode, rilevanza ai fini della revoca del concordato nella visione "orientata" della Cassazione*, commento a Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, cit.

²⁰⁹ Cfr. P.F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit.

essere depositate²¹⁰ insieme alla domanda di concordato, perciò rimangono estranee ai creditori e al tribunale.²¹¹ Perciò questi atti dovranno essere espressamente indicati nella proposta di concordato.

Infine, sempre nella sentenza 23387/2013, i Giudici di legittimità chiariscono che per configurare una condotta come atto di frode, il silenzio del debitore e l'accertamento del commissario devono *“riguardare non qualsiasi operazione, ma le operazioni suscettibili di assumere diverso rilievo, ai fini del soddisfacimento dei creditori, in caso di fallimento e in caso di concordato preventivo”*. Si vuole dire che sono qualificabili come atti di frode, e come tali suscettibili di causare la revoca del concordato, quegli atti rimasti sconosciuti ai creditori e che assumono una rilevanza diversa, in termini di soddisfacimento dei crediti, a seconda della procedura concorsuale cui si accede: quindi il debitore li avrebbe occultati per evitare che altrimenti i creditori avessero preferito la via della liquidazione fallimentare.²¹²

In ogni caso, i creditori, correttamente informati sulla situazione dell'impresa e sugli eventuali atti di frode compiuti dal debitore, sarebbero liberi di votare favorevolmente la proposta di concordato²¹³ e non potrebbero vedersi vanificare il consenso²¹⁴, perché si vorrebbero tutelare altri interessi di natura superindividuale.²¹⁵

²¹⁰ Vedi art. 161, comma 3.

È vero anche che l'art. 170 e 171, comma 1, a causa di “un evidente difetto di coordinamento tra le disposizioni innovate della riforma e quelle rimaste immutate”, continuano a prevedere degli interventi sulle scritture contabili, presumendone il deposito. La Corte, nella citata sentenza, se ne avvede, tuttavia ritiene che *“resti ferma la messa a disposizione del commissario giudiziale delle scritture contabili sulla cui scorta, tra l'altro, il commissario giudiziale deve procedere alle verifiche ed agli accertamenti di sua competenza”*.

²¹¹ È il commissario giudiziale che effettua i dovuti accertamenti sulle scritture contabili, ai sensi dell'art. 171, comma 1. Infatti, sempre Cass. Civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, cit., rileva: “in particolare, saranno oggetto di verifica i fatti esposti nella domanda di concordato e nei suoi allegati, nel piano e nella relazione del professionista mentre saranno oggetto di accertamento i fatti che non risultano dai detti documenti e che, se risultanti dalle scritture contabili, emergono soltanto grazie all'attività di accertamento del commissario giudiziale. Le scritture contabili, pertanto, anche in considerazione della loro possibile complessità, non rappresentano lo strumento con il quale il debitore porta a conoscenza dei creditori tutti gli elementi rilevanti ai fini della espressione del loro consenso sulla proposta di concordato, ma rappresentano l'oggetto dell'attività di verifica ed accertamento che il commissario giudiziale deve svolgere sui dati risultanti dalla proposta e dai suoi allegati. Il silenzio della proposta su fatti e circostanze non può, pertanto, essere reso irrilevante dalla relativa annotazione sulle scritture contabili”.

²¹² Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²¹³ Cfr. App. di Milano, 10 gennaio 2014, in Fall., 2015, 3, p 302-303, di cui si riporta la massima: “Agli effetti della revoca del concordato preventivo, gli atti di frode si traducono in comportamenti idonei ad ingannare i creditori sulle reali prospettive del loro soddisfacimento in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare. Pertanto nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode, ma solo quello occultato al fine di poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore stesso influenzando il loro giudizio, restando esclusa ogni diversa interpretazione della norma in esame che finirebbe diversamente per reintrodurre il requisito della meritevolezza, apertamente ripudiato dal legislatore della riforma”

4.1. Una critica alla “confessio salvifica” e la sua confutazione.

Il tema della *disclosure* si collega alla portata del concetto di frode ai creditori, affrontato dalla Cassazione nella sentenza 13817/2011 e commentata in maniera molto approfondita da La Croce²¹⁶, il quale ha voluto dimostrare che l’art. 173 intende “punire” il debitore che abbia commesso atti di frode a prescindere dalla successiva confessione di tali atti.

L’intento di La Croce di confutare la tesi della *disclosure* “salvifica” è messo in discussione quando, a conclusione del suo argomentare, sostiene che: “*la violazione che viene contestata al debitore, per il tramite della disposizione del comma 1 dell’art. 173 l. fall., non sarebbe, allora, l’atto frodatario rilevante ai fini penalistici, bensì il comportamento elusivo dei principi di buona fede e correttezza cui ai sensi dell’art. 1337 c.c. i futuri contraenti debbono obbligatoriamente improntare le trattative precontrattuali*”²¹⁷. L’autore ha voluto sottolineare la distinzione fra i comportamenti sanzionabili sul piano penalistico, ai sensi dell’art. 236, e le condotte fraudolente che danno luogo alla revoca, ai sensi dell’art. 173 l. fall.

Se, dunque, l’interruzione della procedura di revoca intende contrastare il comportamento doloso del debitore che fornisce informazioni distorte sulla situazione patrimoniale, finanziaria e imprenditoriale, allora la *confessio* degli atti di frode dovrebbe evitargli la revoca, dal momento che non ha violato la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali; anzi, proprio perché intende accordarsi con i creditori, decide di farlo partendo dalla rivelazione di quanto abbia commesso in passato in mala fede.

Dunque, il debitore, al momento della presentazione della domanda di concordato – che apre una procedura che va nella direzione di una soluzione negoziata della crisi e quindi è giustamente governata dai principi di buona fede e correttezza, come ogni accordo -, assume un comportamento di grande responsabilità, rivelando ai creditori l’attuale situazione patrimoniale dell’impresa e gli atti pregiudizievoli compiuti: si espone al rischio di essere

²¹⁴ Cfr. App. L’Aquila, 10 ottobre 2012, in Giurisprudenza, Giuffrè, in cui si rileva che dovendosi trattare di atti di frode posti in essere al fine esclusivo di ottenere l’approvazione e l’omologazione del concordato; pertanto, qualora l’imprenditore abbia messo i creditori al corrente di eventuali atti di disposizione compiuti prima della presentazione della domanda, ed i creditori abbiano votato favorevolmente, non vi è ragione per disporre la revoca della procedura.

²¹⁵ Ad eccezione dell’interesse alla legalità della procedura. A tal proposito, M. Gaboardi, *sub art. 173*, in Commentario alla legge fallimentare, diretto da Cavallini, vol. III, Milano, 2010, p. 643, rileva che la conservazione dell’iniziativa officiosa per la revoca del concordato (senza che occorra un’istanza di parte - al commissario spetta soltanto l’obbligo di informare direttamente il collegio -) fa ritenere che in questo modo, oltre alla tutela di interessi particolari, si intende salvaguardare anche “interessi superindividuali connessi al corretto svolgimento delle procedura concorsuale”

²¹⁶ Insieme alla sentenza 14552/2014, che sulla *disclosure* assume una posizione opposta rispetto alla sentenza del 2011.

²¹⁷ G. La Croce, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, cit., p. 314.

condannato per bancarotta fraudolenta, ma decide di essere limpido, di adempiere gli obblighi informativi previsti dagli artt. 160 e 161 e di sfruttare questa “seconda possibilità” che la legge gli offre, stavolta senza approfittarsi dei creditori.

È chiaro, allora, che, dal momento in cui il debitore decide di intraprendere la strada del concordato preventivo e rispetta le “regole del gioco”, nulla gli può impedire di sottoporre una proposta ai creditori e di gestire “privatamente” la risoluzione della crisi.

Permane, certamente, il controllo del tribunale, al quale compete “*oltre al controllo della regolarità del procedimento, di garantire che ai creditori vengano forniti tutti gli elementi necessari per una corretta valutazione della proposta e che questa venga effettuata con modalità tali da rispecchiare l’effettiva volontà dei creditori*”.²¹⁸ Dunque il tribunale svolge la sua funzione di garante della corretta formazione del consenso contrattuale privato (realizzato con il principio maggioritario).

D’accordo con i Giudici di legittimità²¹⁹, si ritiene che per poter apprezzare la portata del sindacato giudiziale non si debba partire da impostazioni dogmatiche di carattere generale, bensì dalla concreta disciplina normativa applicabile; e la revoca per suo il carattere officioso non è “*riducibile ad una dialettica di tipo meramente negoziale, ma pienamente si iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia*”.²²⁰

Tuttavia, nella medesima pronuncia, la Cassazione considera l’officiosità della revoca come una dimostrazione lampante della irrilevanza della *disclosure* del debitore, poiché alla scoperta degli atti di frode si collega immediatamente il potere-dovere del tribunale di revocare il concordato, senza alcun coinvolgimento dei creditori: segno che i creditori non possono con il loro consenso impedire la revoca.

Sicuramente la revoca è un istituto che non è pensato per i creditori, cioè quale strumento per il contraente che scopra di essere stato frodato, ma è un procedimento attivabile d’ufficio dal giudice, qualora rilevi degli atti in frode ai creditori (o le altre fattispecie di cui all’art. 173). Tuttavia, ciò non vuol dire che se l’imprenditore faccia piena confessione gli atti di frode, si debba fare necessariamente e ugualmente ricorso alla revoca. Non c’è scritto da nessuna parte.

²¹⁸ Così Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²¹⁹ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

²²⁰ Così Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

Si potrebbe obiettare che non c'è scritto neanche il contrario, cioè che la *disclosure* del debitore impedisce la revoca del concordato.

Da una ricostruzione sistematica delle norme che disciplinano il concordato preventivo, in particolare dal combinato disposto degli artt. 160, 161, 162, 173 e 180 si ricava che il debitore è tenuto al rispetto di determinati obblighi informativi e a basare la sua proposta su dati veritieri²²¹; se il tribunale rileva che non ricorrono i presupposti di cui agli artt. 160, primo e secondo comma, e 161, dichiara inammissibile la proposta di concordato; ancora, ai sensi dell'art. 173, se rileva degli atti di frode o la mancanza delle condizioni di ammissibilità, revoca il concordato; infine, ai sensi dell'art. 180, comma 3 e comma 4, verifica la regolarità della procedura e l'esito della votazione e in caso di opposizione estende il suo giudizio alla convenienza, potendo rigettare la richiesta di omologazione.

Ne consegue che certamente il tribunale ha il potere di emettere dei provvedimenti in garanzia dei creditori, a prescindere dalla loro volontà, ma questo strumento non si traduce in una sanzione per l'imprenditore disonesto, altrimenti ancora oggi avremmo avuto tra i presupposti per l'ammissione al concordato i requisiti di meritevolezza.

Tali provvedimenti sono diretti a far sì che i creditori possano votare la proposta sulla base di dati aziendali veritieri. Quindi il tribunale può e deve intervenire ogniqualvolta che si profili un inganno ai creditori, poiché sono state violate le norme concordatarie che, invece, hanno l'obiettivo di assicurare ai creditori un'informazione completa sulla situazione patrimoniale dell'impresa e sulle prospettive di realizzazione del piano²²².

Il Tribunale di Torino, in una sentenza dichiarativa di fallimento²²³ (pronunciata su istanza del p. m.), che seguiva la revoca del concordato preventivo, sottolineava proprio che i fatti segnalati dal commissario giudiziale si ponevano in contrasto col principio di veridicità.

La Croce stesso ritiene che le fattispecie tipizzate dal legislatore all'art. 173, comma 1, rappresentino, tutte, ipotesi di falsità dei dati aziendali²²⁴, ma se così è, allora ne consegue che le condotte del debitore che causano la revoca del concordato sono quelle connotate da

²²¹ Infatti, l'art. 161, comma 3, prevede che un professionista attesti la "veridicità dei dati aziendali".

²²² Cfr. S. Ambrosini, *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutiva" degli atti in frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*, in il caso.it, secondo cui, infatti, la nozione "evolutiva" del concetto di atti di frode, in sintonia con l'avvenuta espunzione del requisito della meritevolezza, valorizza l'obiettivo di preferire alle conseguenze afflittive per il debitore l'autotutela informata dei creditori.

²²³ Trib. di Torino, 15 febbraio 2007, richiamata in Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2011, n. 17038, cit.

²²⁴ Così G. La Croce, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, cit., p. 314.

frode documentale²²⁵, non altre. Di conseguenza, il debitore che pur avendo commesso in passato atti pregiudizievoli ai creditori, li abbia poi rivelati in sede di ammissione del concordato, in particolare nella domanda, non può subire, ai sensi dell'art. 173, la revoca del concordato, che gli impedisce di ottenere l'esdebitazione.

La Corte d'Appello di Milano²²⁶ ha di recente sottolineato che *“la nozione di atto di frode, di cui all'art. 173 legge fallim., esige che la condotta del debitore abbia avuto caratteristiche decettive e cioè sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori. Di conseguenza, non può parlarsi di “atti di frode” quando il debitore ha fatto piena e corretta menzione di tali atti nella proposta concordataria”*.

Dunque, il tribunale, in qualsiasi momento della procedura, può revocare il concordato, se rileva atti di frode non confessati o commessi dopo l'ammissione (ossia, gli atti di cui all'art. 173, comma 3).

Fuori da questi casi, se un imprenditore, seppur disonesto e “ approfittatore ” in passato, intendesse risolvere la crisi della sua impresa, proponendo un accordo ai creditori nel rispetto degli obblighi informativi previsti dalla legge, conserverebbe il diritto di beneficiare dello strumento concordatario.

Allo stesso tempo, i creditori sarebbero tutelati dai controlli dei vari organi della procedura: in particolare, dal professionista che attesta la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali²²⁷; dal commissario giudiziale che è tenuto a fare una relazione particolareggiata²²⁸ diretta ai creditori, quindi a sua volta effettua un controllo per garantire a costoro di poter votare consapevolmente, e in sede di omologazione redige un parere motivato²²⁹, in cui si

²²⁵ Cfr. Trib. di Sulmona, 19 gennaio 2006, in D.F., 2006, p. 608, secondo cui le condotte enucleate dall'art. 173, comma 1, si riferirebbero esclusivamente ai documenti da allegare alla domanda di concordato preventivo, e non anche alle alterazioni giuridiche e materiali della consistenza patrimoniale (che sarebbero contemplate soltanto nel secondo comma).

²²⁶ App. di Milano, 10 gennaio 2014, in il caso.it.

²²⁷ Ai sensi dell'art. 161, comma 3.

²²⁸ Ai sensi dell'art. 172, comma 1, il commissario redige una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore e sulle garanzie offerte ai creditori. Inoltre, a seguito della l. 132/2015, è stata aggiunta, sempre all'art. 172, comma 1, una nuova disposizione che impone al commissario di illustrare, nella relazione “le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi”; e se sono state depositate proposte concorrenti, il commissario è tenuto a fare una relazione integrativa, la quale deve contenere una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate. In ogni caso, in caso di modifica delle proposte, prima dell'adunanza dei creditori, il commissario redige una relazione integrativa.

²²⁹ Ai sensi dell'art. 180, comma 2.

esprime a favore o contro l'omologazione; e, infine, dal tribunale che esercita un controllo durante tutto il corso della procedura.

Le disposizioni dell'art. 173, quindi, tutelano la buona fede nelle trattative concordatarie e la legalità della procedura.

“L'unica possibilità per il debitore di sfuggire all'art. 173 l. fall. è quella di fare immediatamente disclosure sulle alterazioni pregresse, autodenunciandosi nel ricorso”.²³⁰

5. Gli atti di frode anteriori alla domanda di concordato (art, 173, comma 1).

La Cassazione, nella sentenza 13817/2011, ha ritenuto che per poter qualificare determinate condotte come atti di frode deve esserci un collegamento eziologico tra comportamenti depauperativi del patrimonio e volontà del debitore di avvalersi dello strumento concordatario.²³¹

Non rivelano, invece, le operazioni mediante le quali l'imprenditore si è venuto a trovare in una situazione di crisi, bensì la valutazione che i creditori danno del loro interesse di fronte alla situazione di fatto che ne è derivata.

Dunque le condotte delittuose del debitore possono essere perseguite penalmente, ex art. 236 l. fall., ma ai fini della revoca, rilevano in quanto idonei a *“trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura concordataria”*²³².

Inoltre, non costituiscono, atti di frode ai creditori gli atti di *mala gestio*, il compimento di atti revocabili e la falsità dei bilanci pregressi.²³³

²³⁰ D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 748, il quale continua dicendo che il debitore deve accettare il rischio che la sua confessione abbia conseguenze di carattere penale.

²³¹ Cfr. G. La Croce, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, cit., p. 308, che commenta la sentenza della Cassazione richiamata, cioè 13817/2011.

²³² Così Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²³³ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2008, p. 70 ss; V. Calandra Buonauro, *Enc. del diritto annali dal 2007*, voce “Concordato preventivo”, Milano, 2008, p. 264 ss; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in A. Jorio – M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, cit., p. 1010 ss; A. Didone, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*, in *Giust. civ.*, 2008, 9, p. 2035 ss; A. Penta, *La dolosa predeterminazione del proponente e le valutazioni demandate al tribunale*, in *Fall.*, 2013, 4, p. 452 ss (il quale sostiene che, a rigore, andrebbero altresì esclusi gli atti distrattivi (pur censurabili) commessi per finalità diverse (ad esempio, di lucro) diverse dall'ammissione al concordato); Bosticco P., *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1441 ss. In giurisprudenza: Trib. di Mondovì, 17 dicembre 2008, in il caso.it; Trib. di Torino, 6 marzo 2006, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, p. 1700 ss; App. di Firenze, 19 marzo 2009, con commento adesivo di G. Ivone, in *D.F.*, 2011, 2, p. 129 ss; App. di Ancona, 3 marzo 2009, inedito, richiamato in G.

Gli “altri atti di frode” costituiscono la categoria residuale degli atti ingannatori che il legislatore ha introdotto al fine di legittimare la revoca anche per quelle condotte che non rientrano nelle fattispecie tipiche, ma che hanno le stesse caratteristiche distintive: *“un minimo comune denominatore è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, 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”*²³⁴.

In sostanza si deve trattare *“di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di competenza avendo presente l’effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell’impresa”*²³⁵.

Di conseguenza, qualsiasi atto avente la finalità di ingannare i creditori²³⁶ sulla reale consistenza del patrimonio dell’impresa è rilevante ai fini della revoca, poiché la genuinità del voto è il vero valore che deve essere tutelato.²³⁷

5.1. Atti di frode tipici.

Le condotte tipiche, di cui al primo comma dell’art. 173, presentano un indubbio legame con la presentazione della domanda di concordato²³⁸, poiché sottraggono informazioni utili ai creditori, tali da alterare la percezione della situazione patrimoniale dell’impresa, impedendogli di esprimere un corretto giudizio sulla convenienza della proposta concordataria rispetto all’ipotesi fallimentare.²³⁹

Ivone, cit. p. 129 ss; Trib. di Bari, 7 aprile 2010, in Giurisprudenza, Giuffrè; Trib. di Piacenza, 4 dicembre 2008, in il caso.it.

²³⁴ Così Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²³⁵ Sempre Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²³⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, cit, in cui si dice che “i comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato possono essere valutati ai fini della revoca in quanto abbiano una valenza decettiva e quindi siano tali da pregiudicare un consenso informato dei creditori”.

²³⁷ Cfr. M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, cit., 2014, p. 532-533.

²³⁸ Così P. F. Censoni, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo dopo le riforma della legge fallimentare*, cit.

²³⁹ Cfr. D. Galletti, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 747; C. Esposito, *Revoca dell’ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Commento per articoli*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, cit., p. 261.

“L’occultamento di parte dell’attivo” consiste in una sottrazione materiale dei beni imprenditoriali; “la dissimulazione”, invece, nel nascondimento giuridico di parte dell’attivo patrimoniale, per il tramite di atti giuridici simulati, o mediante l’alterazione delle scritture contabili, oppure per mezzo della relazione infedele dello stato analitico ed estimativo delle attività²⁴⁰.

“Ciò che determina la natura fraudolenta dell’atto de quo è la sua idoneità ad accreditare un’immagine dell’attivo patrimoniale diversa (rectius qualitativamente più contenuta) rispetto a quella reale”²⁴¹.

Non rileva l’entità dell’attivo o il valore del cespite occultato, la nozione di atti di frode “abbraccia ogni genere di atto distruttivo commesso dal debitore”²⁴², poiché a prescindere dalle conseguenze, più o meno rilevanti, che può causare sul patrimonio dell’impresa e quindi sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori, l’informazione non è stata corretta, l’inganno c’è stato, dunque il concordato va revocato.

Invece, secondo Censoni, *“non qualunque sottrazione o dissimulazione (occultamento) potrebbe giustificare la revoca del concordato sotto il profilo oggettivo, dovendo trattarsi di una parte «rilevante» dell’attivo o di un cespite di valore rilevante, tale cioè da modificare sensibilmente la valutazione di convenienza affidata ai creditori medesimi in relazione al giudizio comparativo che costoro sono chiamati a compiere fra differenti prospettive di soddisfacimento (nel concordato e nel fallimento)”²⁴³.*

Si è d’accordo con Censoni, d’altra parte, quando sostiene che deve trattarsi di fatti certi e non contestati o contestabili, poiché le forme processuali di cui all’art. 15 consentono un accertamento sommario e il debitore non può godere di una piena tutela giurisdizionale del diritto di difesa e delle sue aspettative.²⁴⁴

²⁴⁰ Cfr. Trib. di Milano 28 aprile 2008, in il caso.it, secondo cui realizzano la fattispecie in questione l’ingiustificata svalutazione di un credito di rilevante entità ed il conferimento di un diritto d’opzione in favore dell’affittuaria di azienda, che ostacoli il trasferimento delle azioni all’assuntore; Trib. di Forlì, 13 maggio 1988, in Giur. comm., 1989, p. 766 ss, secondo cui anche l’omessa indicazione di un solo bene equivale alla dissimulazione dell’attivo.

²⁴¹ Così M. Gaboardi, *sub art. 173*, in Commentario alla legge fallimentare, diretto da Cavallini, cit., p. 650.

²⁴² Così A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l.fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, cit.

²⁴³ P. F. Censoni, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo dopo le riforma della legge fallimentare*, cit., p. 11.

²⁴⁴ Cfr. P. F. Censoni, ult. cit., p. 11.

Infine, sempre con Censoni, si ritiene che tali condotte possano rilevare anche sotto il profilo della mancanza delle condizioni di ammissibilità, ai sensi dell'art. 173, comma 3, poiché viene meno il requisito della veridicità dei dati aziendali.²⁴⁵

La dolosa omissione di uno o più crediti (*rectius debiti*²⁴⁶) determina la revoca poiché il passivo non viene rappresentato correttamente e anche perché la scoperta di nuove passività²⁴⁷ potrebbe determinare una riduzione delle percentuali offerte ai creditori, di conseguenza un livello di soddisfacimento inferiore²⁴⁸ rispetto a quello prospettato.

Per aversi la revoca del concordato, l'omissione deve essere dolosa, cioè intenzionalmente diretta a ingannare i creditori; e il credito (debito) deve essere conosciuto o conoscibile dal debitore con l'ordinaria diligenza e non contestato o contestabile con eccezioni ragionevolmente attendibili²⁴⁹.

Anche in questo caso²⁵⁰, Censoni ritiene che, per poter procedere alla revoca del concordato, si debba trattare di un debito rilevante, “*tale da modificare sensibilmente la valutazione di convenienza affidata ai creditori in relazione al giudizio comparativo che costoro sono chiamati a compiere fra differenti prospettive di soddisfacimento (nel concordato e nel fallimento)*”²⁵¹. Lo stesso autore, accenna anche alla possibilità di considerare l'omessa

²⁴⁵ Cfr. P. F. Censoni, ult. cit., p. 12.

²⁴⁶ L'omissione di un credito di cui è titolare lo stesso debitore concordatario rientra semmai nelle fattispecie di dissimulazione dell'attivo. Cfr. P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit., p. 13.

²⁴⁷ A cui correttamente è stata equiparata la mancata indicazione di una causa di prelazione, da T. E. Cassandro, *I provvedimenti immediati*, in Trattato di diritto delle procedure concorsuali, diretto da Apice, vol. III, Torino, 2011, p. 313; nello stesso senso, G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l.f.*, cit., p. 44. Si discosta, invece, P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit., il quale sostiene che la conclusione è eccessiva, anche sotto il profilo della frode, poiché non dipende dal debitore la valutazione della natura di un credito.

Il debitore sicuramente predispone un piano con l'aiuto di un *advisor*, ma se anche così non fosse, il professionista che attesta potrebbe qualificare correttamente quel credito.

²⁴⁸ Cfr. Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 747.

²⁴⁹ Cfr. P. Bosticco, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1441 ss; G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, a cura di Fauceglia e Panzani, cit., p. 1700 ss, secondo cui in ipotesi di omissione di un debito ritenuto inesistente e contestato dal debitore occorrerebbe distinguere secondo che detta omissione emerga prima dell'inizio delle operazioni di voto (magari a seguito della relazione del commissario giudiziale), nel qual caso il debitore potrebbe ancora modificare la sua proposta, “con possibilità che i creditori esprimano il loro voto sottoscrivendo il rischio sull'effettiva percentuale di soddisfazione”; o dopo quel momento, nel qual caso al debitore non resterebbe altra possibilità che presentare “immediatamente altra e diversa domanda”; G. Bersani, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub procedimento previsto dall'art. 173 l. f.*, cit., p. 44, il quale ritiene che l'omessa denuncia di uno o più crediti, “volta a sottostimare il fabbisogno”, può rinvenirsi anche nella mancata enunciazione di un credito contestato o incerto.

²⁵⁰ Come per l'occultamento e la dissimulazione dell'attivo, di cui si è detto prima.

²⁵¹ P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit.

denuncia di debiti un atto confliggente con la veridicità dei dati aziendali e quindi tale da compromettere le prescritte condizioni di ammissibilità del concordato.²⁵²

L'esposizione di passività insussistenti ha un fine fraudolento poiché è espressione dell'intenzione del debitore di indurre i creditori votanti a rappresentarsi una situazione peggiore di quella effettiva, in modo che essi possano preferire la soluzione concordataria a quella fallimentare (in cui presumibilmente otterrebbero ancora di meno, in termini di soddisfacimento); e anche perché si persegue l'obiettivo di inquinare la formazione delle maggioranze, con la partecipazione al voto di soggetti collusi con il debitore; o persino si vuole far partecipare al riparto chi non è realmente creditore, al fine di recuperare in modo occulto una parte dei proventi.²⁵³

Anche qui, c'è chi²⁵⁴ ritiene che la revocabilità del concordato dipenda dall'entità della passività inesistente, in particolare dalla possibilità che incida (o abbia inciso) sul voto dei creditori.

Chiaramente, ognuno di questi comportamenti determina la revoca, poiché vi è stata l'intenzione del debitore di approfittare dei creditori, al fine di essere ammesso al concordato e/o di soddisfare i creditori in misura inferiore rispetto alle reali possibilità.

Gaboardi parla di *“un intenzionale e inescusabile difetto comunicativo da parte dell'imprenditore circa la propria reale posizione debitoria”*.²⁵⁵

In aggiunta, Bosticco esorta a *“distinguere tra l'ipotesi di volontaria pretermissione di un debito certo e quella ben diversa dalla (colpevole, sicuramente, in considerazione di un debito che l'imprenditore non consideri, ritenendolo inesistente) mancata considerazione di un debito che l'imprenditore non consideri, ritenendolo inesistente”*.²⁵⁶

²⁵² L'art. 173, comma 3, infatti, come si è detto, prevede la revoca anche nel caso in cui manchino le condizioni di ammissibilità.

²⁵³ Così D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 747.

Cfr. Trib. di Prato, 6 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, 2, p. 120, ove si è affermato che costituisce esposizione di passività inesistenti l'inserimento nella proposta di passività sorte per effetto di transazioni con società riferibili al debitore concordatario in virtù delle quali quest'ultimo si sia riconosciuto loro debitore di somme non ancora maturate, determinate unilateralmente dai creditori, incerte nella loro esistenza e senza alcuna concessione reciproca, finalizzata alla distrazione di attivo in favore di chi non è creditore, e volta ad accrescere la percentuale di soddisfazione di chi lo sia in misura inferiore a quella che appare, o a creare maggioranze fittizie.

²⁵⁴ Cfr. P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit.

²⁵⁵ M. Gaboardi, *sub art. 173*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, cit., p. 650.

²⁵⁶ P. Bosticco, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1450.

5.2. Gli “altri atti di frode”: una formula di chiusura.

“Il legislatore enuncia espressamente alcuni dei possibili comportamenti rilevanti (occultamento o dissimulazione di parte dell’attivo, dolosa omissione dell’esistenza di crediti, esposizione di passività inesistenti) e con una evidente disposizione di chiusura integra tale elencazione, indicativa e non tassativa, con il richiamo ad «altri atti di frode». Non pare contestabile, stante l’utilizzo dell’aggettivo «altri» che abbia inteso creare un collegamento con la precedente elencazione nel senso che i comportamenti espressamente indicati sono atti di frode e che nella stessa categoria rientrano quegli altri comportamenti che hanno le stesse caratteristiche distintive.”²⁵⁷

La Cassazione, nella citata sentenza, individua il minimo comune denominatore degli atti di frode nella loro attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, cosicché essi sono pregiudicati nella possibilità di compiere valutazioni in ordine alla scelta tra concordato preventivo e fallimento.

Dunque, tale norma di chiusura è diretta a contrastare ogni diverso (da quelli tipici) comportamento del debitore che si riveli opportunistico e contrario a buona fede: in particolare, deve trattarsi di condotte realizzate nell’immediatezza della domanda al fine di ottenere l’ammissione al concordato, pur in assenza delle condizioni patrimoniali indicate nel piano, oppure al fine di pregiudicare gli esiti soddisfattivi della procedura, attraverso una programma di liquidazione non votato al massimo realizzo.²⁵⁸

La dottrina e la giurisprudenza si sono spese molto sull’argomento, soprattutto a seguito delle riforme che hanno depotenziato il ruolo del giudice a beneficio della volontà dei creditori.

Si riportano alcuni casi in cui sono stati individuate delle condotte qualificabili come “altri atti di frode”:

- Il Tribunale di Monza²⁵⁹ ha qualificato fraudolenta la formazione delle classi in modo preconstituito e artificioso, al fine di ottenere l’approvazione della proposta.

²⁵⁷ Così, Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²⁵⁸ Cfr. P. Liccardo, *Commento all’art. 173 l. fall.*, in Nigro-Sandulli-Santoro, *La legge fallimentare dopo la riforma*, vol. III, Torino 2010, 2170-2171.

²⁵⁹ Trib. di Monza, 25 novembre 2011, cit.

- Il Tribunale di Milano²⁶⁰ ha ritenuto che gli atti depauperativi che hanno “*concorso a determinare le dimensioni conclusive del dissesto e quindi presentino un’incidenza attuale sulla posizione dei creditori sotto il profilo della significativa alterazione della possibilità di soddisfacimento*” danno luogo alla revoca.
- Il Tribunale di Mantova²⁶¹, invece, considera atti di frode “*unicamente quelli destinati ad incidere sull’ammissibilità della proposta concordataria, ovvero quelli che traggono in inganno il ceto creditorio con riguardo alle aspettative di soddisfo e in generale sono idonei ad influenzare la volontà dei creditori in sede di voto*”.
- Il Tribunale di Monza²⁶² ha qualificato come atti di frode le illegittime appostazioni di bilancio, in particolare la sopravvalutazione di un immobile, poiché ha consentito alla società di occultare le perdite e di continuare ad operare, aggravando lo stato di dissesto.
- Il Tribunale di Milano²⁶³ ha escluso che i precorsi falsi in bilancio costituiscano atti di frode, salva la sussistenza di un collegamento funzionale ad operazioni depauperatorie del patrimonio con riflessi nell’attualità.
- Il Tribunale di Bari²⁶⁴ ha ritenuto che non costituisce atto di frode la predisposizione di bilanci contenenti dati non veritieri, qualora in corso di procedura sia stata presentata una situazione patrimoniale aderente a quella reale.
- Il Tribunale di Mondovì²⁶⁵ ha ritenuto che il compimento di operazioni astrattamente idonee a determinare un pregiudizio ai creditori dell’impresa non riveste il carattere degli atti di frode di cui all’art. 173, se giustificato da ragionevoli valutazioni gestionali e compiute in epoca non sospetta.

²⁶⁰ Trib. di Milano, 24 novembre 2011, in Fall., 2012, p. 236.

²⁶¹ Trib. di Mantova, 22 giugno 2011, in il caso.it.

²⁶² Trib. di Monza, 25 novembre 2011, cit.

²⁶³ Trib. di Milano, 24 novembre 2011, cit.

²⁶⁴ Trib. di Bari, 9 giugno 2010, in Fall, 2010, p. 1216.

²⁶⁵ Trib. di Mondovì, 17 dicembre 2008, in il caso.it.

Si esclude²⁶⁶, invece, che gli atti soggetti a revocatoria fallimentare in caso di fallimento determinino automaticamente la revoca²⁶⁷, perché sicuramente sono atti pregiudizievoli per i creditori, lesivi della *par condicio creditorum*, ma non è detto che abbiano inciso sulla formazione del consenso: bisogna aver sempre presente che il carattere pregnante degli atti di frode è la loro attitudine a trarre in inganno i creditori sulla reale consistenza del patrimonio dell'impresa e sulle loro possibilità di soddisfacimento.²⁶⁸

Sono atti di frode quei comportamenti che incidono sul consenso, viziandolo: è questa l'interpretazione "evolutiva" di cui parla la Cassazione e su cui concordano vari autori²⁶⁹.

6. Gli atti pregiudizievoli compiuti nel corso della procedura (art. 173, comma 3).

“Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori [...]”.

L'art. 173, comma 3, disciplina gli atti pregiudizievoli ai creditori compiuti dal debitore durante la procedura di concordato.²⁷⁰

Gli atti che richiedono un'autorizzazione a norma dell'art. 167²⁷¹ sono i c.d. atti di straordinaria amministrazione: il debitore - che, come sappiamo, conserva l'amministrazione dell'impresa nel corso della procedura di concordato preventivo (ai sensi

²⁶⁶ P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit.

²⁶⁷ Cfr. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit., secondo cui, se si attribuisse al concetto di frode "il generico significato di atti pregiudizievoli per i creditori, dovrebbero ricomprendersi nello stesso anche tutti gli atti revocabili che l'art. 203, comma 2, definisce per l'appunto 'atti compiuti in frode dei creditori' con la conseguenza che nessun concordato proposto in presenza dell'insolvenza sarebbe, di fatto, ammissibile”.

²⁶⁸ *Contra* A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l.fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, in il caso.it, secondo cui ogni genere di atto distruttivo commesso dal debitore costituirebbe un atto di frode e causerebbe la revoca del concordato.

²⁶⁹ S. Ambrosini, *Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, cit.; P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit.

²⁷⁰ In realtà, in questa disposizione si prevede anche la revoca del concordato per mancanza delle condizioni di ammissibilità. Il tema è affrontato nel capitolo 3.

²⁷¹ Art. 167.

Amministrazione dei beni durante la procedura.

Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fidejussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Con il decreto previsto dall'articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma.

dell'art. 167, comma 1) - può compiere tali atti, se autorizzato dal giudice delegato. Qualora manchi l'autorizzazione e il commissario se ne avveda, si dà luogo alla revoca del concordato, perché si presume che gli atti non autorizzati rappresentino un mezzo con il quale il debitore altererebbe l'assetto patrimoniale sottoposto ai creditori e li defrauderebbe nelle aspettative di soddisfo promesse.²⁷²

Tuttavia, si dovrebbe escludere l'applicabilità della sanzione della revoca laddove lo stesso imprenditore compia in buona fede attività previste nel piano.²⁷³

Infatti, una volta che il piano, approvato dai creditori, è diventato “*norma fondamentale del progetto concordatario, il carattere ordinario o straordinario di un atto di gestione non potrebbe non valutarsi anche alla stregua delle condizioni perché quel piano possa avere effettiva realizzazione*”²⁷⁴.

Dunque, prima di pronunciare la revoca per il compimento di atti non autorizzati, ai sensi dell'art. 173, comma 3, si dovrebbe prima valutare se quell'atto risponde alle esigenze patrimoniali previste dal piano e la sua utilità in funzione del soddisfacimento dei creditori.²⁷⁵

A conferma di quanto sostenuto, si richiama una recente sentenza della Cassazione²⁷⁶, la quale, riferendosi in particolare ai pagamenti di debiti anteriori eseguiti in difetto dell'autorizzazione del giudice delegato, ha ritenuto che questi non comportano “*l'automatica revoca, ai sensi dell'art. 173 u. comma l. fall., dell'ammissione alla procedura, la quale consegue solo all'accertamento, che va compiuto dal giudice del merito, che tali pagamenti sono diretti a frodare le ragioni dei creditori, in quanto*

²⁷² Cfr. P. Bosticco, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1441 ss; C. Esposito, *Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Commento per articoli*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino 2014, p. 262, rileva che “sono da considerarsi atti di frode i pagamenti non autorizzati dagli organi della procedura di concordato preventivo effettuati dopo l'apertura della medesima in violazione della *par condicio creditorum* e ciò anche se realizzati attraverso la compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza di procedura” e rinvia a Trib. di Siracusa, 20 dicembre 2012, in il caso.it. Invece, lo stesso autore, richiama Trib. di Catania, 18 marzo 2013, in il caso.it per dire che a volte i pagamenti non autorizzati a norma dell'art. 182-*quinquies*, per le modalità di esecuzione e per la qualità soggettiva dei beneficiari, sono scevri da intenti frodati nei confronti degli altri creditori concorsuali.

²⁷³ Cfr. P. Bosticco, ult. cit.

²⁷⁴ P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, cit.

²⁷⁵ Sostengono questa tesi F. S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, cit., p. 1961 ss; G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, cit., p. 1700 ss; P. Bosticco, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1441 ss. In giurisprudenza: App. di Torino, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 248, che ha escluso la frode in riferimento alla vendita, in assenza di autorizzazione, di due autovetture per prezzo congruo, acquisito alla procedura.

²⁷⁶ Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2015, n. 3324, in il caso.it.

pregiudicano le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato”.

Infine, non dovrebbero ricadere nell’ambito applicativo dell’art. 173, comma 3, gli atti dichiaratamente subordinati al verificarsi della condizione sospensiva dell’autorizzazione giudiziale, né quelli successivamente ratificati dal giudice delegato data l’assenza di previa richiesta autorizzatoria.²⁷⁷

Per quanto riguarda gli atti “comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori”, bisogna innanzitutto chiarire quali sono le ragioni dei creditori tutelate dalla norma, che potrebbero essere compromesse dalle condotte del debitore.

Si tratta delle “*ragioni soddisfattorie legate all’esecuzione del piano concordatario*”.²⁷⁸

Dunque, gli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori sono quelle condotte del debitore che intenzionalmente danneggiano la massa creditoria, per ricavarne un vantaggio per sé o per altri.²⁷⁹

Il fatto che le due fattispecie (previste dal comma 3 dell’art. 173) siano collegate dall’avverbio “comunque” fa rilevare la pertinenza di entrambe alle attività poste in essere dal debitore nella gestione del patrimonio dell’impresa.

Quindi, a differenza del comma 1, che tutela la manifestazione di un consenso genuino da parte dei creditori, qui si intende assicurare ai creditori di essere soddisfatti nella misura prevista nella proposta di concordato (secondo le modalità e i tempi chiariti nel piano).

Di conseguenza, se il debitore cerca di eludere le obbligazioni assunte nella proposta, compiendo atti di depauperamento del patrimonio e pregiudicando quindi le aspettative dei creditori, va incontro alla revoca, senza che possa salvarsi con la “redenzione”, cioè rivelando ai creditori tali atti.

In questi casi, infatti, è sufficiente la condotta distrattiva a rendere legittima la revoca, proprio perché si vuole tutelare il patrimonio dell’impresa vincolato al soddisfacimento dei creditori.²⁸⁰

²⁷⁷ B. Quatraro, *Riforma del fallimento – Il concordato preventivo*, in Guida al diritto, 2006, p. 103 ss.

²⁷⁸ P.F. Censoni, ult. cit.

²⁷⁹ P. F. Censoni, ult. cit.; F. S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, cit., p. 1961 ss.

²⁸⁰ Cfr. P. F. Censoni, ult. cit.

Dunque, adesso si comprende meglio la distinzione che si è fatta, in apertura di questo capitolo (par. 2.1.), tra atti anteriori e atti successivi.

Gli atti compiuti prima della presentazione della domanda di concordato determinano la revoca, se il debitore li nasconde ai creditori: il primo comma dell'art. 173 tutela, infatti, il consenso informato, che in questo modo verrebbe a mancare.

Gli atti successivi, invece, determinano la frode dei creditori semplicemente perché vengono compiuti, dal momento che depauperano il patrimonio vincolato al concordato, inficiando le aspettative di soddisfacimento dei creditori (e non c'è bisogno dell'ulteriore elemento della mancata informazione).

In altre parole, gli atti anteriori sono puniti perché finalizzati ad ottenere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (per evitare il fallimento); gli atti successivi, invece, causano la revoca perché sottraggono parte dell'attivo patrimoniale dell'impresa, al fine di dare meno ai creditori, rispetto a quanto spetterebbe loro in base alla proposta.

CAPITOLO 3

L'ART. 173, COMMA 3: REVOCA PER MANCANZA DELLE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ.

1. Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo e l'art. 173, comma 3: premessa.

L'art. 173, comma 3, ultima parte, dispone che la revoca del concordato preventivo può essere legittimamente pronunciata dal tribunale “*se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”.

Questa norma pone dei problemi interpretativi dal momento che non è agevole individuare le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo la cui mancanza legittimerebbe la revoca.

Nel Capitolo 1 di questa tesi si è detto che le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, per rinvio dell'art. 162, sono quelle previste dall'art. 160, comma 1 e 2, e dall'art. 161 l. fall.

Ai sensi dell'art. 173, comma 3, ultima parte, il commissario può rilevare, durante tutto il corso della procedura concordataria, il venir meno delle condizioni di ammissibilità e comunicarlo al tribunale, che, svolte le opportune indagini, può decidere di revocare il concordato preventivo.

La *ratio* sottesa a tale norma è la tutela dei creditori e del loro soddisfacimento, ma anche quella di evitare che venga portata a termine una procedura pubblica laddove manchino le condizioni prescritte dalla legge: è, dunque, una misura prevista anche a tutela dei “riflessi pubblicistici” che permangono tutt'ora nel concordato (e che, anzi, sembrano destinati a prevalere sui caratteri privatistici, stando alla recente riforma).

Il concordato preventivo, pur avendo un impianto generale prevalentemente contrattualistico, è retto da una disciplina che prevede una serie di regole procedurali che non sono nella stretta disponibilità del debitore: queste costituiscono uno strumento di tutela di coloro che, pur non aderendo alla proposta concordataria, risultano esposti agli effetti della stessa.

Le Sezioni Unite della Cassazione²⁸¹, a cui è ben nota ed anzi rimarcata la natura del concordato, hanno ritenuto che “*lo sbilanciamento in favore dell’elemento negoziale del nuovo procedimento di concordato determina una diversa perimetrazione dei poteri di intervento del giudice*”.

Dunque, il tema delle condizioni di ammissibilità è strettamente legato al discusso tema del potere di intervento del tribunale al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo e nel corso dell’intera procedura.

Come si diceva, le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo si individuano partendo dall’art. 162, comma 2, il quale dispone che, ove manchino i presupposti²⁸² di cui agli artt. 160, comma 1 e 2, e 161, il tribunale dichiara inammissibile la proposta di concordato.

Sulle condizioni di ammissibilità dell’art. 160, comma 1 e 2, non vi sono dubbi.

Discussioni si sono avute e tutt’ora si alimentano, in mancanza di una chiara presa di posizione del legislatore, sull’art. 161 e in particolare sulla fattibilità del piano.

L’art. 161 disciplina il contenuto della domanda e dunque prevede la documentazione che il debitore deve presentare con il ricorso (si veda Capitolo 1, par. 1.). Tra le altre cose, il debitore deve presentare una relazione di un professionista, da lui designato, in possesso dei requisiti di professionalità e indipendenza (*ex art. 161, comma 3, che rinvia all’art. 67, comma 3, lett. d.)*²⁸³, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Quello che si rinviene da queste disposizioni è che vi sono delle condizioni di ammissibilità del concordato che devono sussistere al momento della presentazione della domanda e continuare ad esserci durante tutto il corso della procedura, per far sì che si giunga all’omologa e che quindi il concordato preventivo produca l’effetto esdebitativo. Altrimenti, il tribunale deve emettere un decreto di inammissibilità della proposta, *ex art.*

²⁸¹ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

²⁸² I termini “condizioni” e “presupposti” sono considerati sinonimi alla luce della disciplina concordataria.

²⁸³ Art. 67, comma 3, lett. d.: “[...]un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall’art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall’art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore”.

162, comma 2, con cui sostanzialmente si rigetta la domanda di ammissione al concordato preventivo; oppure si può andare incontro alla revoca, *ex art.* 173, comma 3, per mancanza delle condizioni di ammissibilità in corso di procedura; o, infine, al momento dell'omologa, il tribunale si pronuncerà con un decreto di rigetto, *ex art.* 180 l. fall.

1.1. La fattibilità del piano come condizione di ammissibilità.

Come si accennava nel paragrafo precedente, si discute in dottrina e in giurisprudenza intorno al requisito della “fattibilità del piano”: in mancanza di un dato normativo chiaro ed univoco, non si sa se la fattibilità sia un requisito di ammissibilità del concordato e in quanto tale sottoposto al controllo del tribunale; o se, invece, non sia un requisito di ammissibilità e quindi destinato ad essere valutato solo dal professionista nella relazione attestativa, facendo sì che requisito di ammissibilità sia l'adeguatezza della relazione.

Tutt'ora, nonostante un intervento della Cassazione a Sezioni Unite²⁸⁴, non si è giunti ad un pensiero unanime²⁸⁵: anzi, si può dire, che è il tema più controverso del concordato preventivo, insieme ad un altro, che ad esso è necessariamente connesso e subordinato, cioè il tema dei limiti del sindacato del tribunale sulla domanda di concordato.

Il concordato preventivo è una procedura che implica un coinvolgimento del tribunale sin dall'inizio (infatti, il ricorso contenente la domanda di concordato va presentato al tribunale) e con un ruolo centrale: infatti, senza il suo “suggerimento” (cioè senza l'omologa) il concordato non produce effetti *erga omnes*, ma rimane un accordo fra privati che non risolve il problema della crisi d'impresa, lasciando il debitore a rischio di fallimento.

Per chiarire, il tribunale ha il potere-dovere di controllare la legalità della procedura, a tutela dei creditori e degli altri interessi coinvolti nella procedura medesima: la disciplina concordataria, infatti, detta una serie di regole procedurali che il debitore e le altre parti coinvolte devono rispettare per far sì che si giunga all'atto finale (l'omologa) e sul rispetto di queste regole vigila il tribunale.

È pacifico che al tribunale competa questo ruolo di “supervisore” della procedura, affinché tutto si svolga *secundum legem*. Tuttavia, dei dubbi sorgono intorno all'ampiezza dei poteri

²⁸⁴ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

²⁸⁵ Probabilmente perché come rilevato da M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, II, Bologna, 2014, p. 554, la Corte ha dettato un'interpretazione “più equilibrata che esatta, ma è ben noto che sarebbe stato probabilmente impossibile convincere tutti e risolvere le molteplici asperità della questione vista l'obiettivo opacità della cornice normativa”.

del tribunale: in particolare, non si è certi che il sindacato del tribunale possa riguardare la fattibilità del piano.

1.2. La fattibilità del piano: più tesi contrapposte.

Il tribunale, in sede di ammissione, deve verificare che vi siano i presupposti di ammissibilità di cui agli artt. 160, comma 1 e 2, e 161 per poter emettere il decreto di ammissione che apre la procedura di concordato.

L'art. 161, comma 3, prevede che la relazione di un professionista, designato dal debitore, accompagni il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti: come si diceva, la relazione del professionista deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Dalla lettura di queste norme si evince che la relazione del professionista è un presupposto di ammissibilità del concordato, perciò ove quest'ultima mancasse, il concordato sarebbe inammissibile.

E fin qui nessun problema interpretativo.

Il primo problema interpretativo attiene al controllo del tribunale sulla relazione del professionista: cioè, è discusso in dottrina e in giurisprudenza se il tribunale debba limitarsi ad un controllo formale, che potrebbe dirsi concluso con l'accertamento dell'esistenza di tale relazione, oppure debba verificare la correttezza e la congruità della relazione; oppure, ancora, debba sindacarne il contenuto, quindi valutare direttamente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Dopo le riforme del 2005-2007, si sono fatte strada tre differenti tesi sul controllo del tribunale circa la fattibilità del piano (e ognuna di queste ha avuto dei sostenitori in dottrina e giurisprudenza):

- La tesi del controllo di legalità formale o controllo documentale, che esclude qualsiasi sindacato del giudice sulla fattibilità del piano e ammette soltanto un controllo formale sulla completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda;²⁸⁶

²⁸⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, 13817, cit.; Cass. Civ., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in il caso.it.

- La tesi del controllo di legittimità sostanziale, secondo cui spetta al professionista attestatore valutare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, mentre, invece, al tribunale compete un controllo indiretto sulla coerenza, logicità e completezza della relazione del professionista;²⁸⁷
- La tesi del controllo di merito, che attribuisce al tribunale il potere di accertare la fattibilità del piano attraverso la verifica della correttezza del giudizio di fattibilità formulato dal professionista.²⁸⁸

Com'è evidente, si sono profilate due tesi completamente opposte - la prima che attribuisce al tribunale un controllo meramente notarile e la terza che ammette un controllo diretto sulla fattibilità del piano - e una tesi intermedia, che tiene conto del ruolo del professionista, quale tecnico deputato ad attestare il piano, esprimendosi sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano, e del tribunale, quale garante della legalità della procedura.

I sostenitori della tesi del controllo di legittimità sostanziale sono quelli che maggiormente rispettano la suddivisione delle competenze tra gli organi della procedura di concordato preventivo: oltre al professionista e al tribunale, di cui si è detto, esaltano il ruolo del commissario giudiziale, che attraverso la relazioni di cui all'art. 172 e il parere previsto dall'art. 180, comma 2, dovrebbe pronunciarsi sulla fattibilità del piano, al fine di offrire ai creditori un quadro completo sulla situazione patrimoniale ed economica dell'impresa e consentire loro di votare consapevolmente.²⁸⁹

Per la verità tale tesi ha avuto scarso successo tra gli interpreti: cfr. G. Ciervo, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. Secondo le Sezioni Unite (n.1521/2013)*, cit., p. 621 ss.

²⁸⁷ Cass. Civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, con nota adesiva di M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, p. 172 ss. e nota critica di G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., p. 182 ss.; Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3586, cit.; S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 95 ss.; V. Calandra Buonaura, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato.*, in *Giur. comm.*, 2012, 1, p. 1 ss.; G. Fauceglia, *Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo*, nota a App. Roma, 18 settembre 2010, in *D.F.*, 2011, 1, p. 18 ss.; A. Patti, *Il sindacato del tribunale in fase di ammissione al concordato preventivo*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 320 ss.

²⁸⁸ Cfr. G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., p. 182 ss.; F. De Santis, *I poteri del giudice nel processo di concordato preventivo.*, in *Il processo esecutivo a cura di Capponi, Sassani, Storto, Tiscini*, Milano, 2014, p. 1041 ss.; R. Amatore, *Il contenuto del giudizio di omologazione*, in *Giur. merito*, 2013, 3, p. 614 ss.

²⁸⁹ Cfr. P. F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in A. Jorio – M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, cit., p. 1010 ss.; M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, p. 172 ss.; S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *D.F.*, 2011, 2, p. 95 ss.

Ciò non vale soltanto per la fase di ammissione, ma per tutta la durata della procedura: in particolare, al tribunale compete sempre e solo verificare la regolarità degli atti che si susseguono, come si evince anche dall'art. 180, comma 3, sull'omologa.²⁹⁰

Ad ogni modo, per dirimere tale contrasto, è stato chiesto l'intervento delle Sezioni Unite, le quali con una "lunga" sentenza hanno cercato di risolvere quella che è stata definita una "non sopita distonia"²⁹¹, accogliendo proprio la c.d. tesi intermedia o del controllo di legittimità sostanziale²⁹², con qualche rivisitazione.

1.3. L'intervento delle Sezioni Unite (sent. 1521/2013).

Innanzitutto, le Sezioni Unite hanno chiarito definitivamente che la fattibilità del piano non va confusa con la convenienza della proposta.

La fattibilità è la "*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*".²⁹³ "*Tale prognosi può riguardare la fattibilità giuridica o la fattibilità economica del piano di concordato.*"²⁹⁴

La convenienza della proposta, invece, è "*il giudizio di merito certamente sottratto al Tribunale*"²⁹⁵ e consiste nel valutare se sia preferibile la proposta concordataria rispetto all'alternativa concretamente praticabile (in genere il fallimento): sono i destinatari della proposta a decidere quale soluzione sia per loro più conveniente.

²⁹⁰ "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" (art. 180, comma 3).

Cfr. G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, p. 58 ss.

²⁹¹ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

²⁹² In realtà, la Cassazione aveva già appoggiato quest'orientamento: Cass. Civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, cit.

Per una lettura approfondita di Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, si veda *ex multis* P. F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo.*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, p. 343 ss; F. De Santis, *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, 3, p. 279 ss; A. Didone, *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo.*, in *D.F.*, 2013, 1, p. 1 ss; A. Di Majo, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fall.*, 2013, 3, p. 291 ss; M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 2, p. 156 ss; G. B. Nardecchia, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *D.F.*, 2013, 2, p. 185 ss; I. Pagni, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 3, p. 286 ss.

²⁹³ Così Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

²⁹⁴ Cfr. G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 58 ss.

²⁹⁵ Cfr. Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

La Cassazione introduce, quindi, il concetto di fattibilità giuridica e di fattibilità economica, pur nel silenzio delle norme²⁹⁶.

Sebbene vi sia qualcuno²⁹⁷ che abbia sostenuto che tale distinzione sia troppo enfatizzata, si ritiene che, invece, sia utile a chiarire i limiti del sindacato del tribunale sul piano²⁹⁸, al fine di comprendere fin dove il potere pubblico possa spingersi in una procedura concorsuale pensata per risolvere la crisi attraverso la negoziazione privata.

Si vuole dire che il concordato preventivo è una procedura che vede la presenza del tribunale a garanzia degli interessi coinvolti e quale contro-altare dell'autonomia privata²⁹⁹, ma con dei limiti: anzi, le riforme che si sono succedute dal 2005 in poi sono andate tutte nel senso di una crescente privatizzazione, o meglio, di una disintermediazione giudiziaria³⁰⁰, con conseguente ridimensionamento dei poteri del tribunale, salvo probabilmente l'ultima riforma dello scorso agosto.³⁰¹

Dunque, la Cassazione, che in virtù della funzione nomofilattica si fa interprete del diritto vivente, ha voluto dare delle indicazioni generali ai giudici di merito su quale sia il sindacato che compete loro rispetto ad una proposta di concordato.

²⁹⁶ Cfr. F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo delle sezioni unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, in il Fallimentarista.it, per cui la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica è "altrimenti rispetto alla delimitazione unitaria, semplice, elementare, del requisito così come emergente dall'art. 161".

²⁹⁷ M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, II, Bologna, 2014, p. 565.

Cfr. P. Vella, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezioni unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in Fall., 2015, 4, p. 443-444, la quale sostiene che "a distanza di due anni dalla pronuncia delle Sezioni Unite, e con alle spalle una corposa sedimentazione del formante dottrinale e giurisprudenziale, i tempi paiono maturi per una semplificazione lessicale. In primo luogo, la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica, se può aver svolto un ruolo maieutico nell'analisi del Giudice della nomofilachia, appare oggi meno utile, e forse fuorviante. Invero, il sintagma "fattibilità giuridica" – portatore di una connotazione ossimorica che resterebbe sicuramente incompresa nel più pragmatico contesto europeo – non solo è estraneo al dato positivo, che prevede la fattibilità *tout court*, ma esprime in fondo una nozione anche superflua, essendo del tutto pacifico che il tribunale possa sindacare qualsivoglia aspetto *contra legem* della proposta concordataria. Esso rischia perciò – proprio nella zona grigia di confine con la «fattibilità economica» - di ingenerare confusione, sicché parrebbe opportuno ricondurne il concetto nell'alveo del controllo di legittimità, che nessuno revoca in dubbio competenza al tribunale".

²⁹⁸ Cfr. P. F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo.*, cit., p. 347.

²⁹⁹ La Cassazione, infatti, nella sentenza 1521/2013, sottolinea che "seppur l'istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale (come d'altro canto si desume anche dal nome del procedimento), tuttavia nella relativa disciplina siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione [...]"

Vedi anche nt. 100.

³⁰⁰ Cfr. L. A. Bottai, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua* – nota a Cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3586, e a Tribunale Biella (decr.), 10 febbraio 2011, cit., p. 810 ss.

³⁰¹ L. 132/2015, su cui si tornerà in seguito.

È “da ritenere che la fattibilità si traduca in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica. Una prima conclusione che si può trarre da questa premessa può dunque essere individuata nel fatto che certamente il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista”.³⁰²

Il professionista attentatore, nella lettura delle Sezioni Unite, svolge funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice: ha il compito “di fornire, dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri³⁰³ effettuati dall'interno”. Il tribunale, quindi, godendo delle informazioni fornite dal professionista, valuta la fattibilità giuridica del piano, potendosi discostare dal giudizio dell'attestatore.³⁰⁴

La c.d. fattibilità giuridica del piano consiste nella compatibilità del piano, o meglio, delle modalità attuative del concordato con le norme inderogabili.

Quindi, un piano che sia compatibile con le norme inderogabili è un piano fattibile dal punto di vista giuridico e per quanto interessa (e dovrebbe interessare) il tribunale.

La Corte non ha dubbi in tal senso e sostiene che il sindacato del tribunale sia un sindacato “non di secondo grado”³⁰⁵, quindi ha ad oggetto direttamente il piano (non per il tramite della relazione attestatrice).³⁰⁶

³⁰² Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³⁰³ “Il professionista deve redigere un parere col quale prendere posizione sulla fattibilità del piano. Deve, quindi, verificare se il piano come proposto dall'imprenditore sia attuabile e se da questa attuabilità consegua la possibilità per il debitore di adempiere alle obbligazioni dedotte nella proposta. Si tratta, dunque, di un giudizio prognostico ma che non può essere avventato: il professionista deve fondare la propria attestazione su riscontri oggettivi e non ipotetici”. Così M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, p. 177. Cfr. G. Schiano di Pepe G., *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo.*, in *D.F.*, 2010, 3-4, p. 304 ss; F. Michelotti, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 8, p. 964.

³⁰⁴ “Deve dunque ritenersi che egli svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice, come pure si desume dal significativo ruolo rivestito in tema di finanziamento e di continuità aziendale (L. Fall., art. 182 *quinquies*, di cui al D.L. n. 83 del 2012), circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori e viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario”. Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³⁰⁵ “[...] Il dubbio che, di fatto, continua a dare linfa alla distonia sulla verifica della fattibilità si insinua in quella parte della motivazione nella quale la Suprema Corte sembra contraddire la propria premessa quando sancisce che «certamente il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista». Vero è, però, che il controllo di cui alla sentenza in commento non si sviluppa sulla “fattibilità economica”, demandata esclusivamente al vaglio creditorio, bensì su quella giuridica, che esprimerebbe il disvalore sociale nell'ipotesi in cui il piano preveda «modalità attuative incompatibili con norme inderogabili». Così G. Carmellino, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite.*, in *Esecuzione forzata*, 2013, 2, p. 345 ss.

Se la fattibilità giuridica del piano non pone grossi problemi, così non è per la fattibilità economica.

*“Questa è infatti legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati. È pertanto ragionevole, in coerenza con l’impianto generale dell’istituto, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto.”*³⁰⁷

Dunque, siccome si tratta di un giudizio prognostico, la Cassazione ritiene che la buona riuscita del piano sia un rischio di cui devono farsi carico i creditori, come d’altronde accade per i contratti veri e propri³⁰⁸.

In altri termini, se le regole dell’istituto concordatario sono state rispettate, la parte economica dell’accordo che porta con sé dei margini di rischio insopprimibili, perché legati a fattori mutevoli e anche alle intenzioni dei “contraenti”, non può essere valutata dal tribunale³⁰⁹: è un rischio che i creditori devono assumersi, una volta che, ovviamente, sono stati messi nelle condizioni di decidere consapevolmente.

³⁰⁶ Anche le sentenze successive confermano questo orientamento. In particolare, Cass. Civ., Sez. I, 13 marzo 2015, n. 5107, in il caso.it. (che rimanda anche a Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 2014, n. 11423, in Giurisprudenza, Giuffrè e Cass. Civ., sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497, in il caso.it) così si esprime: “la fattibilità del piano è un presupposto di ammissibilità della proposta sul quale, pertanto, il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che consiste nella verifica diretta del presupposto stesso, non restando questo escluso dall’attestazione del professionista. Tuttavia, mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole, fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto”.

³⁰⁷ Così Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³⁰⁸ Cioè i contratti di diritto privato, disciplinati dal codice civile. Infatti, Cass. Civ., sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, cit., ritiene che “il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non ha particolari limiti; la fattibilità economica, invece, è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l’impianto generale prevalentemente contrattualistico dell’istituto del concordato [...]”.

³⁰⁹ È contrario, invece, A. Penta, *La sottile linea di demarcazione tra le valutazioni di convenienza del ceto creditorio ed il giudizio di fattibilità del tribunale*, in Fall., 2013, 4, p. 452 ss, secondo cui “i giudici di legittimità sembrano confondere due piani che solo apparentemente si intersecano, ma che in realtà restano perennemente paralleli: quello, appunto, della convenienza economica, che attinge a giudizi di merito e, per certi versi, di opportunità, e quello della concreta fattibilità o realizzabilità del piano, che, invece, si inserisce nell’alveo di un giudizio di legittimità, sia pure *lato senso*”. Cfr. anche G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in Fall., 2011, 2, p. 182 ss.

La Corte, poi, si premura di valutare anche il caso in cui sia evidente *prima facie* l'assoluta impossibilità di realizzare il piano: cioè se il tribunale può “*assumere di propria iniziativa una decisione contrastante con le indicazioni e il giudizio del professionista attestatore*”³¹⁰, qualora si accorga che, nonostante il piano rispetti le norme inderogabili, comunque non sarà possibile realizzarlo.

Il Collegio, per risolvere questo caso, introduce il concetto di “causa concreta del procedimento di concordato” (di cui si è detto nel Capitolo 1, par. 1.2.).

Occorre, però, fare una premessa.

La Cassazione ritiene che il tribunale debba sindacare principalmente la fattibilità giuridica del concordato, lasciando ai creditori il giudizio sulla fattibilità economica (ad eccezione del caso in cui il piano risulti manifestamente infattibile, di cui si dirà a breve).

Per far sì che i creditori possano valutare consapevolmente la fattibilità economica del piano, c'è bisogno di una relazione attestatrice che fornisca loro le informazioni necessarie.

In altre parole, requisito di ammissibilità del concordato preventivo non è la fattibilità (economica) del piano³¹¹, bensì l'adeguatezza della relazione³¹², cioè l'idoneità della relazione a fornire ai creditori le informazioni necessarie circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, onde consentire loro di esprimere un voto consapevole, dal momento che la fattibilità è una prognosi di adempimento dell'obbligazione contenuta nella proposta ed “è evidente che la prognosi di adempimento spetti solo ai creditori”³¹³.

Dunque al tribunale non compete un controllo diretto sulla fattibilità economica del piano³¹⁴, ma deve verificare che la relazione del professionista sia adeguata, cioè funzionale all'obiettivo al quale è preposta, ovvero la corretta informazione dei creditori.³¹⁵

³¹⁰ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³¹¹ Cfr. P. F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo.*, cit., p. 343 ss.

³¹² Cfr. M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in Fall., 2013, 2, p. 160, secondo cui “al tribunale spetta il compito di effettuare un sindacato penetrante sulla relazione, non anche il compito di operare una propria valutazione di “non fattibilità”. La condizione di ammissibilità del concordato non è, allora, la verifica della fattibilità, ma il riscontro dell'adeguatezza della relazione: ne consegue che la fattibilità non è un fatto costitutivo che deve essere dimostrato dal proponente”, rinviando a Cass. Civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860; G. Fauceglia, *La Cassazione e il concordato preventivo.*, in Giur. Ita., 2013, 12, p. 2538, il quale rileva che “proprio ai fini del riscontro dei requisiti di ammissibilità, al tribunale non compete una verifica della fattibilità, ma il solo riscontro dell'adeguatezza della relazione ai fini di una corretta e completa informazione dei creditori”.

³¹³ M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, II, Bologna, 2014, p. 557.

³¹⁴ “[...] In nessuna norma della legge fallimentare si prevede un controllo del giudice sulla prognosi di adempimento. È giunto il momento di ribadire che va squarciato il velo del mito della ideologizzazione contrattuale del concordato; infatti, al contrario di quanto spesso enunciato, il tema della fattibilità se lo si guarda solo, dal cono visivo

Il Collegio ritiene che questo si evince dall'art. 161, comma 3, il quale attribuisce *“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”*.³¹⁶

Tuttavia, questo non vuol dire che il tribunale non possa discostarsi dal giudizio del professionista espresso nella relazione attestativa.

“L'attestazione non è uno strumento di garanzia, ma un mezzo di informazione di una prognosi che può essere disattesa dal tribunale solo quando l'attestazione formalmente positiva, in concreto contenga le motivazioni di un giudizio sfavorevole”.³¹⁷ Quando, cioè, è evidente che il piano è infattibile, perché la causa concreta del concordato, che è la regolazione degli interessi individuali coinvolti nella procedura - cioè *“l'obiettivo perseguito dalla singola proposta di concordato che assume concretezza dell'indicazione delle modalità di soddisfacimento dei creditori e, eventualmente, delle percentuali e dei tempi di adempimento”*³¹⁸ - è irrealizzabile.

In questo caso, il sindacato del tribunale si estende alla fattibilità economica poiché non c'è nessun rischio che i creditori possano assumersi³¹⁹: si sa fin da subito che il piano non potrà essere realizzato e di conseguenza la proposta rimarrà inadempita. Allora non ha alcun senso ammettere o far proseguire la procedura di concordato.

dell'interpretazione letterale porta ad escludere che le norme attribuiscono al giudice il controllo sulla fattibilità.” M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, cit., p. 559.

³¹⁵ Cfr. M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 178, secondo cui “il tribunale non può <<aggreire>> direttamente la fattibilità, dovendo, invece [...] spostare l'attenzione sul versante dell'attestazione per verificare se l'attestazione sia davvero tale e sia lo strumento adeguato perché i creditori possano essere informati e di poi essere in grado di esprimere un voto consapevole. Questa è l'eterotutela (il controllo di garanzia sulla trasparenza) che il giudice deve assicurare. Se un'attestazione non contiene una autonoma prognosi di fattibilità del piano, non è una reale attestazione e dunque non va considerato un presupposto esistente ai fini dell'ammissione. Il giudice si deve far carico in questa prima fase della realtà dell'attestazione che costituisce il primo veicolo informativo per l'espressione del consenso; il tribunale deve porsi dal prisma visuale del creditore e valutare se in base alla proposta, al piano e all'attestazione è possibile esprimere un voto informato e consapevole”.

³¹⁶ Così, Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³¹⁷ M. Fabiani, Concordato preventivo, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, II, cit., p. 561.

³¹⁸ Così G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 59.

³¹⁹ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, cit., in cui, sempre con riferimento alla citata sentenza 1521/2013, si sostiene: “[...] le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso dal giudice (fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto): quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto). Di fronte alla manifesta irrealizzabilità del piano, invero, non c'è da effettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta”.

C'è, d'altra parte, chi³²⁰ ritiene che al tribunale spetti in ogni caso (cioè, non solo quando è evidente che il piano sia irrealizzabile) il sindacato sulla fattibilità del piano: i creditori sono chiamati a valutare la convenienza della proposta e per farlo devono poter confidare sulla fattibilità del piano che la sorregge. Ciò anche alla luce degli interessi pubblicistici che entrano in gioco, primo fra tutti l'inutile dispendio di energie e denaro pubblici per una procedura che si rivela inutile, poiché non risolve la crisi dell'impresa e non soddisfa i creditori.

A quest'orientamento si può obiettare che il giudizio di fattibilità è un giudizio prognostico e proprio perché è tale, implica delle valutazioni probabilistiche sull'esito della procedura; dunque, a meno che non si abbia la certezza (impossibilità dell'oggetto o illiceità dell'oggetto) che il piano sia irrealizzabile, quel programma resta in piedi e spetta ai creditori assumersi il rischio che quanto previsto dal piano si verificherà³²¹.

Quanto agli interessi pubblicistici coinvolti, le Sezioni Unite non negano che l'istituto concordatario pur essendo marcatamente privatistico, conservi dei "riflessi pubblicistici": a tutela di questi ultimi è previsto il sindacato del tribunale, che certamente non si estende agli aspetti economici del piano, rimessi alla valutazione dei privati, ma che ha lo scopo di garantire la legalità della procedura e che attribuisce al tribunale il potere di arrestare la "negoziatura" in qualunque momento.

Le norme, infatti, sono chiare: il tribunale può emettere un decreto di inammissibilità, ai sensi dell'art. 162, comma 2; può revocare il concordato, in corso di procedura, ai sensi dell'art. 173, comma 3; può, infine, rigettare la richiesta di omologa, ai sensi dell'art. 180.

³²⁰ G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., p. 182 ss.

³²¹ Vedi App. di Venezia, 6 marzo 2014, in Fall., 2014, 12, p. 1322 ss. Tale decreto della Corte d'Appello di Venezia rileva che nel caso di specie "si fronteggiano due differenti stime degli immobili offerti ai creditori: secondo l'una (quella del tecnico incaricato dalla società) il ricavato dalle vendite degli immobili consentirà il soddisfacimento della percentuale indicata nella proposta concordataria, secondo l'altra stima, invece, (quella del tecnico nominato dalla procedura) non si ricaverà dalle alienazioni dei cespiti oggetto della proposta somme sufficienti al pagamento dei chirografari. [...] Non v'è alcuna certezza che si verificherà l'una o l'altra ipotesi di realizzo dei beni, potendo ritenersi unicamente che - secondo un certo opinamento - l'una stima è più probabile che l'altra. Peraltro, una volta escluso che la stima del tecnico della società non possa risultare quella più vicina all'effettivo realizzo della vendita dei beni, il che consentirebbe un pagamento anche del ceto chirografario, è inevitabile ritenere, a un tempo, la sussistenza della causa in concreto (componimento della crisi con assegnazione di una ancorché minima soddisfazione per i chirografi) e, dall'altro, che compete ai creditori operare la scelta in quale delle stime loro sottoposte (quella del tecnico della società o quella dell'esperto nominato dalla procedura) ritengano di confidare. In altri termini, una volta che non si possa escludere che il ricavato dei beni sia in linea con quanto stimato dal tecnico della società, trattandosi di un'ipotesi che, più o meno probabile, è comunque concretamente possibile, neppure può in radice escludersi la "causa concreta" del c.p. (non potendosi revocare in dubbio che in tale ipotesi la proposta sarebbe in grado di soddisfare i chirografi) e la scelta se dar credito ad essa piuttosto che a quella - più riduttiva - dell'esperto della procedura."

Dunque, non è il potere del tribunale di sindacare la realizzabilità del piano a tutelare gli interessi coinvolti nella procedura, ma il suo compito di vigilare sulla “trasparenza dell’operazione”³²², che si sostanzia nei vari controlli che può effettuare in diversi momenti della procedura.

1.4. Il sindacato del tribunale dopo le Sezioni Unite.

*“Rientra dunque certamente, nell’ambito del detto controllo, una delibazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni adottate dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano, così come analogamente deve dirsi per quanto concerne la coerenza complessiva delle conclusioni finali prospettate (si pensi ad esempio ad un giudizio di fattibilità ancorato ad un complesso di dati, la cui sommatoria deponesse viceversa in favore di conclusioni di segno opposto) ovvero l’impossibilità giuridica di dare esecuzione (sia pure parziale) alla proposta di concordato (si pensi ancora, ad esempio, alla programmata cessione di beni di proprietà altrui), ovvero la rilevazione del dato, se emergente <<prima facie>>, da cui poter desumere l’inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati, nel rispetto dei termini di adempimento previsti”.*³²³

Il tribunale svolge, quindi, un sindacato sulla fattibilità giuridica, ovvero sulla compatibilità del piano con le norme inderogabili³²⁴, e sulla causa concreta del procedimento di concordato³²⁵, cioè sull’adeguatezza del piano, così come prospettato dal debitore e attestato dal professionista, rispetto al fine perseguito.³²⁶

³²² Si utilizza volutamente l’espressione di G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., p. 188, al fine di dimostrare che la trasparenza dell’operazione può essere garantita anche con un controllo non esteso al merito.

³²³ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³²⁴ “Tra queste ultime vanno ricomprese quelle intese ad assicurare la completezza e regolarità della documentazione prodotta in allegato alla proposta, con lo scopo di fornire ai creditori concreti elementi di giudizio. Si allude al piano, che deve indicare in modo analitico le modalità e il termine di adempimento della proposta, a tutti gli altri documenti previsti dall’art. 161, comma 2, l.fall., infine alla relazione attestatrice della veridicità dei dati e della fattibilità del piano, che per poter svolgere la sua funzione informativa deve avere caratteristiche di analiticità ed esaustività. A questo livello, quello del controllo di legittimità formale, il tribunale deve quindi limitarsi a verificare che nessuna norma imperativa sia disattesa e, quanto alla relazione attestatrice, che essa sia completa ed analitica, sì da poter assolvere alla sua funzione informativa. [...] Il tribunale deve tuttavia garantire il rispetto di tutti i principi giuridici, di diritto civile e concorsuale, da cui dipende l’ammissibilità giuridica della proposta”. Così R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, in Fall., 2014, 12, p. 1330.

³²⁵ A tal proposito, R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, p. 1330, parla di “un secondo livello sul quale opera il controllo di fattibilità giuridica della proposta, dovendosi concretare questo ulteriore vaglio giudiziale nella verifica della effettiva idoneità del piano ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura, *rectius* del negozio concordatario. Sul punto, deve essere pertanto ribadito che - a questo livello - il controllo del

Questo è quel che si può stabilire in via generale³²⁷, perché poi, siccome la causa concreta varia da concordato a concordato, per stabilire i margini di intervento del giudice si dovrà tener conto delle “concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria”³²⁸.

Chiaramente, rimane fuori dal sindacato del tribunale qualsiasi giudizio in ordine al merito e alla convenienza della proposta, che spetta, invece, ai creditori.³²⁹

Quindi, se così è, quando viene presentata una domanda di concordato, compito del tribunale è, *in primis*, quello di verificare l’idoneità della documentazione prodotta a fornire le informazioni necessarie ai creditori per esprimere un voto consapevole³³⁰: compito che si esplica attraverso la verifica dell’adeguatezza, in termini di coerenza e logicità, della relazione del professionista attestatore.

In secondo luogo, il tribunale deve verificare la fattibilità giuridica del piano, cioè l’effettiva compatibilità con le norme inderogabili dell’ordinamento.

Infine, deve valutare l’eventuale inattuabilità del piano che si manifestasse *prima facie*: qualora emergesse l’impossibilità (manifesta) di realizzare la causa concreta del concordato, intesa come soddisfazione dei creditori nelle modalità e nei termini indicati nella proposta, il

tribunale è maggiormente inteso, potendosi spingere oltre la valutazione relativa al rispetto delle norme imperative che governano la fattispecie, e dovendo anzi inerire alla possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato che in concreto sia stata formulata”.

Cfr. M. Vitiello, *Il problema dei limiti del controllo del tribunale sulla fattibilità del piano come risolto dalle Sezioni Unite*, in *Il Fallimentarista*.

³²⁶ “[...] Il sindacato del giudice in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa del detto procedimento nel senso sopra delineato, mentre non può essere esteso ai profili concernenti il merito e la convenienza della proposta [...]” Così Cass. Civ., sez. un., ult. cit.

Prima delle Sezioni Unite, A. Di Majo, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, 2, p. 230, rilevava che “a voler allora tenere distinto un riparto di competenze tra quanto riservato alla valutazione del ceto creditorio e quanto invece al controllo del Tribunale, si potrà convenire con la sentenza n. 18864 che, se ai creditori spetta un giudizio prognostico sull’esecuzione del piano *de futuro*, il controllo del Tribunale non esprime prognosi alcuna ma solo l’adeguatezza di esso rispetto al fine perseguito”. Vedi Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

³²⁷ “Ne consegue, venendo al concreto, che il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano va stabilito, in via generale, in ragione del contenuto della proposta e quindi della identificazione della causa concreta del procedimento [...]”. Così Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³²⁸ Cass. Civ., sez. un., ult. cit.

³²⁹ Vedi M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 178, secondo cui la fattibilità “altro non è che una prognosi di adempimento dell’obbligazione contenuta nella proposta. E qui è evidente che la prognosi di adempimento spetti solo ai creditori, come è dimostrato, qui sì decisamente, dal fatto che la risoluzione non può più essere disposta d’ufficio. Se fosse vero che il tribunale in ogni momento della procedura può sindacare la fattibilità, dovrebbe poter anche pronunciare la risoluzione quando rilevi che la proposta non può più essere adempiuta: e ciò può fare, invece, solo su richiesta dei creditori perché solo i creditori sono interessati all’adempimento”.

³³⁰ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 2014, n. 12549, in il caso.it.

tribunale potrà negare o revocare l'ammissione del debitore alla procedura o l'omologazione del concordato. In questo caso-limite, dunque, il tribunale può esprimersi anche sulla fattibilità economica del piano (o si può dire che il sindacato di fattibilità giuridica si espande), poiché viene meno la causa in concreto del concordato e dunque i presupposti che fanno sì che il concordato sia da preferire al fallimento.

In altre parole, se viene meno la causa in concreto, il concordato non è più lo strumento deputato alla risoluzione della crisi attraverso la soddisfazione (seppur minimale) dei crediti (causa in astratto) e quindi, siccome viene meno lo scopo legale della procedura³³¹, il concordato non può più stare in piedi.

Non si possono bloccare le azioni esecutive individuali e sacrificare gli interessi dei creditori e di quanti restano coinvolti dalla procedura concordataria, se poi in realtà l'istituto non permette di raggiungere lo scopo al quale è preposto.³³²

Si tratta di una garanzia per i creditori e non solo (ci si riferisce anche alle ragioni di economicità e rapidità delle procedure pubbliche).

Secondo altri³³³, invece, siffatto percorso valutativo non può non avere *“le caratteristiche di un tipico sindacato <<di merito>>, che [...] ingloba in sé una fase interpretativa ed una fase valutativa: l'interpretazione della proposta concordataria (e delle eventuali modifiche introdotte dal debitore in corso di procedura), e la valutazione della legittimità della*

³³¹ Cass. Civ., sez. I, 17 ottobre 2014, n. 22045, in Giurisprudenza, Giuffrè, rileva che il “controllo demandato al tribunale tanto ai fini dell'ammissione alla procedura quanto ai fini dell'omologazione e della revoca, il quale, come ripetutamente affermato da questa Corte, non è limitato alla completezza ed alla congruità logica della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla compatibilità delle relative modalità di attuazione con norme inderogabili e con la causa concreta dell'accordo, avente come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore ed il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti”.

³³² “Una limitazione così significativa, dunque, determinata da un'avvertita esigenza di bilanciamento con le sopra richiamate esigenze di agevolazione dell'imprenditore nell'uscire dallo stato di crisi, può trovare concreta giustificazione - al di là della condivisione o meno nel merito dell'opzione effettuata - soltanto ove ricorrano le due seguenti condizioni: a) che lo svolgimento del procedimento avvenga nel rispetto delle indicazioni del legislatore, vale a dire consentendo ai creditori, dapprima, di votare avendo conoscenza (o avendo avuto modo di conoscere) di tutti i dati a tal fine necessari e, quindi, di esprimere le eventuali riserve nel giudizio di omologazione; b) che la conseguente definizione si realizzi con il raggiungimento della duplice finalità perseguita con l'instaurazione della detta procedura, consistenti nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore (che comunque in tal modo così definisce la sua parentesi commerciale negativa), da una parte, e nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti (significativo in tal senso la L. Fall., art. 181, che stabilisce un breve termine di definizione suscettibile di una sola proroga), dall'altra”. Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in Giurisprudenza, Giuffrè.

³³³ F. De Santis, *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, in Fall., 2013, 3, p. 279 ss; R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, in Fall., 2014, 12, p. 1332.

procedura e dell' idoneità a perseguire la sua causa in concreto”³³⁴. Si tratterebbe dunque di un giudizio ascrivibile alla categoria dei giudizi discrezionali³³⁵ che, a differenza di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, non è limitato alla legittimità sostanziale³³⁶: si parla di “*sindacato di fattibilità secondo il metro della causa in concreto*”³³⁷.

In realtà, si ritiene che il controllo del tribunale sul ricorrere della causa in concreto rientri nel sindacato di legittimità sostanziale, perché il tribunale alla luce della relazione attestatrice e (successivamente anche) della relazione del commissario giudiziale valuta la realizzabilità del piano, senza entrare nel merito della proposta (la cui valutazione spetta ai creditori): “*lungi dal poter sindacare <<le probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti>> [...], si tratta di valutare, in sede di legittimità, se il mezzo proposto (e cioè il piano) 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). Come enunciato in qualche parte nella “lunga” sentenza, si tratta, né più e né meno, che di <<assicurare la tutela della legalità del procedimento>>, compito istituzionalmente demandato al giudice, seppure in una cornice normativa caratterizzata da <<obiettiva opacità>> [...]*”³³⁸.

³³⁴ Così F. De Santis, *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, cit., p. 283.

³³⁵ [...] nel senso, s'intende bene, della discrezionalità del giudice, che deve essere esercitata nel rispetto della legge e con adeguata motivazione, che tenga conto di tutti i fatti decisivi e rilevanti sottoposti al suo esame”. F. De Santis, *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, cit., p. 281.

³³⁶ Difatti, F. De Santis, *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, cit., p. 281, così si esprime: “a me pare che il sindacato giudiziale al quale alludono le Sezioni Unite sia anche qualcosa di più del mero controllo giuridico della legittimità sostanziale della proposta, se incidente su un possibile vizio «genetico» della sua causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, e traducibile in una sorta di nullità negoziale per impossibilità dell'oggetto. L'elemento di (forse) inattesa novità, che si rinviene nella pronuncia e che sostanzia il sindacato giudiziale di fattibilità, è il riconoscimento del potere giudiziale di controllo sulla «causa in concreto» della proposta e del procedimento concordatari”.

³³⁷ Sempre F. De Santis, *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, cit., p. 286.

³³⁸ Così A. Di Majo, *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*, cit., p. 293, il quale sottolinea che la Cassazione (Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521) ha inteso riferire la causa in concreto al procedimento di concordato e non alla singola proposta-negozio. Infatti, l'autore, dopo aver ribadito che al tribunale spetta unicamente il sindacato sulla fattibilità giuridica, afferma: “volendo ulteriormente riempire la casella della <<fattibilità giuridica>> con una categoria più familiare al ceto giuridico, la Cassazione si adopera per individuarla nella categoria <<della causa concreta>> ma riferita, si badi bene, al procedimento di concordato, come più volte enunciato nella sentenza, e non già alla singola proposta - negozio, il che fa la differenza. E dunque al procedimento di concordato, pur interpretato in senso negoziale, che va riferita la <<causa concreta>>, con una indubbia innovazione, costituita dalla introduzione di un elemento funzionale nell'ambito di un <<procedimento>> che dovrebbe invece esaurirsi nella corretta sequenza di atti. Il che non viene osservato dalla gran parte dei Commentatori che riferiscono la <<causa concreta>> al negozio e non al procedimento. Ma tutto ciò non può non evidenziare il distacco da una lettura iper-negoziale del concordato, per accentuarne l'aspetto di componente di una procedura, e/o di un procedimento siano pure destinati ad innestarsi sulla ristrutturazione di una esposizione debitoria, consensualmente concordata”.

Altro discorso, poi, è che nella pratica ogni qual volta un tribunale dovrà valutare il ricorrere della causa in concreto potrebbe discrezionalmente oltrepassare i limiti del sindacato giudiziale³³⁹, così come delineato dalle Sezioni Unite: infatti, come si è già avuto modo di ricordare, la Suprema Corte, nella sentenza 1521/2013, sostiene che *“poiché [...] il legislatore non ha imposto aprioristiche predeterminazioni in proposito, ne discende che non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria”*.

Com'è evidente, sono i giudici di merito che devono attenersi alle regole del sindacato e in un certo senso autolimitarsi, onde evitare di incorrere in una sentenza di secondo grado che, per via di uno “straripamento di potere”, ribalti il *decisum* della sentenza di primo grado, o in una sentenza della Cassazione che cassi la medesima pronuncia.

Gli interpreti³⁴⁰ che intendono dimostrare che il sindacato del tribunale riguarda il merito della proposta spesso richiamano l'art. 162, comma 1, che prevede la facoltà per il tribunale di richiedere integrazioni al debitore.

³³⁹ G. Fauceglia, *La Cassazione e il concordato preventivo.*, cit., p. 2545, avverte: “se il debitore può formulare la proposta nel contenuto più vario possibile, essendo ciò affidato all'autonomia predispositiva, qualora dovesse ammettersi un controllo generico ed indiscriminato sulla causa concreta, si finirebbe per scivolare sulla valutazione economica in senso ampio, posto che l'ottica di superamento della crisi implica necessariamente un esame, anche prognostico, sugli effetti economici della proposta, con la conseguenza di impedire qualsiasi giudizio dei creditori, che potrebbero, in astratto, ritenere conveniente per i propri interessi proprio la soluzione offerta dal debitore. In conclusione, con l'introduzione di un parametro funzionale a livello di valutazione giudiziale sulla c.d. fattibilità giuridica si creano i presupposti di indebite sovrapposizioni con il giudizio di fattibilità economica rimesso ai creditori; ma soprattutto, si rende omogeneo il controllo sulla causa concreta in ogni fase del procedimento, sin dal momento ammissivo, e si finisce per svuotare di ogni funzione quella valutazione sul piano che, se assistita dai presupposti indicati dalla legge, non può che essere attribuita ai creditori, sia pure con le garanzie informative e procedurali che necessariamente debbono assistere il procedimento. Le conseguenze della decisione della suprema Corte saranno evidenti: il controllo del Tribunale sin dalla fase ammissiva finirà per appuntarsi non solo sui profili giuridici innanzi indicati, ma addirittura sul “merito” della proposta, sotto le mentite spoglie dell'impossibilità del piano a regolare o risolvere, nello specifico, la crisi dell'impresa, con buona pace delle intenzioni dell'incerto legislatore”; L. Panzani, *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato.*, in *Le Società*, 2013, 5, p. 577, nel commentare la sentenza 1521/2013 delle Sezioni Unite, rileva: “il riconoscimento che permane un potere di controllo del giudice a tutela dei profili pubblicistici del concordato e l'affermazione che rientra nel controllo di legalità la verifica della legittimità della causa in concreto del negozio, controllo peraltro i cui limiti non possono essere predeterminati a priori perché la causa in concreto va individuata caso per caso, possono aprire la strada ad una giurisprudenza molto più incline al sindacato di merito di quanto sembri suggerire la sentenza delle Sezioni Unite”.

³⁴⁰ *Ex multiis*, R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *D.F.*, 2012, 2, p. 113; V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il “decreto correttivo”*, in *D.F.*, 2008, 6, p. 551 ss; N. Nisivoccia, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 2, p. 101 ss; Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, 4, p. 730 ss.

D'accordo con la Cassazione, si ritiene che *“detta facoltà non contrasta con il dovere di controllo della legalità attribuito al giudice e non implica in alcun modo che da ciò debba necessariamente discendere il riconoscimento di un potere di controllo di merito”*³⁴¹.

Né tanto meno la possibilità per il tribunale di disporre d'ufficio mezzi istruttori, in caso di opposizione all'omologazione, come previsto dall'art. 180, comma 4, da alcuni³⁴² richiamato come conferma del giudizio di merito del tribunale, in realtà è argomento validamente spendibile, dal momento che la Cassazione a Sezioni Unite, sempre nella sentenza 1521/2013, ha rilevato che *“il potere di integrazione dei mezzi istruttori, fra l'altro non infrequentemente riconosciuto dal legislatore nell'ambito processuale per l'assoluta priorità attribuita alla finalità di giustizia che il processo è fisiologicamente deputato a realizzare, [...] è infatti riconducibile, oltre che all'adozione del modello dei procedimenti camerati, alla rilevanza pubblicistica riconosciuta alla procedura di concordato, che in quanto tale giustifica un più penetrante controllo del giudice rispetto all'ordinario proprio in vista dell'esigenza di realizzazione dell'interesse pubblico ad essa sotteso, e fa comunque escludere che tale facoltà possa essere interpretata come espressione di un potere di sindacato da parte del giudice, in relazione al contenuto della proposta formulata dall'imprenditore ai creditori”*.

Cfr. anche F. Lamanna, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*; P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la l. 134/12)*, in *il caso.it*; P. Genoviva, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 10, p. 1222 ss; A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 3, p. 647 ss.

Contra G. Carmellino, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite.*, cit., p. 345 ss, il quale sostiene che *“una tale facoltà abbia vieppiù natura interlocutoria, anziché connaturante un potere incisivo sulla fattibilità del piano. In sintonia con il ruolo del giudice quale garante della corretta formazione del consenso, il potere di richiedere integrazioni al piano va guardato dal cono visivo del ceto creditorio, ponendosi il giudice, soggettivamente, quale potenziale destinatario della proposta: in luogo dei creditori verificherà la intelligibilità della stessa, del piano e della documentazione a sostegno, potendo disporre del potere di cui all'art. 162 l.fall. ogniqualvolta siffatti strumenti non siano comprensibili e non siano idonei alla formazione di un genuino consenso; ben altra cosa rappresenta, invece, la fattibilità, che resta nelle briglie dei creditori e sulla quale questi ultimi possono determinarsi solo e soltanto grazie ad una informazione e ad un piano alla cui completezza e comprensibilità è votato l'art. 162 l. fall.”*; G. Travaglino, *La “fattibilità” del concordato preventivo.*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, 4, p. 403 ss, secondo cui *“il potere del giudice di concedere un termine per l'integrazione del piano e la presentazione di nuovi documenti (art. 162 l. fall.) viene così interpretato, alla luce della collocazione sistematica della norma, unicamente nel senso di assicurare un incremento informativo ai creditori, onde renderli maggiormente consapevoli della fattibilità e convenienza del piano anche grazie al ruolo dell'esperto.”*

³⁴¹ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

³⁴² M. Ferro., *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, p. 1046.

Dunque il tribunale, seppur con un ruolo meno penetrante rispetto al passato, rimane l'organo di tutela degli interessi dei creditori e della legalità della procedura³⁴³: può intervenire *ab initio*, cioè con un decreto di inammissibilità che non fa partire la procedura, non essendoci le condizioni prescritte dalla legge; oppure, nel corso della procedura stessa in virtù dell'art. 173, comma 3, che disciplina il caso della mancanza delle condizioni di ammissibilità rinvenuta nel corso della procedura; infine, nel giudizio di omologa, rigettando la richiesta di omologazione del concordato, poiché, nel verificare la regolarità della procedura e l'esito del voto (ai sensi dell'art. 180, comma 3), si accorge che il concordato non può essere omologato.

In questi diversi momenti della procedura, il tribunale conserva lo stesso potere di sindacato: o meglio, il parametro di valutazione è sempre il medesimo e *“consiste nella verifica della permanenza dei presupposti di ammissione alla procedura e sulla regolarità della stessa per tutta la sua durata”*³⁴⁴.

Le Sezioni Unite sono state chiare in tal senso³⁴⁵ e anche la successiva giurisprudenza di legittimità lo ha confermato³⁴⁶.

³⁴³ “Anche le recenti modifiche della legge fallimentare sembrano, peraltro, confermare il ruolo del giudice quale garante della legalità della procedura: così la previsione di cui all'art. 161, sesto comma, che disciplina la fattispecie del c.d. concordato con riserva di successivo deposito della proposta, del piano e della ulteriore documentazione richiesta dalla legge e che consente al debitore di continuare ad occuparsi della gestione ordinaria della società e di compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione *«previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni»*; come pure la nuova disciplina di cui all'art. 169-bis in tema di contratti pendenti, che prevede la possibilità di sospensione dei contratti in corso, ovvero di scioglimento degli stessi previa autorizzazione del giudice; ovvero la già citata previsione di cui al quarto comma dell'art. 180, che estende l'“eccezionale” giudizio di convenienza sulla proposta di concordato da parte del tribunale all'ipotesi di opposizione di creditori rappresentanti il venti per cento dei crediti ammessi al voto, in caso di mancata formazione delle classi. Nello stesso senso sembrano essere le previsioni di cui all'art. 182-quinquies in tema di autorizzazione del tribunale alla sottoscrizione di finanziamenti prededucibili o al pagamento di crediti anteriori per la prestazione di beni o servizi, e di cui all'art. 186-bis6, in materia di concordato con continuità aziendale, che conferisce al tribunale un potere di intervento nel corso della procedura ove accerti che *«l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori»* Tali innovazioni non ampliano *tout court* il ruolo del giudice nella procedura, bensì prevedono l'intervento di un organo terzo in funzione di garanzia dei creditori in quelle fasi della procedura introdotte *ex novo* e caratterizzate dall'urgenza e dall'assenza di altre tipologie di controllo. Si tratta di norme finalizzate a contemperare la possibilità di un rapido accesso alla procedura di concordato con la presenza di un organo giudiziale, in funzione di garanzia dei creditori, particolarmente necessario in considerazione dell'assenza momentanea di tutti i controlli normalmente previsti. Lungi dal costituire un rafforzamento del sindacato di merito del tribunale nella procedura, confermano invece la suddivisione di competenze tra giudice e creditori sopra illustrata”. Così G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 60-61.

³⁴⁴ Così G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 60.

³⁴⁵ Infatti, Cass. Civ., sez. un., ult. cit., rileva che “ulteriore questione che si potrebbe astrattamente porre [...] riguarda la definizione dell'ambito dei poteri del giudice nei tre diversi momenti di ammissibilità, revoca e omologazione del concordato, e più precisamente lo stabilire se sia o meno configurabile una identità di posizione da parte sua - e pertanto l'utilizzabilità di un medesimo parametro valutativo - nelle differenti fasi sopra indicate, quesito al quale il Collegio ritiene di dover dare risposta positiva”. Infatti, “per quanto concerne il rapporto fra gli artt. 162 e 163 (rispettivamente inammissibilità della domanda e ammissione alla procedura) e l'art. 173 (revoca dell'ammissione), l'identità del dato testuale (inammissibilità - ammissione e revoca dell'ammissione), l'elencazione delle ipotesi specificamente delineate nell'art. 173 (che richiama sostanzialmente atti di frode, il cui esame rientra nell'ambito dei controlli esercitati dal

Ciò che cambia nel corso della procedura è il bagaglio di conoscenze³⁴⁷, poiché nella fase di ammissione il tribunale può valutare soltanto i documenti depositati dall'imprenditore insieme alla domanda di concordato (o nei sessanta giorni successivi se si tratta di concordato con riserva), compresa la relazione del professionista; successivamente, invece, potrà tener conto della relazione particolareggiata del commissario giudiziale³⁴⁸ e in fase di omologa del parere motivato, redatto sempre dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 180, comma 2.

Dunque, il tribunale avrà più elementi da valutare in una eventuale sede di revoca o in fase di omologa.

giudice ai sensi dei citati artt. 162 e 163), il riferimento al venir meno delle «condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato» contenuto nell'art. 173, u.c., sorreggono la conclusione sopra formulata. Analogamente deve poi dirsi per quanto concerne il rapporto fra gli articoli sopra indicati e l'art. 180 in tema di giudizio di omologazione, e ciò per i seguenti concorrenti motivi: nel caso di mancanza di opposizioni, non è demandato al tribunale alcun accertamento o compito peculiare; la verifica in ordine alla regolarità della procedura, il cui obbligo è richiamato nel terzo comma dell'articolo citato, 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; 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 ora considerati”.

Cfr. M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 178, il quale già prima della pronuncia delle Sezioni Unite, così si esprimeva: “se la fattibilità non è un giudizio che compete al tribunale, salvo che appunto non incida sulla stessa riconoscibilità della relazione, è poi coerente assumere che non vada valutata dal tribunale né ai fini della revoca (art. 173 l.fall.), né ai fini dell'omologazione (art. 180 l.fall.)”, rilevando poi che “al contrario, poiché la fattibilità è una prognosi sull'adempimento, in sede di risoluzione i creditori possono, proprio, lamentare la sopravvenuta non fattibilità del piano per dimostrare l'inadempimento alla proposta di concordato”. Similmente, con riferimento all'art. 173, quindi al sindacato del tribunale in sede di revoca, si è espresso anche G. Schiano di Pepe, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo.*, in D.F., 2010, 3-4, p. 323.

³⁴⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. I., 6 novembre 2013, n. 24970, in il caso.it; Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2014, n. 10778, in il caso.it, che ha riaffermato “che il controllo di legittimità spettante al giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo perimetro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo” e tale controllo “comporta necessariamente la verifica della persistenza, sino a quel momento, delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppure già scrutinate nella fase iniziale, dell'assenza di atti o fatti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art. 173 l.f. ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, del rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole e adeguata informazione”.

³⁴⁷ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in Commentario al c.c. e codici allegati, diretto da Scialoja e Brenca, II, cit., p. 566: “dal punto di vista processuale è necessario precisare che il tipo di sindacato esercitabile nelle varie fasi del procedimento e cioè nella fase di ammissione (art. 162 legge fall.), in quella di revoca (art. 173 legge fall.) e in quella di omologazione (art. 180 legge fall.) deve essere omogeneo, anche se, ovviamente con la progressione del procedimento il tribunale amplierà il proprio bagaglio di conoscenze per poter effettuare un sindacato più approfondito sia sull'attestazione sia sul modo in cui ai creditori sono fornite le informazioni”.

³⁴⁸ *Contra* Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit., in cui si ritiene che la relazione del commissario sia destinata solo ai creditori che possono confrontarla con la proposta del debitore e la relazione del professionista attestatore, al fine di esprimere un voto consapevole.

2. Analisi della novella del 2015 in relazione alla fattibilità del piano.

Il d.l. 83/2015 convertito in l. 132/2015 ha introdotto delle novità anche nella disciplina concordataria, di cui si è detto nel Capitolo 1 (par. 1.1.).

Per quanto riguarda i requisiti di ammissibilità, di cui ci si sta occupando, rilevanti sono le nuove disposizioni introdotte all'art. 160, comma 4 e quella all'art. 161, comma 2, lett. e.³⁴⁹

L'art. 160, comma 4, reintroduce (essendo già prevista nell'originario r.d. n. 267/1942)³⁵⁰ una soglia minima (del 20 %) di soddisfacimento per i creditori chirografari, tra l'altro con una formula che ha fatto subito sorgere dubbi sulla corretta interpretazione.

Infatti, tale disposizione prevede che *“in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*³⁵¹.

Ma non è chiaro cosa si intende per “deve assicurare” e per “pagamento”.

Procediamo per ordine.

Innanzitutto, si ritiene che il *“<<retropensiero>> che sta alla base della modifica sia quello di arginare il gran numero di concordati proposti negli ultimi anni con offerte percentuali talvolta irrisorie e con esiti concreti tutt'altro che felici”*³⁵².

Inoltre tale soglia minima vale solo per i concordati liquidatori, dal momento che il quarto comma dell'art. 160 in chiusura prevede che *“la disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*.

Dubbi interpretativi sono sorti intorno al verbo “assicurare”: c'è chi sostiene si tratterebbe di un “atecnicismo”³⁵³, sinonimo di attribuire, che non offrirebbe, quindi, una vera e propria garanzia, e chi, invece, ritiene che sarebbe l'assunzione di un impegno giuridico³⁵⁴.

³⁴⁹ Si tratta di norme che rispondono alla *ratio* sottesa all'intervento ultimo del legislatore: cioè, spostare il baricentro della tutela degli interessi verso la posizione dei creditori, attraverso l'introduzione di una serie di garanzie sostanziali e procedurali. Cfr. R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 117 ss.

³⁵⁰ In misura, però, del 40 %.

³⁵¹ Art. 160, comma 4, l. fall.

³⁵² Così L. A. Bottai, *Commento sub art. 160*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 101, il quale prosegue, rilevando che “l'esternalità negativa, tuttavia, di cui non si è tenuto conto, sarà il corrispondente incremento di procedure fallimentari, con connesso aggravio di costi per la <<macchina>> della giustizia (reclami ex art. 18 l. fall., verifiche dei crediti, opposizioni a stato passivo, azioni di responsabilità, ecc.) e senza alcun beneficio per i creditori, che teoricamente si vorrebbero tutelare”.

³⁵³ G. Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in Fallimenti e Società.it, con riferimento all'analogo termine contenuto nell'art. 163, comma 5.

Quel che è certo è che il legislatore ha previsto per i concordati liquidatori il “pagamento in numerario”³⁵⁵ almeno fino alla soglia del 20 % ai chirografi.

Dunque, a dispetto di quanto si preveda al primo comma del medesimo articolo, che tutt’ora prevede la possibilità per il debitore di soddisfare i crediti “attraverso qualsiasi forma”³⁵⁶, il nuovo quarto comma dell’art. 160 richiede espressamente il “pagamento” quale forma di soddisfacimento per i chirografi, almeno per il 20% dell’ammontare dei crediti³⁵⁷.

Si deve notare che l’art. 162, comma 2, quando richiama i presupposti di ammissibilità, che qualora mancassero, legittimerebbero la dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato ad opera del tribunale, si riferisce ai requisiti di cui all’art. 160, comma primo e secondo e all’art. 161; tuttavia, la dottrina è concorde nell’affermare che la previsione del

³⁵⁴ S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, in il caso.it; R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 117 ss.

³⁵⁵ Cfr. L. A. Bottai, *Commento sub art. 160*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 102, il quale in nt. 19 chiarisce cosa intende per pagamento in monetario: “ossia mediante conversione in moneta dei ricavi delle vendite o recuperi dei crediti [...]”; M. Fabiani, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in il caso.it, 2015; G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, 2015, in il caso.it.

Contra G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *Fallimenti e Società.it.*, secondo cui “dando credito alla lettera della legge, bisognerebbe accedere alla tesi che la soglia di legge del 20% è raggiunta solo ove venga assicurata l’estinzione, entro tale misura, dei debiti chirografari in danaro, ma ricorre più di qualche motivo per pensare che il legislatore abbia, nell’ult. comma dell’art. 160, impropriamente utilizzato il termine pagamento come sinonimo di disfazione dei creditori. [...] E’ chiaro che la possibilità data al debitore che accede al concordato con continuità di soddisfare i creditori con modalità diverse da quella del pagamento, che si desume dall’ult. comma dell’art. 160, deve conciliarsi con la possibilità data allo stesso debitore dal quinto comma dell’art. 163 di limitare la presentazione di proposte concorrenti col pagamento dei creditori chirografari nella misura di almeno il 30%, e l’unica via che si vede è quella di adire ad una tesi che, abbandonando l’interpretazione strettamente letterale del termine pagamento, ritenga (dovendosi attribuire lo stesso significato al medesimo termine utilizzato nelle due norme) comunque integrate e la condizione di ammissibilità al concordato liquidatorio e la condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti anche quando sia prevista una modalità di soddisfacimento diversa dal pagamento in danaro”; F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, p. 18, per il quale “non viene modificata la possibilità – concessa dall’art. 160 comma 1 – di proporre le più diverse forme e modalità di soddisfazione, ma sarà necessario comunque attribuire ad esse un valore percentuale soddisfacitivo in rapporto al montante dei crediti chirografari”.

³⁵⁶ “Il legislatore non ha inteso rinnegare del tutto la riforma del 2006, nella parte in cui attribuiva al debitore una quasi completa libertà nel modellare la proposta e quindi la soddisfazione dei creditori, ha semplicemente ampliato il contenuto necessario della proposta in tutti i concordati diversi da quello con continuità aziendale: non più la mera soddisfazione di tutti i crediti (in una consistenza sia pur minimale secondo l’interpretazione delle sezioni unite), ma il pagamento di almeno il 20% dell’ammontare dei crediti chirografari”. G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit.

³⁵⁷ Cfr. G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit., secondo il quale “non vi sono dubbi [...] circa il divieto di attribuire ai creditori trattamenti non costituiti da dazioni mone-tarie relativamente alla percentuale minima del 20% dell’ammontare dei crediti chirografari. Obbligo che costituisce il contenuto necessario della proposta, rimanendo libero il debitore di prospettare ai creditori un’ulteriore soddisfazione o pagamento, per la parte residua dell’80% dell’ammontare dei crediti. La proposta presenta quindi un contenuto necessario ed indi-sponibile (assicurazione del pagamento del 20% dell’ammontare dei crediti chirografari) ed uno eventuale, ri-messo alla piena disponibilità del debitore (prospettazione di pagamento o soddisfazione del rimanente 80%)”.

pagamento del 20% ai chirografi, introdotta all'art. 160, comma 4, sia un presupposto di ammissibilità e in quanto tale debba essere vagliato dal tribunale³⁵⁸.

Fermo restando che il tribunale, alla luce dell'art. 160, comma 4, è tenuto a verificare anche che il piano sia idoneo a garantire ai chirografi il pagamento del 20 % dei loro crediti, si pone un problema interpretativo riguardo ai limiti del sindacato giudiziale: il tribunale in questo modo andrebbe a valutare anche la fattibilità economica del piano³⁵⁹; tuttavia, si ritiene che se i giudici di merito nella pratica rispetteranno le norme e la lettura interpretativa fornita dalla Cassazione, a partire dalla sentenza 1521/2013, non si porranno problemi in merito al sindacato del tribunale.

Certamente, l'aver previsto una percentuale vincolante per i creditori chirografi implica che il tribunale in fase di ammissione dovrà valutare che il piano sia effettivamente in grado di garantire il pagamento del 20% ai suddetti creditori; ed è altrettanto vero che in questo modo si va ad impattare sul risultato economico del concordato e di conseguenza si entra in una sfera (la fattibilità economica) che, fino allo scorso agosto, solo ai creditori spettava vagliare. Ma questo non vuol dire che quanto sia stato asserito finora, dalla dottrina e

³⁵⁸ Cfr. V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, 2015, in il caso.it, secondo cui “la disposizione circa il controllo del giudice non è mutata, dal momento che l'art. 162 c. 2, è rimasto invariato e, si noti, ricollega l'inammissibilità alla mancanza dei presupposti di cui ai commi primo e secondo dell'art. 160 mentre la disposizione sulla percentuale minima del 20% è nel nuovo quarto comma aggiunto con la legge di conversione.[...] Tale elemento è frutto, presumibilmente, di mero difetto di coordinamento [...]”; G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., il quale ritiene che “ora che il legislatore ha posto la soglia minima del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari come condizione di ammissibilità del concordato con cessione dei beni, il rispetto di tale limite si pone come possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato, e di conseguenza il controllo da parte del giudice si traduce prima di tutto nel constatare se la proposta preveda il pagamento dei creditori chirografari nella misura minima di legge. Questa verifica riguarda la fattibilità giuridica, perché, costituendo la soglia del soddisfacimento minimale una condizione di ammissibilità, il debitore è tenuto al rispetto di questa nuova regola inderogabile, per cui se offre una percentuale di pagamento inferiore a quella legale, la proposta non supera il vaglio dell'ammissibilità”; S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, cit., secondo il quale sia l'inosservanza dell'art. 160, comma 4, che della nuova disposizione introdotta all'art. 161, comma 2, lett. e., si traducono in altrettante cause di inammissibilità.

³⁵⁹ Infatti, L. A. Bottai, *Commento sub art. 160*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 103-104, avverte che “poiché è insito nella natura stessa delle operazioni di liquidazione sia un (ampio) margine di oscillazione nei tempi delle vendite (dipendenti dalle condizioni di mercato e dal tipo di beni offerti) e soprattutto dei recuperi dei crediti, sia una certa alea nei risultati (sovente non in linea con le perizie estimative e con le aspettative), è giocoforza inferirne che il sindacato del tribunale, pur partendo dalla relazione dell'attestatore, potrà finire con l'appuntarsi sulla fattibilità economica del piano di concordato; sindacato che, peraltro, la Corte regolatrice ha costantemente escluso nella forma diretta”. Anche G. Bozza, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, cit., ritiene - anche se con riferimento all'art. 163, comma 5, che prevede anche per le proposte concorrenti la garanzia di una soglia minima per i chirografi - che il tribunale “debba fare una verifica di tenuta della proposta del debitore che passa necessariamente attraverso un giudizio di fattibilità del piano allegato. Ossia il tribunale è chiamato a svolgere un giudizio al fine di stabilire, mediante un controllo penetrante di merito, se possa essere raggiunta la soglia del pagamento minimo ai chirografari, che va ben oltre i limiti segnati dalle sezioni unite con la sentenza n. 1521 del 2013 ed è comunque asintotico rispetto alla generale costruzione del ruolo dell'organo giudiziario”.

soprattutto dalla giurisprudenza di legittimità, sia stato stravolto dalla nuova riforma: l'aver previsto l'obbligo per il proponente di pagare una percentuale minima ai chirografi non avrebbe determinato l'ampliamento del perimetro di valutazione del tribunale³⁶⁰, che oggi dovrebbe scrutinare l'adempimento della proposta, entrando nel merito.

D'accordo con Zanichelli³⁶¹, si ritiene che *“molto è cambiato per quanto attiene alla qualità del controllo laddove questo può e deve essere esercitato; nulla è cambiato per quanto attiene alla latitudine del controllo”*.³⁶²

Innanzitutto, *“la percentuale del 20% non deve costituire l'oggetto di un'obbligazione”³⁶³ ma la prospettazione del risultato minimo che può essere conseguito sulla base di dati attuali e verificabili che rendano sostanzialmente certo che lo stesso potrà essere raggiunto”*³⁶⁴.

³⁶⁰ Come sostiene, invece, F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, cit., p. 17;

³⁶¹ V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit.

³⁶² Cfr. G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit., secondo il quale “non rilevanti appaiono, al contrario, le conseguenze con riferimento ai poteri d'indagine del tribunale. Poteri che non sono mutati dato che considerando che anche prima della riforma esisteva un presupposto di ammissibilità riferito al contenuto della proposta: la soddisfazione dei crediti. Il legislatore ha semplicemente <<alzato l'asticella>> richiedendo non più che la proposta prometta e consenta che i creditori ottengano <<una sia pur minimale consistenza del credito vantato>> ma che essa assicuri (al di fuori dei concordati con continuità aziendale) almeno il pagamento del 20% dell'ammontare dei crediti chirografari”; R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 126-127, secondo cui “la riforma non ha mutato la fisionomia dei poteri giudiziali, modificandoli o ampliandoli, o ripristinando l'iniziativa ufficiosa della risoluzione. Non si ravvisano, quindi elementi dirimenti per discostarsi da quanto indicato con assoluta linearità dalle più recenti pronunce della Corte di cassazione, tra cui le Sezioni Unite, stando alle quali il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità del professionista, mentre resta riservato ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. [...] La novità normativa, quindi, non è diretta ad innovare il contenuto dei poteri dell'autorità giudiziaria, ma tuttavia avrà effetti ben significativi sui controlli: infatti, se in passato la <<assoluta e manifesta>> inidoneità del piano a realizzare gli obiettivi proposti non poteva sanzionare proposte che permettevano il pagamento di pochi punti percentuali, a seguito della modifica normativa l'asticella dell'ammissibilità delle offerte si è alzata e quindi concordati liquidatori che siano manifestamente e assolutamente inidonei a raggiungere una soddisfazione, non più minimale, ma pari almeno al 20%, non saranno ammessi o verranno sanzionati successivamente (magari ad esito delle verifiche commissariali) secondo quanto previsto dall'art. 173 l. fall.”; S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, cit., il quale rileva che non “vi è spazio, francamente, per forzature interpretative che volessero ad esempio appigliarsi, in senso contrario, all'utilizzo del verbo <<assicurare>>, le quali si rivelerebbero scopertamente improntate a perniciose nostalgie <<retroguardiste>> che si confida siano invece, ormai, definitivamente superate. Mentre ad altra conclusione si sarebbe dovuti giungere se il legislatore fosse intervenuto – come in effetti da alcuni invocato – a modificare, rafforzandoli, i poteri del tribunale, ovvero a ripristinare l'iniziativa ufficiosa (o quanto meno ad opera del commissario giudiziale) ai fini della risoluzione. Ma si deve per l'appunto prendere atto che nulla di tutto ciò è avvenuto e trarne le debite conseguenze sul piano interpretativo”.

³⁶³ “Se oggetto indefettibile dell'obbligazione del debitore è <<l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore>> (Cass. n. 13817/011 nonché Cass. SU. n. 1521/13 e, da ultimo, Cass. 14/03/2014, n. 6022) il raggiungimento di una determinata percentuale minima non può essere oggetto di ulteriore obbligazione, posto che il risultato finale prescinde dalla condotta del debitore ed è già, in un certo, senso <<predeterminato>> dall'intrinseco valore dei beni liquidandi. [...] Ai fini della probabilità dell'adempimento, l'assunzione dell'obbligazione nulla aggiunge alla cessione dei beni e non sarà inutile allora (anche al fine di considerare se alla domanda il legislatore non abbia già da tempo dato una risposta) richiamare l'originaria impostazione dell'art. 160 l. fall. che concepiva un'obbligazione del debitore solo se accompagnata dall'offerta di “serie garanzie reali o personali” mentre nel caso di cessione dei beni prendeva atto che

Quindi il legislatore ha inteso fornire ai creditori maggiori certezze circa l'effettiva probabilità che il piano abbia successo e che dalla liquidazione dei beni si ottenga il pagamento di almeno il 20%: ne discende che l'attestazione dovrà fornire elementi oggettivi e riscontrabili idonei a garantire la ragionevole certezza circa il risultato prospettato³⁶⁵, non potendosi più limitare alla generica valutazione di fattibilità del piano. A tal proposito, si è parlato di attestazione "aggravata".³⁶⁶

Altra novità rilevante per quanto riguarda i requisiti di ammissibilità è stata introdotta all'art. 161, comma 2, lett. e: "*in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*". Tale disposizione si applica anche al concordato in continuità aziendale, non essendo prevista alcuna limitazione, come nel caso della soglia minima di pagamento del 20% (ai sensi dell'art. 160, comma 4).

Il legislatore ha voluto prevedere (in questo caso sì)³⁶⁷ un obbligo a carico del debitore: infatti, il proponente deve indicare – ovviamente, nel caso in cui non si tratti di

altro non fosse lecito o quantomeno logico pretendere se non che si potesse "fondatamente ritenere" che la percentuale minima richiesta potesse essere conseguita". Così V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit.³⁶⁴ V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit.

Cfr. Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.: "nell'interpretazione dell'art. 160, quindi, a mio parere, il vero problema non è stabilire se il debitore assuma o non un obbligo verso i creditori, ma capire quale sia l'oggetto di questo obbligo e gli effetti in caso di inadempimento. [...] In un concordato con cessione dei beni oggetto dell'obbligazione del debitore è, invero, <<l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore>> (Cass. 14 marzo 2014, n. 6022, in *Foro it.*, 2014, 11, p. 3171 ss), giacché, secondo la comune ricostruzione del concordato con cessione dei beni, tale consegna che [...] va inquadrata nell'ambito della normativa dettata dall'art. 1977 cod. civ., e segg., non comporta il trasferimento dei beni ceduti con la conseguente liberazione immediata del debitore, ma il trasferimento in favore degli organi della procedura concordataria della legittimazione (mandato irrevocabile) a disporre dei beni ceduti onde procedere alla loro liquidazione; pertanto il debitore, con la consegna dei beni ha esaurito la sua prestazione anche se poi la sua liberazione verso i creditori si produce, a norma dell'art. 1984 cod. civ., soltanto quando i creditori conseguono sul ricavato della liquidazione le somme loro spettanti. [...] L'obbligo di assicurare il pagamento del 20% va quindi proiettato sulla capacità dei beni ceduti di consentire il raggiungimento del risultato prospettato, proprio perché il debitore non si obbliga a corrispondere la percentuale indicata nella proposta, ma assume verso i creditori l'impegno al raggiungimento di quel risultato minimo, in quanto assicura che i beni messi a loro disposizione sono idonei, sulla base dei dati verificati anche dall'attestatore, e quindi sulla base di un giudizio prospettico estimativo, a soddisfarli nella misura promessa, che non può essere inferiore a quella indicata dalla legge".

³⁶⁵ "[...] poiché sarebbe assurdo che il professionista debba accertare un fatto (l'avvenuta assunzione dell'obbligazione) che dovrebbe risultare *per tabulas* dalla semplice lettura degli atti del debitore ne deriva che l'attestatore deve confermare che ritiene sostanzialmente certo che l'indicata percentuale di soddisfacimento sia quella che ci si può ragionevolmente attendere dall'esecuzione del concordato". Così V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit.

³⁶⁶ V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit. In termini simili si è espresso anche Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

³⁶⁷ A differenza della percentuale minima del 20%, che come si è detto non costituisce un'obbligazione. Cfr. V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit, il quale rileva che "si obietta che la disposizione secondo cui la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore richiama indubbiamente un'obbligazione. Questo è vero ma

soddisfacimento in denaro - il tipo di utilità diversa dal denaro ma traducibile in un valore economicamente definibile che è oggetto della proposta (ad esempio, l'impegno alla prosecuzione di una collaborazione commerciale, oppure l'attribuzione ai creditori di quote o di obbligazioni).

Dunque in questo caso non è sufficiente una "mera prospettazione", ma occorre che il debitore si assuma un'obbligazione³⁶⁸ con un oggetto ben definito e anche quantificabile in un valore determinato o determinabile.³⁶⁹

Il tribunale, oggi, quando verificherà la sussistenza dei documenti richiesti a condizione di ammissibilità, dovrà controllare anche che il proponente abbia indicato l'utilità della proposta per ciascun creditore³⁷⁰.

l'ambito della disposizione non è lo stesso di quella sopra analizzata. Che la previsione dell'obbligo di indicare l'utilità che il proponente si obbliga a far ottenere al creditore non si riferisca ad una percentuale di pagamento mi sembra chiaro dal momento che la percentuale è per definizione specifica ed economicamente valutabile per cui così interpretata la disposizione sarebbe totalmente ultronea. In realtà la disposizione, che si applica anche al concordato con continuità aziendale, non impone di assumere sempre e comunque un'obbligazione sul *quantum* ma di specificare, in caso di soddisfacimento non mediante pagamento in senso stretto, quale è il tipo di utilità diversa dal denaro ma traducibile in un valore economicamente definibile che è oggetto della proposta per cui l'obbligazione non attiene alla misura ma impone di assumere l'impegno a far ottenere un'utilità non qualunque ma appunto quantificabile con l'equivalente monetario. Questa disposizione, a mio avviso, è dettata per rendere ammissibili le c.d. classi a costo zero, conosciute da altri ordinamenti quale quello tedesco, nelle quali il soddisfacimento non avviene immediatamente con denaro o altri beni presenti nel patrimonio ma in conseguenza di un determinato comportamento del debitore che il legislatore non vuole sia oggetto di mera previsione ma di un'obbligazione vera e propria". *Contra* R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., 117 ss, secondo cui "il concetto di utilità sembra abbracciare un amplissimo spettro di strumenti, anche privi di una concreta ed immediata ricaduta monetaria. In tal senso, quindi, il carattere della norma appare meno vincolante, ed inoltre, l'attenta definizione delle proposte utilità potrà evitare censure al concordato [...]".

³⁶⁸ Cfr. G.B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit.; S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, cit.

³⁶⁹ Infatti, secondo la relazione di accompagnamento al d.l. 83/2015, la disposizione di modifica dell'art. 161 della legge fallimentare ha "la finalità di evitare che possano essere presentate proposte per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori". Cfr. V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit., il quale ritiene che tale disposizione "è dettata per rendere ammissibili le c.d. classi a costo zero, conosciute da altri ordinamenti quale quello tedesco, nelle quali il soddisfacimento non avviene immediatamente con denaro o altri beni presenti nel patrimonio ma in conseguenza di un determinato comportamento del debitore che il legislatore non vuole sia oggetto di mera previsione ma di un'obbligazione vera e propria".

³⁷⁰ Si concorda con S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, cit., il quale ritiene che l'espressione <<ciascun creditore>> "va necessariamente interpretata, ove si voglia munirla di significato anche sotto il profilo operativo (si pensi ai concordati con centinaia, quando non migliaia, di creditori), come riferita, in realtà, a ciascuna categoria di creditori", e con R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 129: "quanto, infine, alla *littera legis* <<ciascun creditore>>, un'esegesi conferente a criteri di ragionevolezza e logicità suggerisce che il riferimento debba intendersi come rivolto alle classi, e non già al singolo soggetto creditore. In definitiva, ciò che appare sostanziale è l'esigenza di dare chiarezza a tutti i creditori dell'oggetto dell'offerta, anche qualora tale indicazione li individuasse non singolarmente, bensì con riferimento alle classi della proposta, ovvero ancora raggruppandoli per categorie con condizioni offerte omogenee. Ed invero, una diversa lettura, che privilegiasse un'interpretazione strettamente letterale, si rivelerebbe abnorme e sproporzionata da un punto di vista operativo, comportando un cospicuo spiegamento di risorse, tanto sul versante della raccolta ed analisi dei dati, quanto, e di riflesso, su quello dell'informativa, a maggior ragione naturalmente nei casi - invero non infrequenti - nei quali risultino centinaia o migliaia di creditori. Con il risultato che un'informativa eccessivamente ponderosa rischierebbe di produrre effetti distorti e contrari rispetto a quelli che dovrebbe perseguire, oltre a porsi in evidente conflitto con quella

Per concludere, si ritiene che il perimetro del sindacato giudiziale non sia mutato, ma il legislatore ha voluto rafforzare le garanzie sulla certezza del risultato minimo: non conta tanto che il piano così come prospettato dal debitore sia realizzabile, quanto che sia perseguibile quel risultato minimo previsto dalla legge, di modo che i creditori sanno di poter contare almeno su quello.³⁷¹

Alla luce di quanto detto, è evidente che particolare importanza assume la figura del professionista e la relazione attestativa: quindi, il tribunale deve “*valutare la sufficienza della motivazione in base alla quale l’attestatore si è dichiarato certo che tale obbligo sia passibile di adempimento*”.³⁷²

Tuttavia, il tribunale non può spingersi oltre³⁷³, cioè non può sostituirsi ai creditori nel decidere di condividere o meno il risultato a cui perviene l’attestatore: sono i destinatari della proposta che, ritenendolo opportuno, devono correre il rischio che quel risultato economico, anche minimo, sia raggiunto e in secondo luogo valutare se per loro sia conveniente la soluzione concordataria, rispetto all’alternativa fallimentare.

In definitiva, attualmente, al tribunale compete un sindacato sulla domanda di concordato che riguarda il ricorrere delle condizioni di ammissibilità che si estende anche alla prospettazione del pagamento del 20% ai chirografi e all’indicazione dell’utilità della proposta per ciascun creditore, ma non si estende al merito, cioè ad una valutazione della divisibilità del piano così come prospettato dal debitore e attestato dal professionista.

Il ruolo del tribunale continua ad essere quello di garante della legalità: perciò, deve assicurarsi che ai creditori siano fornite informazioni e dati reali e esaustivi³⁷⁴, al fine di poter scegliere consapevolmente di aderire alla proposta concordataria.

logica di contenimento e razionalizzazione dei costi intimamente sottesa alla procedura”. Cfr. anche M. Fabiani, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in il caso.it, 2015.

³⁷¹ Cfr. V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit., a tal proposito ritiene che con la recentissima riforma si sia verificato un ritorno alle origini e “la ragione del ritorno *sia* duplice: quella di lasciare nella disponibilità dei creditori uno strumento per la soluzione della crisi che ha costi importanti e può essere gestito solo a maggioranza unicamente se il ritorno prospettato è di una certa rilevanza; quella di fornire ai creditori la ragionevole certezza che al di là delle prospettive più o meno elevate contenute nella proposta un risultato minimo è comunque conseguibile”.

³⁷² Così V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit.

³⁷³ V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, cit., rileva che il tribunale deve prescindere “da ogni valutazione in ordine alla divisibilità della motivazione, posto che ritenere o no convincente la conclusione dell’attestatore spetta pur sempre ai creditori”.

³⁷⁴ “La vera <<cifra>> del nuovo intervento normativo [...] sta nell’oscillazione del pendolo della tutela degli interessi protetti: da un assetto molto (forse, per certi aspetti, troppo) incentrato sulla tutela del debitore (non a caso corretto,

Per il resto, il concordato preventivo conserva la sua natura negoziale: il debitore fa la sua proposta, sempre a forma libera³⁷⁵, essendo vincolato “soltanto” al pagamento del 20% ai chirografi – altro discorso è se poi, una volta pagato il 20%, non rimane altro per soddisfare i creditori e quindi la libertà di forma viene meno nella pratica –, e i creditori, correttamente informati dai vari organi previsti nella procedura, scelgono di aderirvi o meno, assumendosi i rischi dell’operazione economica, come farebbero con un comune contratto di diritto privato.

2.1. Le proposte concorrenti (e il sindacato del tribunale).

Come si è accennato nel Capitolo 1 (par. 1.), con la riforma dello scorso agosto, il legislatore ha previsto, all’art. 163, comma 4, la possibilità per i creditori³⁷⁶ di presentare proposte concorrenti.

La proposta concorrente deve rispettare i contenuti e le condizioni di ammissibilità prescritti dagli artt. 160 e 161 e può essere accompagnata da un piano concorrente³⁷⁷ con quello del debitore. Inoltre, non è necessario che la proposta concorrente sia omogenea a quella del debitore, a differenza di ciò che prevede l’art. 163-bis per le offerte concorrenti: “sarà dunque possibile, ad esempio, formulare una proposta liquidatoria (che “assicuri” un soddisfacimento almeno del 20% ai creditori chirografari) in concorrenza con una proposta del debitore formulata in termini di continuità aziendale, così come sarà possibile l’ipotesi opposta”³⁷⁸.

cammin facendo, dalle previsioni sulla nomina del commissario nel concordato con riserva e sull’obbligo di relazioni informative periodiche) a uno maggiormente attento alle istanze di protezione del ceto creditorio nell’ottica di incrementarne le prospettive di soddisfacimento”. Così S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, cit.

³⁷⁵ “Il legislatore non ha inteso rinnegare del tutto la riforma del 2006, nella parte in cui attribuiva al debitore una quasi completa libertà nel modellare la proposta e quindi la soddisfazione dei creditori, ha semplicemente ampliato il contenuto necessario della proposta in tutti i concordati diversi da quello con continuità aziendale: non più la mera soddisfazione di tutti i crediti (in una consistenza sia pur minimale secondo l’interpretazione delle sezioni unite), ma il pagamento di almeno il 20% dell’ammontare dei crediti chirografari”. Così G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit.

³⁷⁶ “Uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all’articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell’articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano [...]”. Art 163, comma 4, l. fall.

³⁷⁷ Cfr. A. Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in il caso.it, il quale ritiene che la riforma del d.l 83/2015 convertito in l. 132/2015 ha dato la possibilità ai creditori di presentare proposte concorrenti parassitarie, cioè che adottino “*sic e simpliciter*” il piano del debitore e le risultanze del commissario”. Ne deriva che “l’obbligo di deposito del piano diventa un onere da assolvere solo se il creditore opti per una proposta originale o derivata”.

³⁷⁸ Così A. Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit.

L'art. 163, comma 4, prevede poi che la relazione attestativa di cui all'art. 161, comma 3, che accompagna la proposta concorrente, *“può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano”*.³⁷⁹

Quindi il creditore concorrente deve presentare una proposta, corredata da un piano (se decide di discostarsi da quello del debitore) e da una relazione attestativa che può appiattirsi su quella della proposta del debitore, che è stata già scrutinata dal commissario.

Affinché possa vedersi ammessa la propria proposta (concorrente), il creditore proponente deve assumersi degli impegni: deve assicurare *“il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari”*³⁸⁰; inoltre, *“la proposta può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione”*³⁸¹.

Dunque il creditore può impegnarsi direttamente o con l'intervento di un terzo al soddisfacimento dei creditori, in cambio del trasferimento del patrimonio del debitore.³⁸²

A tal proposito, Rossi³⁸³ ritiene che la proposta del creditore concorrente (in particolare, una proposta parassitaria)³⁸⁴ possa impegnare anche il solo patrimonio verificato dal professionista, cioè quello del debitore: depongono in tal senso la possibilità del creditore di adagiarsi sul piano del debitore (proposta parassitaria), la possibilità per la proposta concorrente di prevedere un aumento di capitale sociale della società debitrice e, infine, l'art. 185, comma 3, per il quale *“il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare*

³⁷⁹ “Si ammette, cioè, che il creditore che formula la proposta concorrente si avvalga gratuitamente sia del lavoro svolto dal professionista attestatore, nominato (e pagato) dal debitore, sia dell'attività svolta dal commissario giudiziale (e pagata dalla massa dei creditori): un vantaggio competitivo che evidenzia il *favor* che il legislatore riserva alla proposta dei creditori, rispetto a quella proveniente dal debitore”. Così A. Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit.

Cfr. G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in Fall., 2015, 11, p. 1172, il quale parla di attestazione “semplificata”.

³⁸⁰ Art. 163, comma 5, l. fall.

³⁸¹ Art. 163, comma 5, ultima parte, l. fall.

³⁸² Cfr. A. Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit., il quale rileva che “si tratta di una proposta “acquisitiva” che sembra il prototipo delle proposte concorrenti immaginate dal legislatore: se il debitore offre ai propri creditori complessivamente meno del valore dell'impresa rischia di essere scavalcato da una proposta concorrente che consente invece ai creditori stessi di appropriarsi di un risultato che, in condizioni di mercato perfetto, tende ad uguagliare siffatto valore”.

³⁸³ A. Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, cit.

³⁸⁴ Cfr. nt. 379.

esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora sia stata approvata e omologata”.

Addirittura, come si è detto, qualora il debitore non provveda a compiere gli atti necessari all'esecuzione della proposta concorrente, il tribunale può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari per compierli in luogo del debitore, a norma dell'art. 185, comma 4.

E, se si tratta di una società, il tribunale può revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario che, oltre a poter compiere gli atti necessari all'esecuzione della proposta, in sostituzione del debitore, può anche occuparsi dell'aumento di capitale eventualmente previsto dalla proposta.³⁸⁵

Tuttavia, le proposte concorrenti non sono ammissibili, qualora il professionista attesti che la proposta del debitore assicura il pagamento di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografi, o, se si tratta di concordato con continuità aziendale, di almeno il 30% dell'ammontare dei medesimi crediti.³⁸⁶

Dunque, nel caso in cui i creditori³⁸⁷ decidano di presentare proposte concorrenti, il tribunale deve innanzitutto verificare se la proposta del debitore assicuri il pagamento della percentuale prevista dall'art. 163, comma 5, poiché in tal caso non può ammettere le proposte concorrenti.

L'assicurazione del pagamento della percentuale richiesta è demandata all'attestazione del professionista³⁸⁸ e non al proponente, il quale rimane vincolato al pagamento della percentuale del 20% ai chirografi, ai sensi dell'art. 160, comma 4.

³⁸⁵ Art. 185, comma 6: “fermo restando il disposto dell'articolo 173, il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa. Quando è stato nominato il liquidatore a norma dell'articolo 182, i compiti di amministratore giudiziario possono essere a lui attribuiti”.

³⁸⁶ Così l'art. 163, comma 5, l. fall.

³⁸⁷ “Uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a) possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo [...]”. Così l'art. 163, comma 4, l. fall.

³⁸⁸ “Il professionista deve quindi attestare/assicurare non soltanto la fattibilità delle azioni programmate per la realizzazione della proposta, ma anche la fattibilità della proposta medesima. [...] L'utilizzo del verbo assicurare pone seri dubbi interpretativi in quanto esso è riferito ad un soggetto, il professionista, che non può assumere un obbligo in proprio in relazione all'adempimento della proposta. Con la conseguenza che il professionista, pur rimanendo nel solco dell'attestazione richiesta in ogni giudizio di fattibilità (che si sostanzia in una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati attesi riportati nel Piano in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del

“Il che comporta che nel concordato liquidatorio, ai fini dell’esclusione dell’ammissibilità di proposte concorrenti, pare sufficiente e legittimo che il debitore formuli una proposta nella quale prospetti ai creditori chirografari il pagamento del 40%, obbligandosi nei limiti del 20%, purché il professionista attesti che la proposta possa comunque assicurare quanto promesso”³⁸⁹.

Di conseguenza, se il debitore vuole essere certo di vedere ammessa la sua proposta di concordato, deve proporre ai chirografi la percentuale di soddisfacimento richiesta dalla legge, ai sensi dell’art. 163, comma 5, che rende inammissibili le proposte concorrenti ed ottenere la relazione del professionista che assicuri tale pagamento.

Altrimenti, se il debitore non fa una proposta che preveda il pagamento di detta percentuale e il professionista non ne assicura il pagamento nella relazione *ex art.* 161, comma 3, il tribunale deve ammettere le proposte concorrenti che, quindi, insieme alla proposta del debitore, saranno sottoposte al voto in sede di adunanza.

Insomma, il sindacato del tribunale, in questo caso, ha ad oggetto la relazione del professionista, poiché a lui la legge attribuisce il compito di assicurare che quelle percentuali possano essere pagate, in base al piano prospettato.

Dunque, a seguito della novella del 2015, le proposte concorrenti possono rappresentare una valida alternativa alla proposta del debitore nella risoluzione della crisi d’impresa.

In particolare, nel caso in cui la proposta del debitore fosse revocata, perché si rivelasse frodatoria ai sensi dell’art. 173, si potrebbe ben guardare alle proposte concorrenti (eventualmente presentate) onde proseguire la strada della soluzione negoziata della crisi (si rinvia in questo capitolo al par. 3.1, e al Capitolo 5, par. 3.).

rilascio dell’attestazione), dovrà accentuare il grado di attendibilità della valutazione prognostica, non essendo sufficiente un’attestazione di mera probabilità di avveramento di un risultato, il pagamento del 30 o 40%, che il legislatore vuole, al contrario, che sia assicurato”. Così G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit.
³⁸⁹ G. B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, cit., il quale prosegue: “con la conseguenza che il parametro per valutare la gravità dell’inadempimento ai fini della risoluzione sarà sempre quello minimo del 20% o quello diverso e superiore cui il debitore si sia liberamente impegnato”.

2.2. Conseguenze della l. 132/2015 sul sindacato del tribunale: un riepilogo.

Alla luce di quanto detto sinora, al tribunale compete un sindacato di legittimità sostanziale nei termini descritti: quindi, al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo (così come in sede di revoca e di omologa)³⁹⁰, deve verificare la sussistenza della fattibilità giuridica (compresa la possibilità di pagare il 20% ai chirografari, se si tratta di un concordato liquidatorio) e l'idoneità del piano a perseguire la causa in concreto.

Il tribunale può sicuramente ammettere un concordato liquidatorio che risulti realizzabile nella misura minima richiesta dalla legge, ai sensi dell'art. 160, comma 4³⁹¹: perciò infattibile è quel piano che non consente di pagare il 20% ai chirografi; tutti gli altri possono essere omologati, se approvati a maggioranza.

Dunque, si può dire che è cambiato il significato di infattibilità "*prima-facie*" (con riferimento ai concordati liquidatori): a seguito della riforma, è infattibile, e pertanto il concordato va dichiarato inammissibile o revocato o non omologato, quel piano che non preveda alcun soddisfacimento per i creditori chirografi o lo preveda in misura inferiore al 20%.³⁹²

Di conseguenza, si può dire che oggi la causa del procedimento di concordato è la risoluzione della crisi mediante il soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura di almeno il 20% dell'ammontare del loro credito.³⁹³

Quindi, "*il giudice che in precedenza poteva negare l'ammissione ove prima facie emergeva che i beni ceduti non erano idonei a soddisfare i creditori chirografari neanche in*

³⁹⁰ Si è detto sopra dell'identità del sindacato del tribunale nelle diverse fasi della procedura.

³⁹¹ "Ora che il legislatore ha posto la soglia minima del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari come condizione di ammissibilità del concordato con cessione dei beni, il rispetto di tale limite si pone come possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato, e di conseguenza il controllo da parte del giudice si traduce prima di tutto nel constatare se la proposta preveda il pagamento dei creditori chirografari nella misura minima di legge". Così Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

³⁹² "Va da sé che, se la proposta prevede una percentuale inferiore al 20%, o se dall'esame del ricorso e della documentazione allegata emerge *ictu oculi* che essa non è raggiungibile (tipicamente, perché l'attivo disponibile non risulta sufficiente a coprire il fabbisogno, di là da quanto – in ipotesi erroneamente – indicato dal debitore), il tribunale è tenuto a decretare l'inammissibilità della domanda". Così S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, cit.

"[...] Se in passato la <<assoluta e manifesta>> inidoneità del piano a realizzare gli obiettivi proposti non poteva sanzionare proposte che permettevano il pagamento di pochi punti percentuali, a seguito della modifica normativa l'asticella dell'ammissibilità delle offerte si è alzata e quindi concordati liquidatori che siano manifestamente e assolutamente inidonei a raggiungere una soddisfazione, non più minimale, ma pari almeno al 20%, non saranno ammessi o verranno sanzionati successivamente (magari ad esito delle verifiche commissariali) secondo quanto previsto dall'art. 173 l. fall." Così R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 127.

³⁹³ Cfr. G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

*minima parte, ora deve verificare, negli stessi limiti di giudizio ormai fissati dalla giurisprudenza, la fattibilità della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, che va individuata nella fondata valutazione che ai creditori possa essere corrisposto almeno il 20% dell'ammontare del loro credito*³⁹⁴.

Agli imprenditori che non siano in grado di garantire il pagamento della soglia minima richiesta rimane la strada del concordato in continuità aziendale, che, alla luce della riforma, è in posizione “privilegiata”³⁹⁵ rispetto al concordato liquidatorio³⁹⁶.

Tuttavia, per il concordato in continuità è prevista un'ulteriore condizione di ammissibilità che il professionista deve attestare³⁹⁷ e che il tribunale verificherà: infatti, occorre che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato sia funzionale al

³⁹⁴ G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

³⁹⁵ Cfr. R. Bogoni, *Commento sub art. 161*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 117, secondo cui con la riforma “il concordato liquidatorio verrà riservato a situazioni marginali, mentre troveranno maggior spazio le procedure in continuità aziendale [...]”; S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella “miniriforma” del 2015*, cit., il quale rileva che la nuova disciplina “si caratterizza per un favor per il concordato in continuità assai più accentuato rispetto a quello (sensibilmente diminuito) per il concordato liquidatorio, sicché la tesi che obbliga il debitore a presentare un concordato con *cessio bonorum* al 20% quando vorrebbe (e potrebbe) invece presentarne uno in continuità – poniamo – al 18% potrebbe considerarsi *contra rationem legis*”.

M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit., mostra preoccupazione per questo favor per il concordato in continuità e infatti così si esprime: “in tale contesto comprendo l'introduzione di norme dirette a premiare la continuità aziendale, quale quella che non pone limiti di sorta alla misura del soddisfacimento dei creditori quando il piano concordatario prevede la continuità d'impresa ai sensi dell'art. 186-bis. Preoccupa, però, il fatto che per poter contare su questo beneficio (la non necessità di assicurare il pagamento del 20% dei crediti chirografari), molti debitori e molti professionisti reclutati alla bisogna si indirizzeranno verso la presentazione di concordati in continuità velleitari o, peggio, tali conformati solo sulla carta”; D. Galletti, *È ancora attuale dopo la riforma “d'urgenza” il Tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, in *Il Fallimentarista*: “l'essenzione del concordato “con continuità” dal limite del 20% corrisponde certamente ad una logica di mera incentivazione normativa della ristrutturazione aziendale in sé, di matrice politica: non è infatti esentato solo il piano in continuità soggettiva e diretta, alla luce di una sua presunta maggiore difficoltà, ma ogni forma di concordato che porti a non disgregare il compendio aziendale che aspiri a restare in esercizio, anche se trasferito a terzi. [...] Logica incentivatoria forse anche un po' ipocrita e “populistica”, che indurrà ad usi certamente arditi dell'istituto, spingendo a “mascherare” come in continuità piani che altrimenti lo sbarramento del 20% potrebbe impedire, lasciando come unica alternativa praticabile per quei debitori il fallimento. Ed anche a tale proposito l'esigenza che il Tribunale disponga durante la procedura di poteri pieni e forti, al fine di prevenire gli abusi, appare insopprimibile”.

³⁹⁶ È interessante il pensiero di M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit., il quale, a proposito della reintroduzione della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografi, sostiene: “non mi scandalizza affatto questo nostalgico ritorno al passato, purché si abbia la cura di dichiarare apertamente che non si otterrà in concreto alcun risultato positivo in termini di effettività nella tutela del credito. Se si vuole che la proposta abbia una misura minima, ciò avrà un significato solo in chiave punitiva, non in chiave propulsiva. [...] Ed allora, se la scelta è di impronta sanzionatoria, se ne prenda atto e la si accetti come tale. Ma se la si intende come funzionale ad ottenere per i creditori migliori risultati, credo sia meglio non farsi illusioni. Se un concordato liquidatorio offre ai creditori il 10% e il fallimento lo zero, perché non debbono essere i creditori a deciderlo?”.

³⁹⁷ Infatti, G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., rileva che “La tutela dei creditori, in questo caso, è data dalle condizioni di ammissibilità più cogenti richieste dall'art. 186-bis, per il quale che il piano deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura e la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”.

miglior soddisfacimento dei creditori³⁹⁸, ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma 2, lett. b; altrimenti, anche in questo caso il tribunale emette un decreto di inammissibilità, o di revoca, o di rigetto dell'omologa.

Nel caso in cui siano state presentate delle proposte concorrenti, come si è accennato, il tribunale deve verificare se la proposta del debitore sia in grado di assicurare il pagamento delle percentuali richieste dall'art. 163, comma 5, a seconda che si tratti di un concordato liquidatorio o in continuità, dal momento che, se così fosse, le proposte concorrenti non sarebbero ammissibili.

È sufficiente che il debitore faccia un'offerta ai creditori pari alla percentuale prevista dall'art. 163, comma 5, e vi alleggi un'attestazione che assicuri tale pagamento, per mettere fuori gioco le proposte concorrenti.³⁹⁹

*“[...] Per l'ammissibilità della proposta del debitore è quindi necessario che egli assuma l'obbligo [...] di pagare il minimo indicato dall'art. 160 nel concordato con cessione, o indicato dallo stesso debitore nel concordato con continuità, per l'ammissibilità delle proposte concorrenti è sufficiente che emerga, con la dovuta sicurezza che deriva dall'essere oggetto di una apposita attestazione, il dato obiettivo che non siano raggiungibili le soglie prefissate dal quinto comma dell'art. 163”.*⁴⁰⁰

Se dalla verifica del tribunale emergesse che le percentuali di cui all'art. 163, comma 5, non fossero realizzabili, allora sia la proposta del debitore che le proposte concorrenti sarebbero ammesse e sottoposte al voto in adunanza: sarebbero i creditori a scegliere a quale proposta aderire.

Si ritiene che il sindacato del giudice sulla fattibilità del piano di concordato preventivo è identico anche quando ha ad oggetto le proposte concorrenti: perciò, alla luce della famosa pronuncia delle Sezioni Unite⁴⁰¹, il tribunale deve verificare la fattibilità giuridica, cioè la

³⁹⁸ Anche se la Cassazione di recente ha affermato che “il criterio della <<migliore soddisfazione dei creditori>> [...] individua, come autorevolmente sostenuto in dottrina, una sorta di clausola generale applicabile in via analogica a tutte le tipologie di concordato (ivi compreso quello meramente liquidatorio, mediante cessione dei beni aziendali [...]), quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura”. Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit.

³⁹⁹ “Come si vede, nell'art. 163 non si fa riferimento alla proposta di provenienza del proponente, né è richiesto un impegno del debitore, ma è previsto solo l'oggettivo accertamento basato su una relazione attestativa del professionista, che la proposta del debitore assicuri il pagamento del 40% o del 30%, a seconda del tipo di concordato, proprio perché, in questo caso, si prospetta una situazione oggettiva cui può non corrispondere un impegno del debitore allo stesso livello”. Così Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

⁴⁰⁰ G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

⁴⁰¹ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

compatibilità del piano con le norme inderogabili, e anche la fattibilità economica, al solo fine di verificare la sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati.⁴⁰²

3. Revoca per mancanza delle condizioni di ammissibilità (art. 173, comma 3).

Anche in sede di revoca⁴⁰³ al tribunale compete un sindacato di legittimità sostanziale (com'è stato definito nei paragrafi precedenti): una volta che il commissario (o anche il tribunale stesso) accerti che non ricorrono le condizioni di ammissibilità del concordato, ne riferisce al tribunale, il quale, fatte le opportune indagini, decide se revocare il concordato. Dunque il tribunale verifica la sussistenza delle condizioni di ammissibilità con un criterio di valutazione che è sempre il medesimo: deve scrutinare la fattibilità giuridica (compresa la percentuale minima del 20% ai chirografi – se si tratta di concordato liquidatorio - e l'utilità della proposta per ciascun creditore) e l'idoneità del piano a perseguire la causa in concreto.⁴⁰⁴

Prima dell'ultima riforma⁴⁰⁵, sicuramente l'arresto della procedura era determinato dal venir meno delle condizioni di fattibilità giuridica, non rilevando i profili di fattibilità economica – fatta eccezione per il caso di assoluta infattibilità del piano⁴⁰⁶ -, che erano rimessi al giudizio esclusivo dei creditori.⁴⁰⁷

Dopo la riforma, il sindacato del tribunale non è più limitato alla fattibilità giuridica, poiché condizione di ammissibilità è anche il pagamento del 20% ai chirografi⁴⁰⁸, ai sensi dell'art. 160, comma 4, e l'indicazione dell'utilità della proposta per ciascun creditore (*rectius*,

⁴⁰² Cfr. G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

⁴⁰³ “Il ruolo istituzionale di controllore della legalità della procedura demandato al giudice si articola, con uguale e costante pervasività nel corso dell'intera procedura, nel potere di rigetto della domanda di ammissione ex art. 162, di revoca dell'ammissione ex art. 173 o, infine, di reiezione della istanza di omologa ex art. 180 in tutti i casi in cui vi siano difetti di informazione dei creditori circa le condizioni di fattibilità del piano loro proposto”. Così G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 69.

⁴⁰⁴ Oppure si potrebbe dire con L. Vecchione, *La causa concreta nel concordato preventivo – nota a Tribunale di Arezzo, 12 novembre 2013*, cit., p. 166, “il controllo della fattibilità giuridica della proposta è esercitabile attraverso una verifica della causa del procedimento e concerne i fatti costitutivi della domanda ovvero quei presupposti il cui accertamento si estrinseca in un potere-dovere del giudice di rilievo *ex officio*”.

⁴⁰⁵ D.l. 83/2015 convertito in l. 132/2015.

⁴⁰⁶ Cioè quando le prospettive di soddisfacimento per i creditori chirografi erano nulle o quasi nulle.

⁴⁰⁷ Cfr. S. Ambrosini, *La revoca dell'ammissione al concordato*, in Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 311 ss.

⁴⁰⁸ Anche se, per meglio precisare, il pagamento della percentuale del 20% ai chirografi può essere anche visto come un requisito legale della proposta, introdotto da una norma inderogabile, e perciò rientrante nel giudizio di fattibilità giuridica.

ciascuna classe), che rientrano nella fattibilità economica, come inquadrata dalle Sezioni Unite⁴⁰⁹ (si rimanda al par. 2.1).

Pertanto, il tribunale anche quando non c'è la fattibilità economica nei termini previsti dalla legge, revoca il concordato, nel rispetto della legalità della procedura, alla cui tutela è demandato.

Questo non vuol dire che il tribunale possa sindacare il merito della proposta: siccome si è chiarito che il parametro di valutazione del tribunale è il medesimo nelle varie fasi del concordato, neanche in fase di revoca deve sfociare negli aspetti che attengono all'adempimento della proposta. Deve verificare i profili strettamente "legali", cioè quei requisiti che la legge richiede affinché il concordato possa giungere all'omologazione: perciò, sicuramente non può valutare la fattibilità economica del piano (oltre i limiti previsti dalla legge) né tantomeno la convenienza della proposta.

In passato si discuteva e tutt'ora si discute sui limiti del sindacato del tribunale in sede di revoca: secondo alcuni⁴¹⁰, il tribunale può estendere il suo giudizio anche alla fattibilità del piano, rilevando che il piano proposto non è in grado di portare ai risultati previsti; secondo altri⁴¹¹, il sindacato del tribunale non può mai riguardare la fattibilità del piano, in quanto riservata ai creditori, dalla fase di ammissione fino all'omologa.

⁴⁰⁹ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

⁴¹⁰ A. Tedoldi, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l.fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, in il caso.it.

Sulla fattibilità del concordato quale condizione di ammissibilità del concordato che deve, quindi, essere sindacata dal tribunale in qualunque fase della procedura: F. Lamanna, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*; P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la l. 134/12)*, cit.; P. Genoviva, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 10, p. 1222 ss.

⁴¹¹ Cfr. P. Bosticco, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, cit., p. 1441 ss, secondo il quale "è tutt'altro che scontato che si possa invocare l'applicazione dell'art. 173 l. fall. per procedere ad una verifica sulla effettiva fattibilità del piano, al fine di sanzionare col fallimento il venir meno o l'insussistenza della stessa, quale presupposto di ammissibilità del concordato; ed invero [...] l'assunto si basa sulla fragile e discutibile affermazione che la fattibilità - non la sua avvenuta certificazione adeguatamente motivata dall'esperto, bensì appunto la sua positiva sussistenza concreta - costituisca alla luce dell'attuale art. 160 l. fall. un presupposto (o una condizione per usare la vecchia dizione) di ammissibilità in senso proprio. Al contrario, pare pressoché pacifico che in sede di ammissione non sia ammessa una verifica nel merito, se è vero che - fermi restando i requisiti dell'imprenditorialità e della esistenza di uno stato di crisi (ed appurato per intervento normativo chiarificatore che la crisi può essere anche insolvenza) - la norma prevede esclusivamente una verifica formale sulla completezza della documentazione, ivi compresa (ovviamente) la adeguatezza della relazione ex art. 161 l. fall. e, come detto, la sussistenza di un piano per affrontare la crisi. Pare, invece, decisamente escluso - al di fuori dell'ipotesi del concordato per classi - un sindacato di merito sulla condivisibilità del piano ed in particolare sull'attestazione di fattibilità espressa dal perito e dunque si può affermare che la fattibilità non costituisce affatto un presupposto di ammissibilità nella fase iniziale, così come - riprendendo quanto già rilevato - non potrebbe essere oggetto di riesame, in sede di omologa, il contenuto del piano. In tal senso, ci pare del tutto coerente con lo spirito della legge la tesi di chi, sottolineando appunto la nuova vocazione contrattualistica del concordato, ritiene che sia una sorta di «battaglia di retroguardia» la

In particolare, secondo Fabiani⁴¹², “una volta che il tribunale dispone l’apertura del procedimento concorsuale, l’incarico di vigilare sulla fattibilità del piano è affidato al commissario giudiziale il quale nella relazione ex art. 172 legge fall. (oppure precedentemente, o successivamente in fase di omologazione) deve prendere espressamente posizione sulla fattibilità del piano, in modo da fornire ai creditori ulteriori elementi di valutazione. Se il commissario verifica che non sussistono le condizioni di fattibilità deve segnalarlo ai creditori e così pure se queste, pur inizialmente presenti, vengono meno in corso di procedura”. Non può, invece, sollecitare la revoca ai sensi dell’art. 173⁴¹³, poiché ciò che non era requisito di ammissibilità non può trasformarsi in causa di inammissibilità.⁴¹⁴

In realtà, si ritiene⁴¹⁵ che alla stregua del diritto vigente, nel caso di concordati liquidatori, il tribunale sia investito del potere di controllare che il piano concordatario possa conseguire in concreto l’obiettivo minimo previsto dalla legge: anzi, si può dire che la causa del procedimento di concordato (liquidatorio) sia oggi la risoluzione della crisi mediante il

rivendicazione di un potere di riesame della proposta, anche perché la lettera della norma pare insuperabile nel precludere tale riesame, almeno in sede di omologa. Se così è, diventa davvero arduo configurare - sulla base di una norma lasciata intatta dalla riforma e che contiene espressioni più simili a *rari nantes in gurgite vasto* che non ad un baluardo tuttora voluto dal legislatore per limitare l’accesso al concordato (che al contrario espressamente si vuole incentivare) - un potere più esteso di riesame nella fase che si pone tra i due sub-procedimenti più rilevanti (che conducono al decreto di ammissione e poi a quello di omologa), ovvero tra due momenti tipici di verifica giurisdizionale nei quali pare preclusa quella verifica sul contenuto del piano, che viene invece ricondotta alla applicazione dell’art. 173 l. fall.; G. Bozza, *Il vecchio, l’attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare.*, cit., p. 684 ss.

Considerano la fattibilità del piano come un affare riservato ai creditori: A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 347; G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi.*, in *Fall.*, 2012, 1, p. 9; G. Schiano di Pepe, *Alcune considerazioni sui poteri dell’autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, cit., p. 304; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 185.

⁴¹² M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario al c.c. e codici allegati*, diretto da Scialoja e Brenca, II, cit. Cfr. Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

⁴¹³ *Contra* A. Penta, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2010, 7, p. 860; A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 3, p. 657; D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, 6, p. 911.

⁴¹⁴ “Di fronte al verificarsi di fatti sopravvenuti ovvero di valutazioni non consonanti del commissario, il proponente può valutare se formulare una nuova proposta o semplicemente modificare il piano (con conseguente redazione di una nuova relazione del commissario) ma con la presentazione di una nuova attestazione (v. l’art. 175 l. fall.) Se lo scenario rimane immutato, sono i creditori che debbono esprimersi, fermo restando che la procedura possa essere revocata qualora si rilevi che è venuto meno il requisito di *adeguatezza della relazione*. In questo modo rimane simmetrica la valutazione del giudice al momento dell’ammissione e al momento della richiesta di revoca”. Fabiani M., *Concordato preventivo*, in *Commentario al c.c. e codici allegati*, diretto da Scialoja e Brenca, II, cit., p. 568.

⁴¹⁵ Cfr. D. Galletti, *È ancora attuale dopo la riforma “d’urgenza” il Tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, in *Il Fallimentarista*.

soddisfacimento almeno del 20% ai creditori chirografi⁴¹⁶; invece, nei concordati in continuità aziendale, la funzione pratica del piano è costituita dalla ristrutturazione dell'impresa, cosicché essa, con la ripresa dell'attività, sia in grado di estinguere i debiti concorsuali e quelli successivi.

Nel caso in cui si accerti che questi obiettivi non possono essere perseguiti, il tribunale può e deve revocare il concordato preventivo⁴¹⁷, a norma dell'art. 173, comma 3 o a norma dell'art. 186-*bis*, ultimo capoverso⁴¹⁸.

Altre discussioni sono sorte intorno al concetto di “mancanza” delle condizioni di ammissibilità: cioè, se per mancanza si debba intendere la mancata persistenza di una o più condizioni di ammissibilità dovuta ad eventi successivi; oppure se si tratta delle medesime condizioni di ammissibilità, già esaminate in fase di ammissione, che vengono poi giudicate diversamente nel corso della procedura, magari a seguito degli accertamenti del commissario giudiziale, chiamato a redigere la relazione particolareggiata, ai sensi dell'art. 172, comma 2, 1. fall.

Si ritiene che il tribunale nel corso della procedura, quando si trovi a fare ulteriori controlli e alla luce delle nuove conoscenze che gli derivano dalla relazione del commissario e/o delle segnalazioni di quest'ultimo ai sensi dell'art. 173, possa mutare il suo giudizio⁴¹⁹ e sostenere che non vi siano le condizioni di ammissibilità previste dalla legge e che pertanto la procedura debba essere arrestata.

3.1. Conseguenze della l. 132/2015 sulla revoca *ex art.* 173: la proposta del debitore e le proposte concorrenti.

Si è detto (par. 2.1.) che le proposte concorrenti non possono essere ammesse se la proposta del debitore è accompagnata dalla relazione del professionista che assicura il pagamento delle percentuali di cui all'art. 163, comma 5.

⁴¹⁶ Cfr. Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

⁴¹⁷ Cfr. D. Galletti, *È ancora attuale dopo la riforma “d’urgenza” il Tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, cit.

⁴¹⁸ Art. 186-*bis*, ultimo capoverso: “se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato”.

⁴¹⁹ Cfr. P. F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo.*, cit., p. 346.

Ora bisogna chiarire cosa accade se nel corso di procedura il tribunale si accorga che in realtà la proposta (o meglio, il piano) del debitore non è in grado di assicurare il pagamento di quelle percentuali.

Si ritiene che *“ove il tribunale riscontri che le percentuali esposte dal debitore non siano raggiungibili, il concordato rimane – sempre che sia comunque realizzabile la soddisfazione dei chirografari nella misura minima del 20% nei concordati chirografari o quella garantita in quelli con continuità – in quanto non è venuta meno una sua causa di inammissibilità e diventano ammissibili anche le proposte concorrenti [...]”*⁴²⁰.

Diverso è, invece, il caso in cui la proposta (*rectius* il piano) del debitore non sia in grado di assicurare neppure il pagamento del minimo legale previsto dall’art. 160, comma 4, per i concordati liquidatori, oppure la prosecuzione dell’attività d’impresa non garantisca il miglior soddisfacimento dei creditori, come previsto dall’art. 186-*bis*, comma 2, lett. b, per i concordati in continuità: in questi casi viene meno una condizione di ammissibilità del concordato con conseguente revoca dello stesso, ai sensi dell’art. 173, comma 3.⁴²¹

La revoca delle proposte concorrenti, dunque, può aversi per mancanza delle condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato che, ai sensi dell’art. 173, comma 3, determinano l’arresto della procedura.

A conferma di ciò, l’art. 185, comma 6, richiama l’art. 173 (seppur impropriamente)⁴²² in merito all’esecuzione delle proposte concorrenti: ne deriva che il legislatore ha ritenuto applicabile l’art. 173 anche alle proposte concorrenti.⁴²³

Infatti, secondo la dottrina, non sembra sostenibile *“l’eventuale affermazione che, in presenza di proposte concorrenti, l’accertamento dei fatti ex art. 173 l.fall. determini solo l’impossibilità della proposta del debitore di proseguire il suo cammino (eventualmente, quale <<pena accessoria>>, privando il debitore della possibilità di avvalersi dell’effetto esdebitatorio ex art. 184 l.fall. nel caso di omologazione di proposta concorrente), ma non produca la revoca dell’ammissione alla procedura; sarebbe, invero, una soluzione*

⁴²⁰ G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

⁴²¹ Cfr. G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit; G. D’Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, p. 1174, il quale rileva che “le proposte concorrenti possono essere depositate, sottoposte all’approvazione ed omologate solo nell’ambito di una procedura di concordato aperta e non possono “sopravvivere” ad una procedura che si chiude per effetto della revoca dell’ammissione”.

⁴²² Si è detto che l’art. 173 opera fino all’omologa del concordato preventivo, pertanto non si capisce perché il legislatore richiami tale norma in tema di esecuzione (sul tema si tornerà in seguito).

⁴²³ Sempre G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

*suggestiva ed in grado di tutelare il complesso degli interessi in gioco, ma il legislatore non ha percorso questa strada, che non può essere tracciata per sola via interpretativa*⁴²⁴.

Quindi la revoca della proposta del debitore determinerebbe la “caducazione” delle proposte concorrenti.⁴²⁵

Diverso è il caso in cui la revoca è la conseguenza della commissione di atti di frode da parte del debitore (sul punto si tornerà nel Capitolo 6, par. 2.1.).⁴²⁶

A questo punto, come previsto dall’art. 173, comma 2, qualora vi sia stata istanza di uno o più creditori o richiesta del pubblico ministero e vi ricorrano i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, il tribunale può (deve) dichiarare il fallimento del debitore.⁴²⁷

⁴²⁴ G. D’Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., p. 1174.

⁴²⁵ Cfr. S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d’impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in il caso.it.

Contra L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare- terza parte -*, cit., secondo cui “se prima della riforma 2015 il debitore era l’unico legittimato a mettere il proprio patrimonio a disposizione dei creditori per la sistemazione della crisi d’impresa, oggi – come si è visto – il debitore, volta che abbia proposto domanda di concordato, non è più l’unico soggetto in grado di dare impulso alla procedura. In altre parole, il debitore è ancora oggi l’unico soggetto legittimato a presentare ricorso per concordato preventivo. Tuttavia, dopo il deposito della domanda, lo sviluppo della procedura non rimane una sua prerogativa esclusiva, ma costituisce un diritto attribuito (anche) ai creditori concorrenti: diritto che si colloca perfettamente nel solco dell’articolo 2910 del codice civile, secondo il quale il «*il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore ...*», anche quando vi sia sullo sfondo un intervento economico di terzi. Sulla scorta di tale osservazione, mi sembra che la revoca della proposta concordataria da parte del debitore non determini la caducazione della proposta concorrente, se i creditori che l’hanno formulata intendono darvi corso.

⁴²⁶ D. Galletti, *Speciale Decreto n. 83/2015 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in il Fallimentarista, con riferimento alla revoca della proposta del debitore per atti in frode ritiene che “il Tribunale potrà soltanto dichiarare l’inammissibilità della proposta del debitore, mai revocare l’ammissione alla procedura, e men che meno dichiarare il fallimento, anche ove qualcuno dei legittimati lo richieda espressamente. Il procedimento concordatario invece proseguirà secondo il suo calendario, e sarà posta in votazione la sola proposta concorrente del creditore”.

⁴²⁷ Cfr. G. D’Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., p. 1174.

CAPITOLO 4

IL RUOLO DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE NELLA PROCEDURA DI REVOCA EX ART. 173.

1. Il supporto informativo dei creditori: la relazione del commissario giudiziale.

Chiarita la suddivisione delle competenze tra gli organi della procedura concordataria, particolare rilevanza assume la corretta informazione dei creditori.

La Corte sostiene che *“è altrettanto certo che, proprio in ragione della diversità del ruolo del giudice [...], questi non può esercitare un controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore, esulando detta prognosi dalla causa del concordato come precedentemente delineata ed essendo la stessa rimessa alla valutazione dei creditori quali diretti interessati, una volta assicurata la corretta trasmissione dei dati ed acquisite le indicazioni del commissario giudiziale, nell'esercizio delle funzioni di controllo e di consulenza da lui svolte nella veste di ausiliario del giudice”*.⁴²⁸

Pertanto, se ai creditori spetta valutare la fattibilità economica del piano, intesa come prognosi di realizzabilità del piano secondo le modalità e i tempi previsti dall'imprenditore, ed esprimersi sulla convenienza della proposta, allora, al tribunale compete verificare che ai creditori siano fornite tutte le informazioni necessarie affinché possano valutare consapevolmente il piano medesimo.⁴²⁹

⁴²⁸ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

⁴²⁹ “In funzione del controllo di convenienza rimesso ai creditori, la legge prevede allora in sequenza tre controlli chiave: a) un controllo preliminare di fattibilità del piano (l'attestazione contenuta nella relazione del professionista nominato dal debitore, che non può confondersi in termini di paternità con l'autore del piano/programma perché <<garante>> sia delle dichiarazioni rese dall'imprenditore nel piano sia delle aspettative dei creditori e dei terzi incisi dal piano); b) un controllo di legittimità sostanziale della proposta documentalmente corredata da parte del tribunale il quale grazie alla relazione del professionista potrà, in sede di ammissione, soffermarsi sulla domanda di concordato senza compiere alcuna attività istruttoria anche se non può escludersi che il Tribunale possa sentire l'esigenza, a fronte di una relazione non esauriente o poco chiara, di disporre una consulenza tecnica d'ufficio (o altri strumenti di indagine officiosi come la richiesta di informazioni alla Guardia di Finanza ex art. 213 cod. proc. civ.) per approfondire taluni aspetti; c) un controllo prognostico sulla proposta da parte del commissario giudiziale che, muovendo da un lato dalla storia dell'impresa, della gestione, della crisi dall'altro dall'analisi del patrimonio e delle risultanze contabili offre ai creditori un quadro e una valutazione su ciò che andranno a discutere in adunanza.” Così S. Pacchi, La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale, cit., p. 98.

Le informazioni necessarie ai creditori derivano dalla relazione del professionista attestatore, ai sensi dell'art. 161, comma 3, e dalla relazione particolareggiata del commissario giudiziario, ai sensi dell'art. 172.

In particolare, una volta stabilito che al professionista attestatore compete valutare la veridicità aziendale e la fattibilità del piano e che il tribunale, invece, non può esercitare un controllo nel merito⁴³⁰ - dovendosi limitare a verificare la congruità e la logicità della relazione attestativa e la corretta informazione dei creditori sulla realtà dell'impresa e sul piano di concordato -, è il commissario giudiziale⁴³¹ l'organo "pubblico" (perché, come si è detto, il professionista è designato dal debitore, seppur con dei requisiti di professionalità e indipendenza) deputato a "sindacare" la fattibilità del piano⁴³² e ad informarne i creditori con una relazione particolareggiata, come previsto dall'art. 172 l. fall.⁴³³.

⁴³⁰ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 marzo 2015, n. 5107, in il caso.it, massima a cura di P. Vella: "il dovere del giudice di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato non resta escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano e la sua convenienza, tenuto conto dei rischi inerenti. A tal fine il giudice è però chiamato a verificare la completezza ed affidabilità dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato ed i documenti ad essa allegati, per assicurare una consapevole espressione del loro voto. (Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto manifestamente inadeguata la relazione del professionista che non consentiva di individuare l'attivo ricavabile in caso di liquidazione, a causa di una estrema prudenza nelle valutazioni, di una stima solo atomistica dei beni, piuttosto che del complesso aziendale funzionante, ed infine della mancanza di qualsivoglia riferimento alla possibilità di esperire eventuali azioni risarcitorie o revocatorie)".

⁴³¹ Per garantire la terzietà del commissario giudiziale rispetto alla procedura, è stato introdotto all'art. 28 il divieto di nomina dello stesso a curatore in caso di successivo fallimento.

Inoltre, il d.l. 83/2015 convertito in l. 132/2015 "ha notevolmente ampliato i compiti del commissario giudiziale, il quale non può più considerarsi un organo con mere funzioni di vigilanza, potendosi finanche sostituire al debitore nella gestione dell'attività d'impresa (*i. e.* nella esecuzione del piano concordatario, quale mezzo di adempimento della proposta) e quale organo operativo investito dei relativi poteri dal tribunale". Così M. Ratti, *Commento sub art. 165*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 187.

⁴³² "La fattibilità esce dal cono visivo del giudice ma entra prepotentemente in quello del commissario giudiziale; infatti il commissario ha il compito di offrire ai creditori una lettura indipendente della prospettiva di adempimento, e ciò al fine di consentire ai creditori di ponderare le conseguenze del voto." M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario al c.c. e codici allegati*, diretto da Scialoja e Brenca, II, cit., p. 563.

Cfr. G. Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare.*, cit., p. 684 ss; S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 95 ss; Carmellino G., *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite.*, cit.; L. Vecchione, *La causa concreta nel concordato preventivo – nota a Tribunale di Arezzo, 12 novembre 2013*, in D.F., 2015, 1, p. 170-171.

Come rilevato da M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 242, "stante anche il chiaro disposto dell'ultimo periodo del nuovo art. 163, comma 4, la relazione deve anche contenere la verifica della fattibilità del piano", poiché il nuovo art. 163, comma 4, a proposito delle proposte concorrenti, prevede che "la relazione di cui al comma terzo dell'articolo 161 può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano".

Cfr. G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 68, nel commentare Cass. Civ., sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, il quale parla di "distinti ruoli del giudice delegato e del commissario: il primo ha il compito di verificare la presenza dei presupposti richiesti per l'accesso alla procedura, attraverso un giudizio penetrante sulla principale condizione di ammissibilità al concordato, la relazione dell'attestatore sul piano, nonché di garantire che i creditori siano in condizione di esercitare il proprio voto con cognizione di causa sulla base di una corretta rappresentazione della realtà; il secondo, deve scandagliare il piano e prendere espressamente posizione sulla

“Il ruolo che prima apparteneva al tribunale è oggi detenuto dal commissario”⁴³⁴, “in una prospettiva di garanzia dell’informativa dei creditori e di tutela delle rispettive aspettative di soddisfacimento, piuttosto che nella prevalente ed assorbente funzione di munus, così come ritenuto nel contesto della previgente legge fallimentare”⁴³⁵.

Il commissario giudiziale è investito dal tribunale del compito di verificare la fattibilità del piano⁴³⁶: egli infatti, *“redige l’inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori [...]”*, ai sensi dell’art. 172, comma 1.⁴³⁷ L’inventario e la relazione sono previsti in funzione dell’adunanza dei creditori, affinché questi possano esprimere un voto informato, tant’è che il commissario deve compiere il tutto, compreso il deposito della relazione, almeno quarantacinque giorni prima dell’adunanza medesima (ai sensi dell’art. 172, comma 1).

Tuttavia, si ritiene che al commissario non spetti semplicemente descrivere la situazione patrimoniale dell’impresa e raccontare la cronistoria dell’imprenditore e delle sue eventuali negligenze che hanno determinato la crisi dell’impresa, o riferire circa le proposte di concordato e le garanzie offerte ai creditori; il commissario deve effettuare una valutazione

fattibilità di quanto proposto per fornire ai creditori, nelle relazioni ex artt. 172 e 180, gli elementi di valutazione necessari ad una votazione informata”.

⁴³³ “La relazione particolareggiata che il commissario giudiziale deve redigere ai sensi dell’art. 172 costituisce – nel sistema attuale – il principale strumento conoscitivo a disposizione dei creditori, ai fini di una consapevole espressione del voto sulla proposta concordataria, ed ha anche la funzione di fornire al giudice delegato ed al tribunale tutte quelle informazioni che possono risultare utili a verificare la permanenza dei presupposti di ammissibilità del concordato”. Così M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 242.

⁴³⁴ Così S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 99, che si riferisce al ruolo del commissario giudiziale post riforma del concordato preventivo, ossia dopo gli interventi normativi che si sono susseguiti dal 2005 in poi.

⁴³⁵ Così A. Esposito, *Il commissario giudiziale*, in *Fauceglia-Panzani (diretto da), Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, p. 1666.

⁴³⁶ Cfr. G. Bozza, *Il vecchio, l’attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare.*, cit., p. 689, secondo cui “spetta a lui il compito di verificare la fattibilità del piano; ma, ciò nonostante, il ruolo di questo organo è completamente mutato rispetto al passato, avendo perduto quell’ausiliarità che aveva rispetto al giudice delegato per assurgere a figura principale di garanzia per i creditori”.

⁴³⁷ “Qualora nel termine di cui al quarto comma dell’articolo 163 siano depositate proposte concorrenti, il commissario giudiziale riferisce in merito ad esse con relazione integrativa da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori, con le modalità di cui all’articolo 171, secondo comma, almeno dieci giorni prima dell’adunanza dei creditori. La relazione integrativa contiene, di regola, una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate [...]”. Così l’art. 172, comma 2.

Dunque, nel caso in cui siano presentate proposte concorrenti (da parte dei creditori), il commissario giudiziale deve redigere una relazione integrativa, contenente anche una “particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate”.

su questi aspetti e rendere noto ai creditori il passato dell'impresa e le sue condizioni attuali onde effettuare una prognosi sulla realizzabilità del piano di concordato.⁴³⁸

Insomma, come sostenuto da S. Pacchi, il controllo demandato al commissario è un controllo “a tutto campo”, “*muovendo dall'analisi delle scritture contabili, passando alla verifica estimativa delle componenti patrimoniali per raffrontarla con quanto dichiarato dal debitore nel piano e nella allegata documentazione, a sua volta oggetto di attestazione da parte del professionista*”.⁴³⁹

Lo scopo della relazione è quello di fornire ai creditori una esauriente informazione, al fine di permettere loro di esprimere un voto consapevole.

Il fatto che il commissario giudiziale debba esprimersi sulle cause del dissesto e sulla condotta del debitore non vuol dire che il legislatore abbia inteso conservare un giudizio di meritevolezza che anziché impedire l'ammissione al concordato, decreta poi l'arresto della procedura in un secondo momento.

In realtà, la relazione del commissario giudiziale informa i creditori⁴⁴⁰, i quali potranno poi scegliere di negoziare il loro credito con il debitore o altrimenti di presentare istanza di fallimento.

Una volta che ai creditori sono state fornite tutte le informazioni riguardo all'impresa e al piano di concordato, spetta a loro decidere di assumersi il rischio in merito alla fattibilità del piano e alla convenienza della proposta.

Successivamente, si può immaginare che il tribunale, onde evitare che la decisione della maggioranza sia presa in conflitto di interesse, eserciti “*un penetrante sindacato sul voto per giungere ad una eventuale invalidazione del volere dei creditori. È qui che si gioca la*

⁴³⁸ “Il compito del commissario non si esaurisce tuttavia in un asettico reportage, spettandogli anche compiti valutativi. In tal senso la relazione è anche una prognosi circa la fattibilità del piano comparando la consistenza del patrimonio con il fabbisogno concordatario soffermandosi inoltre sulla congruità delle spese di procedura così come quantificate dal debitore”. Così S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 100.

⁴³⁹ S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 100.

⁴⁴⁰ Infatti, “in questo esame a tutto campo, funzionale ad una esauriente informazione dei creditori (che per decidere devono avere conoscere tutto dell'impresa e dell'imprenditore) non può essere tralasciato l'esame dei “trascorsi” dell'impresa e del suo gestore. Il commissario è tenuto ancora dall'art. 172 a soffermarsi sulle cause della crisi e sulla condotta del debitore perché il passato interagisce con il presente ed è suscettibile di influenzare il futuro”. S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 102.

*partita decisiva, dove il giudice esercita un potere forte e al contempo tecnico, disgiunto da valutazioni di merito economico che spettano solo ai creditori*⁴⁴¹.

Al tribunale compete, dunque, verificare l'effettività del consenso.

Inoltre, a seguito della riforma introdotta dal d.l. n. 83/2015 convertito nella l. n. 132/2015, il contenuto della relazione del commissario è stato ulteriormente ampliato con la prescrizione di indicare anche le utilità che possono derivare ai creditori nell'eventuale alternativa fallimentare.

*“In particolare, il commissario deve indicare le utilità che, in caso di fallimento, potrebbero essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie, che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi*⁴⁴².

2. Il ruolo del commissario giudiziale nel procedimento di revoca ex art. 173, comma 3.

Il commissario giudiziale svolge un altro importante compito, ovvero *“sollecita un intervento del tribunale per controllare se vi è stata <<rottura>> di quella fattibilità e/o convenienza ipotizzata nel piano e condivisa da parte di chi è stato chiamato a pronunciarsi sul punto*⁴⁴³.

L'art. 173 dispone infatti che il commissario, oltre ad informare il tribunale sull'eventuale scoperta di atti di frode ai danni dei creditori (di cui si è detto nel Capitolo 2), deve altresì segnalare la mancanza delle condizioni di ammissibilità, affinché il tribunale possa fare le opportune indagini e decidere eventualmente di revocare il concordato.

⁴⁴¹ Così M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 178.

⁴⁴² M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 243, il quale prosegue rilevando che *“la nuova previsione normativa sembra riprendere un recente orientamento giurisprudenziale che, seppur in riferimento al contenuto della relazione giurata di cui all'art. 160, comma 2, ha espresso la necessità di una valutazione in ordine anche alla possibilità di esperire eventuali azioni risarcitorie o recuperatorie, quali componenti del possibile attivo ricavabile in sedi di liquidazione alternativa al concordato, in ossequio al principio che devono essere fornite ai creditori tutte le informazioni utili a decidere, con cognizione di causa, quale posizione assumere nei confronti della proposta e, quindi, anche quelle relative alla esistenza o meno di migliori possibilità di realizzo rispetto al concordato”*.

⁴⁴³ S. Pacchi, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, cit., p. 110.

Chiaramente, se mancano le condizioni di ammissibilità, il tribunale revoca il concordato perché viene compromessa la legalità della procedura e i creditori non sono più tutelati da una corretta informazione: viene meno il rapporto di fiducia tra debitore e creditori e non ci sono più le condizioni a che la crisi sia risolta con una soluzione concordata.

Perciò, se in precedenza sia l'attestatore che il commissario si erano espressi positivamente sulla fattibilità del piano, laddove poi emerga che le condizioni di ammissibilità sono venute meno, il commissario (che, a differenza del tribunale, può esercitare un controllo più penetrante sul piano di concordato e che quindi è più facile che si accorga della mancanza delle condizioni prescritte dalla legge) deve sollecitare la revoca, ai sensi dell'art. 173, comma 3.

Diverso è il caso in cui sono semplicemente mutate le condizioni di fattibilità del piano: infatti, l'art. 179, comma 2, dispone che il commissario deve darne avviso ai creditori, i quali potranno modificare il voto costituendosi nel giudizio di omologa. Quindi non si prevede che il commissario debba dare impulso al procedimento di revoca *ex art.* 173, ma deve soltanto informare i creditori (per un approfondimento sul punto si rinvia al Capitolo 5, par. 4).

È evidente la centralità del ruolo del commissario che trovandosi di fronte a delle anomalie della proposta, del piano o della procedura concordataria in generale, dovrà prendere i provvedimenti che la legge gli attribuisce in quanto organo della procedura deputato a coadiuvare il tribunale nella tutela della legalità.

3. Il commissario giudiziale nella fase esecutiva: il novellato art. 185 l. fall.

Il commissario giudiziale prima della recente riforma era un organo di vigilanza, con la funzione, chiarita nei paragrafi precedenti, di controllare l'andamento (legale) della procedura e di fornire ai creditori le informazioni necessarie per poter esprimere un voto consapevole.

Oggi,⁴⁴⁴ invece, è divenuto anche un “organo attuativo della proposta”.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ A seguito del d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015.

⁴⁴⁵ Cfr. Pezzano A., *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 325.

L'art. 185 (che disciplina l'esecuzione del concordato) precedentemente attribuiva al commissario giudiziale il compito di sorvegliare l'adempimento del concordato, dopo l'omologazione, e di riferire al giudice ogni fatto dal quale potesse derivare pregiudizio ai creditori.

A seguito della l. 132/2015, il comma 4 dispone che *“nel caso in cui il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla suddetta proposta⁴⁴⁶ o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale. Il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti”*.

Dunque, in caso di omissioni o ritardi del debitore nell'esecuzione della proposta concorrente approvata ed omologata, il tribunale può attribuire al commissario i poteri necessari a compiere tutti gli atti che il debitore dovrebbe porre in essere per adempiere alla stessa. In questo modo si è voluto evitare che la proposta concorrente restasse inadempita perché il debitore non provvedesse ad eseguirla.

In altre parole, il legislatore ha previsto una forma di “esecuzione coattiva” della proposta concorrente che vede protagonista il commissario giudiziale.⁴⁴⁷

Infine, all'art. 185, comma 6, vi è un rinvio all'art. 173 (di cui si è detto brevemente nel Capitolo 1, par. 3): sembrerebbe che anche nella fase di esecuzione il commissario giudiziale conservi un ruolo di sorveglianza onde individuare gli atti in frode e le altre fattispecie che danno luogo alla revoca del concordato.

Tuttavia, com'è stato già chiarito, la revoca del concordato può essere dichiarata dal tribunale fino al decreto di omologa, perciò occorre fare un'operazione di coordinamento sistematico della norma in esame (si rinvia a Capitolo 5, par. 3).

⁴⁴⁶ Sarebbe la proposta di concordato presentata da uno o più creditori, approvata e omologata, cui si fa riferimento al comma 3.

⁴⁴⁷ Per completezza espositiva, ai sensi dell'art. 185, comma 5, anche il creditore proponente “può denunciare al tribunale i ritardi o le omissioni da parte del debitore, mediante ricorso al tribunale notificato al debitore e al commissario giudiziale, con il quale può chiedere al tribunale di attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti”.

CAPITOLO 5

IL PROCEDIMENTO DI REVOCA E ALTRE IPOTESI EX ART. 173.

1. La procedura di revoca di cui all'art. 173, comma 2, l. fall.

L'art. 173, comma 2, rinvia all'art. 15 l. fall. per la disciplina del procedimento di revoca e dispone che al suo esito il tribunale provveda con decreto, potendo anche dichiarare il fallimento del debitore, “*su istanza del creditore o richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui all'art. 1 e 5*”.

L'art. 15 disciplina il procedimento per la dichiarazione di fallimento dinanzi al tribunale in composizione collegiale e con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

Dunque anche il procedimento di revoca si svolge secondo le forme proprie dei procedimenti in camera di consiglio, chiudendosi poi con un decreto di revoca o , in alternativa, di rigetto dell'istanza di revoca.

Come si è anticipato (Capitolo 1, par. 2.5.), l'art. 173, comma 1, dispone che il procedimento di revoca si apre d'ufficio e il commissario giudiziale provvede a darne comunicazione ai creditori e al pubblico ministero (i quali, se vogliono, possono presentare istanza di fallimento).

Qui si pone un problema interpretativo circa la mancata previsione della comunicazione al debitore.

Stando al tenore letterale della norma, infatti, il debitore non riceverebbe la comunicazione circa l'apertura del procedimento di revoca e non potrebbe partecipare allo stesso: di conseguenza non potrebbe dimostrare che il concordato merita di stare in piedi perché non ricorrono i presupposti per procedere alla revoca.

In sostanza, il debitore perderebbe il diritto di difendersi contro chi lo accusa di aver frondato i creditori o di portare avanti un concordato che in realtà non gode dei presupposti necessari (*rectius* condizioni di ammissibilità) per giungere all'omologa.

A tal proposito, è stato sostenuto che si tratta di una “*grossolana svista*”⁴⁴⁸ avendo il debitore il diritto di difendersi, ma si è detto anche che l'applicazione della disciplina dettata

⁴⁴⁸ Ambrosini S., Demarchi P., Vitiello M., Il concordato preventivo e la transazione fiscale, op. cit., p. 142.

dall'art. 15 è funzionale ad assicurare al debitore la più ampia difesa per contrastare gli addebiti che gli sono stati contestati e per prevenire l'eventuale dichiarazione di fallimento che possa essere richiesta nei suoi confronti⁴⁴⁹.

Pertanto, si ritiene che la mancata comunicazione non leda il diritto di difesa del debitore: infatti, l'art. 15, comma 2, prevede la convocazione del debitore (e dei creditori), affinché possa prendere parte al procedimento dinanzi al tribunale.

Il procedimento di revoca si apre con il decreto di convocazione, il quale contiene l'indicazione che lo stesso è volto all'accertamento dei presupposti per la revoca del concordato preventivo e “fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza (*abbreviabile dal tribunale, se ricorrono particolari ragioni di urgenza*) per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche.”⁴⁵⁰

Dunque, il debitore, insieme alle altre parti (del procedimento di revoca), può rendere gli eventuali chiarimenti in relazione agli eventi contestati e inoltre, ai sensi dell'art 15, comma 6, può essere sentito dal giudice delegato; inoltre, su delega del tribunale: “il giudice delegato provvede all'ammissione e all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio”. Infatti “la parti possono nominare consulenti tecnici”, ai sensi dell'art. 15, comma 7).

Generalmente, i creditori cercheranno di dimostrare che il concordato preventivo andrebbe revocato, perché il debitore li stava ingannando; il debitore, invece, tenterà di provare la sua buona fede e se necessario modificherà la proposta di concordato per salvarne le sorti.⁴⁵¹

Importante è anche la norma di cui all'art. 15, comma 8, la quale prevede che “il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento.”

In dottrina e in giurisprudenza⁴⁵² si ritiene che tali provvedimenti possano essere emessi anche nel procedimento di revoca, tuttavia non mancano opinioni discordanti.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 706.

⁴⁵⁰ Art. 15, comma 4, l. fall.

⁴⁵¹ A tal proposito, a seguito della riforma della l. 132/2015, l'inizio delle operazioni di voto non preclude più la possibilità di modificare la proposta di concordato, poiché il secondo comma dell'art 175 è stato soppresso.

⁴⁵² Cfr. Trib. di Latina, 10 dicembre 2009, in il caso.it; F.S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, Padova, 2011, p. 1968.

⁴⁵³ “[...] dubbia è l'applicazione di quei provvedimenti allorché manchi (o fintanto che manchi) un'istanza di fallimento (e dunque la presenza nel giudizio di una “parte” legittimata a chiederli), anche per il motivo che, a seguito della revoca, cesserebbero immediatamente tutte le limitazioni ai poteri di amministrazione del debitore e le eventuali misure cautelari o conservative non potrebbero avere alcuna funzione anticipatoria né degli effetti di una sentenza di fallimento

All'esito del procedimento, il tribunale provvede con decreto (immediatamente esecutivo) che revoca o conferma l'ammissione al concordato.

Se provvede nel senso della revoca, allora i creditori o il pubblico ministero possono chiedere il fallimento dell'imprenditore⁴⁵⁴: in questo caso il tribunale deve accertare i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, dopodiché dichiarare il fallimento con contestuale sentenza (reclamabile a norma dell'art. 18).

Stando al dettato normativo del secondo comma dell'art. 173 e della disciplina processuale del procedimento di revoca finora analizzata, si discosta da quella parte della dottrina che esclude la possibilità di dichiarare il fallimento contestualmente al decreto di revoca, ritenendo che si tratta di due fasi diversi e di due giudizi diversi e che perciò sia necessaria una diversa convocazione del debitore.⁴⁵⁵

Dello stesso avviso è anche la Cassazione, la quale sostiene che il tribunale provvede alla revoca dell'ammissione e alla dichiarazione di fallimento in un unico procedimento, "stante la complementarietà delle questioni trattate e la piena possibilità di difendersi contestualmente su tutte una volta conosciuta l'intervenuta iniziativa".⁴⁵⁶

Di recente la Cassazione⁴⁵⁷ si è pronunciata sul diritto dei creditori di partecipare al procedimento, concludendo che i creditori, a differenza del debitore, non sono litisconsorti necessari.

Richiamando una precedente sentenza⁴⁵⁸, la Cassazione ritiene che il sub-procedimento di revoca si divida in due fasi: *"una prima, necessaria, nel corso della quale il tribunale è tenuto unicamente a verificare d'ufficio se ricorrono i presupposti previsti dalla norma per la revoca dell'ammissione al concordato; una seconda, eventuale e successiva, che si*

(che non potrebbe essere pronunciata per difetto della relativa istanza), né di quelli del decreto conclusivo, con cui anzi si porrebbero in palese contrasto." Così P.F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, in il caso.it.

⁴⁵⁴ Ci si è chiesti in dottrina "se il tribunale possa prendere in considerazione anche istanze di fallimento presentate precedentemente all'apertura del concordato e dichiarate inammissibili, improcedibili o sospese; ma la risposta negativa appare preferibile, sia per il motivo che le stesse non si riattivano automaticamente, sia per la precisa scansione temporale prevista dalla norma, in cui l'istanza di fallimento (secondo comma) segue l'apertura d'ufficio del procedimento di revoca" Così Censoni P.F., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, op. cit., p. 58., ma si veda anche Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, op. cit., p. 755 (nt. 77).

⁴⁵⁵ G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, op. cit., p. 1704,

⁴⁵⁶ Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, in il caso.it.

⁴⁵⁷ Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, in il caso.it.

⁴⁵⁸ Cass. Civ., sez. I, 18 aprile 2014, n. 9050, in il caso.it.

instaura solo su impulso del creditore o del P.M. e che conduce alla dichiarazione di fallimento ove ricorrono le condizioni previste dagli artt. 1 e 5 l. fall.”

Il provvedimento che dispone la revoca, sempre secondo la Corte⁴⁵⁹, costituisce espressione di un potere-dovere del giudice, il cui esercizio non è subordinato all’acquisizione della posizione assunta sul punto dai creditori concordatari.⁴⁶⁰

“Il debitore ammesso al concordato, titolare della situazione giuridica di cui si controverte ed al quale unicamente può imputarsi la commissione degli atti di frode, è perciò il solo effettivo destinatario della pronuncia e, in quanto tale, il solo soggetto cui va riconosciuta la qualità di parte necessaria nella prima fase del sub-procedimento. I creditori – che, ricorrendo i presupposti della revoca, non possono vantare alcun diritto alla prosecuzione del concordato – sono invece portatori di un interesse solo mediato e indiretto alla pronuncia, che non basta a identificarli quali litisconsorti necessari del debitore”.⁴⁶¹

Lo stesso vale per la seconda ed eventuale fase che conduce alla dichiarazione di fallimento. Riprendendo una ormai consolidata giurisprudenza di legittimità⁴⁶², la Cassazione ribadisce che i creditori non sono portatori di un diritto al fallimento del loro debitore o di un contrapposto diritto a non vederlo fallire.

Ne deriva che la comunicazione che va fatta ai creditori ai sensi dell’art. 173, comma 1, assolve alla funzione di atto informativo volto a consentire la volontaria partecipazione dei creditori all’udienza, al fine di presentare istanza di fallimento o di apportare elementi utili alla decisione.

Quindi, *“l’omissione di detta comunicazione non comporta la nullità assoluta ed insanabile della prima fase del sub-procedimento, ma dà luogo ad una nullità relativa che [...] non è causa di invalidità della sentenza dichiarativa”*⁴⁶³.

Tuttavia, i creditori che non dovessero ricevere (come nel caso all’esame della Corte) la comunicazione di cui all’art. 173, comma 1, siccome potrebbero avere un interesse alla soluzione negoziale della crisi - *“anche per il solo fatto che il concordato gli assicuri un*

⁴⁵⁹ Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit.

⁴⁶⁰ “[...] Come già affermato da questa Corte, si tratta, in buona sostanza, di un provvedimento che, per il carattere officioso che lo connota, non è riconducibile ad una dialettica di tipo negoziale, ma si iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia”. Così Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit. che rimanda a Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, in Fallimenti e Società.it.

⁴⁶¹ Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit.

⁴⁶² Cass. Civ., sez. un., 7 dicembre 2006, n. 26181, in Foro it., 2007, 4, p. 1172 ss; Cass. Civ., sez. I, 14 ottobre 2009, 21834, in il caso.it.

⁴⁶³ Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit.

soddisfacimento maggiore rispetto a quello che potrebbe conseguire in caso di apertura della procedura fallimentare”⁴⁶⁴ -, potrebbero proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ai sensi dell’art. 18, comma 1, che legittima “qualunque interessato” (non già quale titolare di un proprio diritto da far valere nel sub-procedimento di revoca) a proporre reclamo.

2. L’art. 173, comma 3, nella fase di omologa.

Anche in fase di omologa può instaurarsi un sub-procedimento di revoca ai sensi dell’art. 173: infatti, “l’art. 173 delinea i poteri immanenti d’intervento del tribunale, che possono esercitarsi in ogni momento e, pertanto, anche in fase di omologazione”⁴⁶⁵.

Si è detto (Capitolo 3, par. 3.) della possibilità del tribunale di cambiare il suo giudizio nel corso della procedura e rendersi conto che in realtà le prescritte condizioni di ammissibilità del concordato non ci sono, perché non c’erano fin dall’inizio (ma il tribunale non se ne era accorto, perché soltanto successivamente ha avuto modo di fare valutazioni più approfondite) o perché sono venute meno in seguito.⁴⁶⁶

Dunque, alla luce di questo, anche in fase di omologa il concordato può essere revocato.

Tuttavia, qui si pone un problema di coordinamento tra l’art. 173, il quale dispone che la revoca può essere pronunciata in qualunque momento della procedura, e l’art. 180, comma 3, il quale prevede che il tribunale, prima di procedere all’omologa⁴⁶⁷, verifichi la regolarità

⁴⁶⁴ Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit.

⁴⁶⁵ S. Giani, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*.

Cfr. A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 3, p. 647 ss.

⁴⁶⁶ “Il tribunale procede d’ufficio (*alla revoca ex art. 173*), non solo se vengano a mancare le condizioni di ammissibilità o se sopravvengano nuovi fatti successivamente all’adunanza, ma in qualunque momento verifichi, grazie agli accertamenti compiuti dai commissari, e anche se ciò avvenga dopo l’ammissione o dopo l’approvazione dei creditori, che le condizioni di ammissibilità non sussistono, e quindi anche se esse non sussistevano sin dal momento della presentazione del ricorso. La pregressa pronuncia giudiziale di ammissione del concordato non è incompatibile con una successiva pronuncia di revoca dell’ammissione, quando si accerti, grazie alle indagini compiute dal commissario, che il concordato non è sostenibile, per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o occultamento di passivo, e ciò anche se i nudi fatti non sono mutati. Le indagini e le ricerche compiute dai commissari possono ben determinare una nuova valutazione dei medesimi fatti. Ed invero gli strumenti a disposizione del tribunale nella prima fase sono limitati, dovendosi basare su dati forniti dal debitore e sull’attestazione di fattibilità e veridicità di un esperto nominato dal ricorrente”. Così, S. Giani, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*

⁴⁶⁷ Il provvedimento giudiziale è indispensabile tanto nella fase genetica della procedura, quanto in quella finale, giacché senza il decreto di omologa non si produce l’effetto esdebitativo.

della procedura e l'esito delle votazioni (anche in assenza di opposizioni)⁴⁶⁸, potendo eventualmente rigettare la richiesta di omologa del debitore.

Innanzitutto, in fase di omologa, il tribunale, chiamato a verificare la regolarità della procedura, deve valutare che sussistano le condizioni di ammissibilità⁴⁶⁹; diversamente opinando, si rischierebbe di omologare un concordato senza che vi ricorrano i presupposti legali.

Dal momento che si è detto che *“il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura”*⁴⁷⁰, anche in fase di omologa il controllo di legittimità si attua verificando la fattibilità giuridica del piano e la realizzabilità della causa concreta della procedura.

Qualora il tribunale rilevi che manchino le condizioni di ammissibilità (come individuate nei paragrafi precedenti) procede alla revoca del concordato: infatti, l'art. 173, comma 3, dispone che il tribunale proceda alla revoca del concordato se *“in qualunque momento”* della procedura manchino le condizioni di ammissibilità del concordato.

Ma si potrebbe dire che, invece, il tribunale dovrebbe rigettare la richiesta di omologa, ai sensi dell'art. 180.⁴⁷¹

In realtà, si ritiene che qualora il commissario rilevi, nella relazione ex art. 172 o nel parere motivato ex art. 180, i gravi fatti indicati nell'art. 173 o la mancanza delle condizioni di

⁴⁶⁸ Cfr. S. Becucci, *Il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione tra adesione dei creditori e divisione in classi*, in D.F., 2011, 5, p. 473, la quale, a proposito del *thema decidendum* del giudizio di omologazione, rileva che *“se non sono state proposte opposizioni, l'ambito valutativo del tribunale dovrà circoscriversi alla <<regolarità della procedura e all'esito della votazione>> all'interno di un procedimento semplificato privo di istruttoria, nel quale il tribunale dovrà formare il proprio convincimento sulla base degli atti contenuti nel fascicolo. Al contrario, qualora siano state proposte opposizioni la norma prevede l'instaurazione di un'istruttoria su richiesta di parte o d'ufficio. Non è certamente agile delineare quali motivi possano sottendere alla presentazione di opposizioni e soprattutto stabilire se il tribunale dinanzi a siffatte motivazioni possa ampliare il proprio ambito valutativo oltre la <<regolarità della procedura e l'esito della votazione>>”*.

⁴⁶⁹ Cass. Civ., sez. I, 16 settembre 2011, n. 18987, in il caso.it.

Concorda P. F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo.*, cit., p. 346; P. Vella, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezioni unite sulla “causa concreta” del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, cit., 4, p. 441.

⁴⁷⁰ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

⁴⁷¹ Infatti, Trib. di Arezzo, 2 dicembre 2014, con nota di L. Campione, in il Fallimentarista, nel verificare la regolarità della procedura in fase di omologa, ha affermato: *“in definitiva, risultando integrati i presupposti dell'art. 173, comma 3, 1.f. (sotto il profilo del compimento di atti non autorizzati ex art. 167 1.f. e del venir meno delle condizioni prescritte per l'ammissione del concordato), si impone il rigetto del concordato”, poiché “l'aver il debitore compiuto atti astrattamente denunciabili ai sensi dell'art. 173 l. fall. non può esimere il Tribunale da un esame circa la rilevanza, quali atti di frode, anche in mancanza di un procedimento apertosi per tale esame”*.

ammissibilità, il tribunale debba avviare un sub-procedimento di revoca, poiché quest'ultimo consente di rimediare alla “strozzatura istruttoria”⁴⁷² connessa al difetto di opposizioni.⁴⁷³

Di conseguenza, in chiusura di tale procedimento si procederà con la revoca del concordato, qualora il tribunale, svolte le opportune indagini, accertasse quanto segnalato dal commissario giudiziale.

Se, invece, non vi sono opposizioni e dalla relazione e dal parere motivato del commissario non emergono fatti rilevanti, non si fa luogo ad alcuna istruttoria e il tribunale emette un decreto motivato non soggetto a gravame ai sensi dell'art. 180, comma 3.⁴⁷⁴

C'è chi ritiene che si il tribunale possa aprire un procedimento di revoca anche quando siano state sollevate opposizioni: “nel caso in cui la sollecitazione all'esercizio dei poteri officiosi del tribunale sopravvenga all'avvio del giudizio di omologazione (ed anche nell'ipotesi che essa sia oggetto di specifici motivi di opposizione) la scelta più corretta da fare resta quella della sospensione di detto giudizio in attesa dell'esito del sub-procedimento di revoca”⁴⁷⁵.

Tuttavia, si concorda con chi ritiene che “ove venga proposta un'opposizione bastata sui fatti rilevanti ex art. 173, l'accertamento di essi entri a far parte del giudizio (di omologazione) demandato al tribunale, il quale dovrà assumere in caso di positivo

⁴⁷² A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in Riv. dir. proc., 2009, 3, p. 647 ss.

⁴⁷³ Cfr. A. Maffei Alberti, *Sub art. 180*, in Commentario breve alla legge fallimentare, Padova, 2009, p. 1030 ss; S. Pacchi, L. D'Orazio, A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in Le riforme della legge fallimentare, a cura di A. Didone, vol. II, Torino, 2009, p. 1080 ss; A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in Riv. dir. proc., 2009, 3, p. 664 ss.

⁴⁷⁴ Cfr. A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, cit., 2009, 3, p. 647 ss.

⁴⁷⁵ P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in il caso.it, il quale peraltro rileva i caratteri distintivi del giudizio di omologazione e del sub-procedimento di revoca: “il dato normativo da cui trarre ispirazione – nella rubrica e nel terzo comma dell'art. 173 legge fall. – non sembra lasciare molto spazio per un'interpretazione diversa da quella letterale, che, facendo indistintamente riferimento a «qualunque momento» del «corso della procedura», dal decreto di apertura a quello di omologazione, disciplina un percorso in realtà tutt'altro che sovrapponibile (quanto all'oggetto, alle parti, alle modalità di svolgimento, alle regole relative alle impugnazioni) con quello previsto per il giudizio di omologazione; e non soltanto quando non siano proposte opposizioni; se si considera, ad esempio: che il creditore assenziente in generale non può proporre opposizione all'omologazione (salvo il caso previsto dal secondo comma dell'art. 179 legge fall.), ma può chiedere la revoca dell'ammissione; che al contrario un soggetto «interessato» (ancorché non creditore) può opporsi all'omologazione, ma non può chiedere la revoca dell'ammissione; che l'art. 15 legge fall., richiamato per il sub-procedimento di revoca, non è applicabile a quello di omologazione, autonomamente disciplinato in modo del tutto sintetico ed insufficiente; che il decreto di revoca dell'ammissione – come si è constatato – non è soggetto ad autonomo reclamo, mentre quello di omologazione, se sono state proposte opposizioni, è reclamabile davanti alla corte d'appello; se si considera tutto ciò, appare problematico dimostrare che le caratteristiche strutturali del sub-procedimento di omologazione, in caso di opposizioni, non differiscano sostanzialmente da quelle del sub-procedimento di cui all'art. 15 legge fall., così da consentire l'assorbimento del secondo da parte del primo, all'interno del quale potrebbero farsi valere – mediante opposizione – i motivi di revoca.

*accertamento, i provvedimenti che ne conseguono in termini di non omologabilità del concordato preventivo.*⁴⁷⁶

3. L'art. 173 e la fase esecutiva (art. 185, comma 6).

L'art. 185, comma 6, dispone “fermo restando il disposto dell'articolo 173, il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta [...]”.

Il riferimento all'art. 173 genera non poche perplessità.⁴⁷⁷

Come si è ricordato più volte, la revoca del concordato preventivo può intervenire in corso di procedura fino all'omologa, non dopo, quando il concordato è stato omologato e ha prodotto l'effetto esdebitatorio⁴⁷⁸. Nella successiva fase di esecuzione può semmai essere risolto o annullato, ai sensi dell'art. 186, che rinvia agli artt. 137 e 138 l. fall.

Dunque, un primo problema interpretativo riguarda questo riferimento all'art. 173 in una norma (art. 185, comma 6) che disciplina la fase esecutiva del concordato preventivo.

Sicuramente, se l'art. 185, comma 6, intendesse riferirsi esclusivamente alla fase *post* omologa del concordato, il richiamo all'art. 173 risulterebbe essere un “macroscopico errore”⁴⁷⁹.

In realtà, si ritiene che la norma intenda disciplinare un'ipotesi esecutiva *ante* omologa: cioè è il caso in cui “la proposta del debitore e quella del ricorrente abbiano un condiviso atto esecutivo ante omologa che il debitore rifiuti poi al dunque (ad esempio, a procedura

⁴⁷⁶ F. S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 180*, Padova, 2011, p. 2060.

⁴⁷⁷ Cfr. A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 319 ss; D. Galletti, *Speciale Decreto n. 83/2015 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *il Fallimentarista*; F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, in *il Fallimentarista*; L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare- terza parte -*, in *il caso.it*.

⁴⁷⁸ Infatti si ritiene che “l'effetto esdebitatorio di cui all'art. 184 l. fall., inteso come forma soddisfattiva di estinzione parziale dell'obbligazione, origina proprio dall'omologazione intesa come provvedimento di natura giurisdizionale”. Così R. Amatore, *Il contenuto del giudizio di omologazione*, cit., p. 622.

⁴⁷⁹ A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 327.

competitiva conclusa) di attuare⁴⁸⁰, e perciò ad esempio non partecipa al rogito di vendita di un immobile, preventivamente pattuito.

In tal caso dovrebbe scattare la sanzione ex art. 173.⁴⁸¹

Qui si apre un ulteriore problema interpretativo.

I commi che sono stati aggiunti all'art. 185 hanno riguardato esclusivamente la fase esecutiva del concordato da proposte concorrenti⁴⁸² e lo scopo è quello di garantire l'esecuzione del piano concorrente in caso di mancata collaborazione spontanea dell'originario proponente⁴⁸³.

Infatti, *“il legislatore, dopo aver sancito all'art. 185, comma 3, un generico dovere del debitore di <<compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora sia stata approvata e omologata>>, ha stabilito nei tre commi successivi che il tribunale, su impulso del commissario (art. 185, comma 4), o su ricorso del creditore concorrente (art. 185, comma 5), possa conferire al commissario giudiziale i poteri necessari per porre in essere gli atti esecutivi, nominando anche un amministratore giudiziario (art. 185, comma 6), qualora il debitore concordatario sia una società”*⁴⁸⁴.

Quindi tale dovere di esecuzione della proposta concorrente approvata ed omologata sorge nella fase esecutiva del concordato, non prima.⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, cit., p. 327, nt. 19.

⁴⁸¹ A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, cit., p. 327, nt. 19.

⁴⁸² “Con la conseguenza che tutte le forme di coazione ivi previste non sembrano invocabili nel caso di concordato <<ordinario>>, cioè di proposta omologata presentata dal debitore che comunque verosimilmente continuerà a rappresentare la stragrande maggioranza dei concordati”. Così A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 321.

⁴⁸³ Vedi Relazione governativa al disegno di Legge di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, presentato dal governo alla Camera dei deputati il 27/06/2015, in Parlamento.it.

“La disciplina che prevede forme di <<esecuzione coattiva>> degli obblighi concordatari in via sostitutiva è del resto finalizzata non solo alla tutela dei proponenti, ma ancor di più alla tutela della massa dei creditori, che possono confidare in tal modo su una ben più probabile esecuzione degli obblighi concordatari”. Così F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, in il Fallimentarista.

⁴⁸⁴ A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 322.

⁴⁸⁵ “Stando al tenore della disposizione, pare che l'obbligo di dare esecuzione alla proposta di concordato concorrente sorga per il debitore solo se quest'ultima sia stata non solo approvata, ma anche omologata.

In sostanza, nell'ipotesi di proposte concorrenti, il creditore che ha presentato la proposta deve accontentarsi, prima dell'omologazione di essa, della cooperazione spontanea del debitore; mentre solo dopo tale momento sorge per l'imprenditore in procedura un vero e proprio obbligo di dare esecuzione alla proposta formulata dal creditore”. Così L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare- terza parte -*, cit.

Ma allora, se così è, l'art. 173 può intervenire nella fase esecutiva del concordato, in caso di mancato adempimento dell'obbligo del debitore di eseguire la proposta concorrente. Di conseguenza non sarebbe più vero che la revoca del concordato può essere pronunciata fino all'omologa.

Un'interpretazione potrebbe essere quella sostenuta da alcuni autori, i quali ritengono che *“l'unica possibile ipotesi di riferibilità all'art. 173 è data dalla violazione da parte del debitore degli obblighi ex art. 163-bis, comma 4, e collegati (ad es. vendita immediata, ora pienamente possibile grazie anche al novellato art. 182, comma 5) scaturenti dalle offerte concorrenti vittoriose ex art. 163-bis, comma 3”*.⁴⁸⁶

Quindi, in realtà l'art. 185, comma 6, si riferisce all'offerta concorrente vittoriosa e vuole imporre al debitore di adeguare alla stessa la proposta e il piano. Altrimenti, se si è ancora in corso di procedura, il tribunale può procedere alla revoca del concordato; se, invece, il concordato è già stato omologato, *“può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta [...]”*⁴⁸⁷.

In questo modo è chiarito il riferimento all'art. 173: *“siccome la proposta ed il piano originari, quando divenga aggiudicatario un terzo offerente diverso da quello originario”*⁴⁸⁸, *non possono già contenere previsioni conformi al contenuto dell'offerta vincente, la norma impone che il debitore modifichi la proposta ed il piano di concordato in conformità all'esito della gara.*⁴⁸⁹ *Qualora non lo faccia, è ragionevole ipotizzare una revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall.*⁴⁹⁰

Tuttavia, il debitore potrebbe preferire la revoca del concordato all'esecuzione imposta dell'offerta vittoriosa: si potrebbe dire che è il tribunale a valutare se sia meglio procedere

⁴⁸⁶ A. Pezzano, *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, cit., p. 327. Cfr. D. Galletti, *Speciale Decreto n. 83/2015 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, cit.; F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, cit.

⁴⁸⁷ Art. 185, comma 6, l. fall.

⁴⁸⁸ Si veda l'art. 163-bis riguardo alle offerte concorrenti e al procedimento competitivo: all'esito della gara vi sarà un'offerta vittoriosa a cui il debitore dovrà adeguare la proposta e il piano.

⁴⁸⁹ Art. 163-bis, comma 4, “il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara”.

⁴⁹⁰ Così Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, cit.

alla revoca ovvero nominare un amministratore giudiziario che attui l'offerta vittoriosa, ma sembra l'art. 173 non consentirebbe questo tipo di valutazione.⁴⁹¹

Un'altra lettura della norma potrebbe essere quella che il legislatore ha voluto estendere l'operatività dell'art. 173 anche alle proposte concorrenti e alla proposta del debitore pur in presenza di proposte concorrenti.

In parole più chiare, si vuole dire che l'art. 173 e quindi la revoca del concordato può aversi, se vi ricorrono le condizioni, anche se è stata presentata una proposta concorrente: se sono stati commessi gli atti di cui si è ampiamente parlato nel Capitolo 2, oppure è venuta meno una delle condizioni di ammissibilità di cui si è detto nei paragrafi precedenti, il tribunale procede alla revoca del concordato.

Infatti, se viene meno la legalità della procedura, quest'ultima non può più essere la soluzione alla crisi dell'impresa e deve essere arrestata: lo strumento è la revoca del concordato. E tale strumento opera anche qualora sia stata presentata o approvata una proposta concorrente.⁴⁹²

Quindi, se le condizioni che legittimano la revoca riguardano la proposta concorrente, allora è solo questa ad essere revocata, mentre la procedura di concordato rimane in piedi e si prendono in considerazione la proposta del debitore ed eventuali altre proposte concorrenti che erano uscite sconfitte dalla votazione dei creditori.

Se, invece, la revoca riguarda la proposta del debitore, perché è quest'ultima ad essere viziata ai sensi dell'art. 173, allora deve essere revocato il concordato e quindi la procedura cessa.

Tale lettura, ovviamente, è possibile laddove si dica che il legislatore non è stato accorto ed ha inserito la norma in un contesto, quale la disciplina dell'esecuzione, in cui la procedura di revoca non può più venire ad esistenza. E, in realtà, l'intento era quello di estendere l'applicabilità dell'istituto della revoca anche alle proposte concorrenti ed alla proposta del

⁴⁹¹ Cfr. Pezzano A., *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 327, il quale ritiene che “una tale esegesi della norma non può certo apparire ragionevole su un piano di interpretazione logico-sistematica, poiché si arriverebbe al paradosso che il debitore, ogni qual volta non gradisse un'offerta concorrente (ma il discorso ovviamente vale anche per le proposte concorrenti *ante* omologa), potrebbe porre strumentalmente atti in frode, fidando così nella revoca del concordato in assenza di istanze di fallimento”.

⁴⁹² Anche in questo caso è il commissario a sollecitare l'apertura del procedimento *ex art.* 173, dal momento che deve redigere (anche) una relazione (integrativa) sulle proposte concorrenti, ai sensi dell'art. 172, comma 2, e ben può individuare fattispecie che legittimino la revoca.

debitore in presenza di proposte concorrenti, ma non è stata fatta un'opera di armonizzazione e contestualizzazione del sub-procedimento in esame.

Infine, si tenga presente che qualora fosse stata approvata una proposta concorrente e il debitore ponesse in essere uno degli atti di cui all'art. 173, la conseguente revoca non farebbe che assecondare il suo comportamento ostruzionistico nei confronti della suddetta proposta che si rifiuta di eseguire.

Quindi, il richiamo all'art. 173 non è idoneo a risolvere il problema: anzi, in questo modo, il debitore raggiungerebbe il suo scopo, che è quello di far arrestare la procedura, per poi magari presentare una nuova domanda di concordato.

4. Il diverso caso dell'art. 179, comma 2, l. fall.

Altro discorso, invece, si apre nel caso in cui le condizioni di fattibilità del piano mutino dopo le operazioni di voto.

L'art. 179, comma 2⁴⁹³, dispone: *“quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto”*.

Si tratta di una disposizione che regola l'ipotesi in cui, nel lasso di tempo che va dall'approvazione del concordato all'omologa, vengano a mutare le condizioni di fattibilità del piano⁴⁹⁴ e quindi di adempimento della proposta.

Da notare che essa si riferisce espressamente alle “condizioni di fattibilità del piano”, a differenza dell'art. 173, comma 3, che, invece, riguarda le condizioni di ammissibilità.

Si è detto che la fattibilità del piano si distingue in fattibilità giuridica, il cui giudizio spetta al tribunale, e fattibilità economica, che spetta, invece, ai creditori.

Fondamentale per il giudizio dei creditori è la relazione attestativa del professionista e la relazione particolareggiata del commissario giudiziale, le quali devono fornire le informazioni necessarie per poter esprimere un voto consapevole.

⁴⁹³ Introdotta dal d.l. 83/2012 convertito in l. 134/2012.

⁴⁹⁴ È evidente che la norma prenda in considerazione il caso di mutamento in *pejus* delle condizioni di fattibilità.

L'art. 179, comma 2, si occupa del caso in cui il commissario, dopo che i creditori si sono già espressi sulla proposta, rilevi un mutamento nelle condizioni di fattibilità⁴⁹⁵ prospettate ai creditori.

Non si tratta della mancanza di una condizione di ammissibilità, per cui si attiverebbe un procedimento di revoca, ai sensi dell'art. 173, comma 3.⁴⁹⁶

Il caso è diverso⁴⁹⁷: sono mutate le condizioni di fattibilità del piano e allora i creditori hanno votato sulla base di informazioni che non rappresentano la realtà del piano.

In questo caso – a differenza dell'art. 179, comma 1, il quale prevede che⁴⁹⁸, nel caso di mancato raggiungimento delle maggioranze nel termine stabilito, il commissario deve riferirne al tribunale, affinché possa procedere con un decreto di inammissibilità – il legislatore ha disposto che il commissario avverta i creditori, cosicché gli stessi possano modificare il voto espresso in precedenza.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Si può trattare di mutamenti dovuti ad eventi successivi, o anche precedenti, ma conosciuti dal commissario soltanto dopo l'espressione del voto.

Cfr. G. B. Nardecchia G.B., *L'art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in il caso.it., il quale ritiene che “il mutamento delle condizioni di fattibilità del piano rileva se ed in quanto il concordato sia stato approvato dai creditori, essendo, altrimenti, tale circostanza, in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze, del tutto irrilevante. L'espressione “dopo l'approvazione del concordato” va quindi correttamente intesa come momento iniziale da cui il commissario giudiziale, una volta accertata l'approvazione del concordato, deve verificare se vi sia stato un mutamento delle condizioni di fattibilità determinato da circostanze avvenute, o da lui rilevate, successivamente all'apertura delle operazioni di voto. L'utilizzo del verbo <<rileva>> rende infatti evidente come le circostanze che determinano un mutamento delle condizioni di fattibilità del piano possano essere sia successive che anteriori all'apertura delle operazioni di voto, purché, nel secondo caso, successivamente rilevate e quindi conosciute dal commissario giudiziale”.

⁴⁹⁶ “[...] A fronte di un <<mutamento>> delle condizioni di fattibilità, il commissario giudiziale potrebbe limitarsi a darne avviso ai creditori, per consentire loro l'eventuale <<modifica>> del voto in sede di omologazione (incidendo non sull'astratta omologabilità del concordato, ma sulla sua approvazione, attraverso il ricalcolo delle maggioranze), ovvero – in presenza di un mutamento che inficiasse radicalmente l'originaria attestazione di fattibilità – rimettere gli atti al tribunale, per la eventuale revoca del concordato, ai sensi dell'art. 173 l.fall., norma rimasta in effetti immutata”. Così P. Vella, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezioni unite sulla “causa concreta” del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, cit., p. 441.

Cfr. P. Vella, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, in www.osservatorio-oci.org, 2012; F. Lamanna, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*.

⁴⁹⁷ “L'esclusione del tribunale dal novero dei destinatari della comunicazione appare difficilmente conciliabile con la prospettazione secondo cui l'art. 173 l.fall. ultimo comma possa condurre alla revoca dell'ammissione per il venir meno del requisito della fattibilità. [...] E ciò in quanto, come è ben noto, il procedimento ex art. 173 l.fall. si attiva su segnalazione del commissario giudiziale, segnalazione ora espressamente prevista per le mutate condizioni di fattibilità, ma destinata ai soli creditori”. G. B. Nardecchia, *L'art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, cit.

⁴⁹⁸ “Se nei termini stabiliti non si raggiungono le maggioranze richieste dal primo comma dell'articolo 177, il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale, che deve provvedere a norma dell'art. 162, secondo comma.

⁴⁹⁹ “I destinatari della proposta di concordato sono i creditori, ai quali spetta, in via esclusiva formulare un giudizio in ordine alla convenienza economica della soluzione prospettata, sulla base di una valutazione prognostica sulla fattibilità del piano maturata attraverso l'ausilio e il confronto, da un lato, della relazione dell'esperto nominato dal debitore e, dall'altro, delle «contro-relazioni» del commissario giudiziale ex art. 172 e 180. Pertanto, una volta espresso un giudizio positivo in ordine alla fattibilità del piano, in caso di mutamento delle condizioni loro prospettate, spetta al commissario giudiziale comunicarlo ai creditori, per permettere loro di costituirsi eventualmente nel giudizio di omologazione per modificare il voto precedentemente espresso”. Così G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, cit., p. 69.

Per poter modificare il voto, la norma dispone che i creditori debbano costituirsi nel giudizio di omologazione (fino all'udienza di cui all'art. 180): la costituzione in giudizio è funzionale alla (eventuale) proposizione di un'opposizione⁵⁰⁰, contestualmente alla modifica del voto, dal momento che quest'ultima fa sorgere in capo al creditore, divenuto dissenziente, la legittimazione all'opposizione dell'omologa.

Se così non fosse, cioè se la costituzione in giudizio servisse soltanto per modificare il voto, non si comprenderebbe il motivo per il quale il legislatore ha disposto che la comunicazione del commissario (sul mutamento delle condizioni di fattibilità) deve essere rivolta a tutti i creditori, compresi i dissenzienti. Questi ultimi hanno già espresso la loro contrarietà all'approvazione del concordato, perciò non devono modificare il loro voto e sono già legittimati all'opposizione.

“La ragione della comunicazione ai creditori, senza distinzione alcuna in relazione all'espressione di voto assunta, risiede, allora, nella duplice valenza di tale comunicazione: consentire la modifica del voto ai creditori che hanno votato a favore (oppure sono stati considerati consenzienti ai fini del computo della maggioranza ai sensi del novellato art. 178, c. 4, l. fall.)⁵⁰¹, consentire a tutti i creditori di opporsi all'omologa del concordato sulla scorta delle mutate condizioni di fattibilità del piano e quindi di adempimento della proposta comunicate dal commissario giudiziale.”⁵⁰²

Secondo alcuni⁵⁰³, siccome tale norma escluderebbe che il tribunale debba avere notizia dell'eventuale mutamento delle condizioni di fattibilità, questo sarebbe un ulteriore

⁵⁰⁰ “Non si capirebbe infatti altrimenti la previsione della costituzione in giudizio ove essa fosse diretta esclusivamente alla modifica del voto, dato che sarebbe stato logico assoggettare la modifica alle stesse forme utilizzate per le manifestazioni di dissenso successive alla chiusura del verbale ai sensi dell'art. 178, c. 4 l. fall.” Così G. B. Nardecchia, *L'art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, cit., il quale chiaramente si riferisce a quando vige il criterio del silenzio-assenso.

Contra M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., p. 167 ss, per il quale il nuovo art. 179 l. fall. assumerebbe il ruolo rilevante, non solo di escludere uno scrutinio officioso del giudice sulla fattibilità senza sollecitazione di parte, ma anche di precludere ai creditori la contestazione della fattibilità del concordato mediante l'opposizione, avendo a tal fine come unico strumento a disposizione la revoca del voto.

⁵⁰¹ È venuto meno il criterio del silenzio-assenso, previsto dall'art. 178, comma 4, perciò non si può più essere considerati consenzienti. A seguito della riforma dello scorso agosto, sono favorevoli solo i creditori che fanno pervenire il loro consenso.

⁵⁰² Così Nardecchia G.B., *L'art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, cit., il quale prosegue, rilevando che “[...] nel giudizio di omologazione dovrà essere effettuata dapprima la cosiddetta <<prova di resistenza>>, per verificare l'incidenza sul calcolo delle maggioranze richieste dal primo comma dell'art. 177 l. fall. dell'ammontare dei crediti appartenenti ai creditori che hanno modificato il voto, e poi, ove il concordato risulti comunque approvato, valutare le mutate condizioni di fattibilità eccipite con l'opposizione”.

⁵⁰³ L. Panzani, *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, cit., p. 565 ss.

argomento che dimostra che la fattibilità non è una condizione di ammissibilità e il sindacato del tribunale non è un sindacato nel merito.

Secondo altri⁵⁰⁴, la norma avrebbe lo scopo di porre rimedio all'esclusione dei creditori consenzienti dalla legittimazione ad opporsi all'omologazione, quando le condizioni di ammissibilità del concordato fossero mutate; in questo modo il commissario potrebbe riferirne immediatamente al tribunale per l'apertura del procedimento di revoca.

I. Pagni⁵⁰⁵ sostiene che la norma di cui all'art. 179, comma 2, *“significa soltanto che i creditori debbono essere avvertiti dell'eventuale mutamento delle condizioni sulle quali sono stati chiamati ad esprimere la propria approvazione della proposta, in modo da poter modificare il proprio voto, ma non esclude affatto, se alla disposizione si vuole dare un senso complessivo nel quadro del sistema, che analoga notizia debba essere indirizzata al tribunale, per gli aspetti di relativa competenza”*.

Tuttavia, il legislatore ha stabilito che solo i creditori debbano esserne informati perché sono loro i destinatari della proposta, quindi ad essi soltanto spetta esprimersi sui cambiamenti che possono incidere sulle prospettive di soddisfacimento: il mutamento delle condizioni di fattibilità riguarda l'aspetto pratico-economico del piano e l'adempimento della proposta, dunque spetta ai creditori pronunciarsi a riguardo.

Infatti, le Sezioni Unite rilevano che *“il dettato normativo, nel caso di specie chiarissimo sul punto, esclude dunque incontestabilmente che il tribunale debba avere notizia dell'eventuale mutamento registrato in ordine alle condizioni di fattibilità, il che lascia implicitamente intendere che l'organo giudiziario non dovesse essersene occupato prima, solo così potendosi giustificare la sua indifferenza, rispetto a mutamento di dati altrimenti potenzialmente rilevanti”*⁵⁰⁶.

La Cassazione, dunque, coerentemente a quanto detto a proposito della fattibilità (economica) del piano, ritiene che dal momento che di essa il tribunale non deve occuparsi in fase di ammissione del concordato preventivo, lo stesso vale per tutto il corso della procedura.

⁵⁰⁴ Cfr. P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la l. 134/12)*, cit; G. B. Nardecchia, *L'art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, cit.

⁵⁰⁵ I. Pagni, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 3, p. 289.

⁵⁰⁶ Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

Alla luce di quanto sopra argomentato appare potersi confermare che la fattibilità del piano “appartiene ai creditori”.

*“L’appartenenza presuppone infatti il potere di disposizione, potere che i creditori esercitano col voto, soggetto al vincolo della maggioranza. Dopo l’approvazione, in assenza di ulteriori momenti di formazione della volontà collettiva dei creditori, il potere si traduce nella facoltà di opporsi all’omologazione. Opposizione all’omologazione per motivi attinenti alla fattibilità che può avere ad oggetto soltanto le mutate circostanze, intervenute o conosciute dopo l’apertura delle operazioni di voto [...]”*⁵⁰⁷

Come l’art. 180, comma 4, prevede la possibilità per il tribunale di valutare la convenienza della proposta, nel caso in cui l’opposizione provenga da creditori dissenzienti appartenenti ad una classe dissenziente ovvero che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto, così l’art 179, comma 2, dispone che il tribunale possa giudicare della fattibilità del piano, qualora siano proposte opposizioni per le mutate condizioni di fattibilità del piano.⁵⁰⁸

Tuttavia, la fattibilità economica del piano non può essere scrutinata dal tribunale, se, nonostante le condizioni di fattibilità siano mutate, il concordato continua ad avere la maggioranza necessaria all’omologazione.⁵⁰⁹

L’iniziativa, quindi, è lasciata ai creditori, i quali potrebbero comunque preferire la soluzione negoziata della crisi al fallimento.

5. L’art. 173 e l’abuso del diritto, o meglio, del processo.

*“Una volta individuato l’accordo tra le parti quale nucleo portante - sul quale dovrà essere apposto sigillo dell’omologazione giudiziale - è divenuto naturale che ricorrere, nell’esame della fattibilità giuridica, al principio cardine che presiede alla verifica dello statuto negoziale: quello di buona fede”*⁵¹⁰

È stato scritto⁵¹¹ che *“il principio di buona fede è divenuto, quindi, strumento equitativo che consente al giudice di sindacare il contenuto del contratto, intervenendo qualora ciò sia*

⁵⁰⁷ G. B. Nardecchia, *L’art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, cit.

⁵⁰⁸ Cfr. G. B. Nardecchia, *L’art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, cit.

⁵⁰⁹ Similmente S. Ambrosini, *L’omologazione del concordato*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, cit., p. 361.

⁵¹⁰ Così S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 805.

⁵¹¹ S. Giani, *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo*, cit.

necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto".

Si è anche parlato di eterotutela dei creditori⁵¹² nella disciplina concordataria, con ciò intendendo dire che quest'ultima tutela i creditori predisponendo i mezzi necessari ad una corretta informazione sulla reale situazione finanziaria, patrimoniale ed economica dell'impresa in crisi, al fine di consentire loro di valutare la convenienza del concordato rispetto ad ipotesi alternative e di poter esprimere un consenso informato. Ed è proprio a questo scopo che la legge fallimentare predispone specifici strumenti di intervento del controllo giudiziario: ci si riferisce all'art. 173, che prevede la possibilità di revocare il concordato preventivo, e all'art. 180, che consente al tribunale di non omologare il concordato, qualora non vi ricorrano i presupposti legali.

In particolare, l'art. 173 costituisce *“un adeguato contrappeso pubblicistico alla pur voluta esaltazione dell'aspetto contrattualistico, assegnando al tribunale un ruolo di garanzia del rispetto delle regole della correttezza e della buona fede che devono presidiare l'esercizio del potere di autoregolamentazione della crisi attribuito all'imprenditore”*⁵¹³.

Detto questo, però, spesso, nella giurisprudenza⁵¹⁴ si è fatto ricorso alla categoria dell'abuso del diritto.⁵¹⁵

*“In sostanza la giurisprudenza muovendo dalla convinzione che è il giudice ad attribuire all'accordo concordatario la forza di legge (tipica del contratto) ritiene indispensabile che esso sia conforme alla regola principe della buona fede e, quindi, che non sia abusivo”*⁵¹⁶.

⁵¹² Fabiani M., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in Fall., cit., p. 172 ss; Pagni I., *Autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale: la fattibilità del piano nell'omologazione del concordato preventivo*, in Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali, a cura di F. Barachini, cit., p. 181 ss; G. Visaggio, *Sugli atti di frode ex art. 173 l. fall., ovvero: tra autonomia privata ed eterotutela degli interessi dei creditori nel concordato preventivo.*, in Studi in onore di Umberto Belviso, vol. II, cit., p. 1530 ss.

Vedi anche nt. 100.

⁵¹³ Così A. Penta, *La sottile linea di demarcazione tra le valutazioni di convenienza del ceto creditorio ed il giudizio di fattibilità del tribunale*, in Fall., 2013, 4, p. 458.

⁵¹⁴ Trib. di Milano, 24 ottobre 2012, in il Fallimentarista; App. di Milano, 21 febbraio 2013, in Giur. comm., 2013, 4, p. 469 ss; Trib. di Messina, 30 gennaio 2013, in il Fallimentarista; Trib. di Parma, 2 ottobre 2012, in il caso.it.

Un riferimento all'abuso del diritto si trova anche in Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit., in cui si dice che l'abuso del diritto “si declina nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati 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. E' indubbio che in presenza di una tale condotta (del cui accertamento, nella fattispecie, non vi è sicura traccia) il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento”.

⁵¹⁵ Un riferimento all'abuso del diritto si trova anche in Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

Indubbiamente, un utilizzo strumentale della procedura per perseguire obiettivi diversi da quelli stabiliti dalla legge determina un abuso del diritto, cioè un “approfittamento” dello schema legale per raggiungere scopi immeritevoli di tutela.

Tuttavia, si concorda con chi⁵¹⁷ ritiene che non è necessario “scomodare” le categorie dell’abuso del diritto, quando la legge ha predisposto degli specifici strumenti volti a dirimere i comportamenti elusivi e frodatori del debitore.

Dunque, si dovrebbe ricorrere alla categoria dell’abuso del diritto soltanto qualora ci si trovasse di fronte a *“fattispecie non regolate dalla legge del concordato (né ex art. 173, né ex art. 180 l. fall.) ma la cui contrarietà alla legge è ricavabile da altri principi fondanti dell’ordinamento”*.⁵¹⁸

“Ciò accadrebbe quando il ricorso allo strumento concordatario avvenga non (o non soltanto) per comporre la crisi dell’impresa ma anche per perseguire ulteriori utilità non previste dalla legge causando nel contempo «uno sproporzionato e ingiusto sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti»”⁵¹⁹

Si può fare l’esempio di una proposta concordataria, pattuita tra debitore e i principali fornitori detentori della maggioranza dei crediti, che produrrebbe l’effetto, vista l’esiguità dell’offerta di soddisfacimento, di far uscire dal mercato i fornitori più piccoli: in tal la valutazione del giudice avrebbe ad oggetto le norme sulla concorrenza, toccando solo indirettamente la convenienza della proposta.⁵²⁰

Altri casi in cui la giurisprudenza ha individuato la fattispecie di abuso del concordato in realtà potevano risolversi con una dichiarazione di inammissibilità in base alle norme della legge fallimentare.⁵²¹

⁵¹⁶ S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 806.

⁵¹⁷ P. F. Censoni, *Sull’ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Fall.*, 2010, 8, p. 992.

⁵¹⁸ S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 806.

⁵¹⁹ S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 807, che richiama anche Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85.

⁵²⁰ S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 807.

⁵²¹ Ci si riferisce ai casi di inammissibilità della domanda concordataria legata magari alla carenza informativa ma motivata sulla base di un presunto abuso del diritto (*melius* del processo): i giudici avrebbero potuto dichiarare l’inammissibilità della domanda piena di concordato (presentata dopo la rinuncia ai termini concessi dal tribunale ai sensi dell’art. 161, comma 8) in seguito alla verifica dell’incompletezza della documentazione allegata, senza dover fare ricorso all’istituto dell’abuso del diritto. Così. S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 808, che richiama: Trib. Roma, 17 luglio 2014, in *il Fallimentarista*; Trib. Asti, 10 marzo 2014, *ivi*; in dottrina F. Lamanna, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it.

Oppure al caso del Trib. di Messina, 30 gennaio 2013, in *il Fallimentarista*, in cui era stata presentata la domanda di preconcordato in seguito alla mancata approvazione da parte dei creditori di un precedente concordato pieno: i giudici

Dunque, in alcuni casi richiamare la categoria dell'abuso del diritto appare una "superfetazione"⁵²²: si richiama uno strumento di tutela che non è necessario, essendoci già dei rimedi specificamente previsti.

E lo stesso potrebbe accadere nel caso in cui si accertasse che il debitore abbia posto in essere atti in frode prima o durante la procedura di concordato: si potrebbe parlare di abuso del concordato⁵²³ perché il debitore intendeva perseguire uno scopo diverso da quello attribuito dalla legge allo strumento.

A tal proposito, in dottrina⁵²⁴ si è fatto un paragone con l'ordinamento argentino, il quale dispone che "*in nessun caso il giudice omologherà una proposta abusiva o in frode alla legge*" e però si è fatto notare che "*la legge argentina non dice nulla quando l'accordo si deve considerare abusivo o in frode, [...] la nostra legge, al contrario, enuclea, nell'art. 173 l. fall., una serie di atti in frode*"⁵²⁵.

Di recente, Cassazione⁵²⁶ ha affermato che "*la domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti*".

avrebbero dovuto applicare l'art. 161, comma 9, secondo cui "*la domanda di cui al sesto comma (cioè la domanda di preconcordato) è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*".

⁵²² S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 808.

⁵²³ Diverso dall'abuso nel concordato, che si avrebbe quando, "pur sussistendo i presupposti di utilizzazione per risolvere la crisi soddisfacendo i creditori, cionondimeno si abusa della crisi per offrire ai creditori un *quid* di gran lunga inferiore a quanto consentirebbe il patrimonio. Un'operazione di sottovalutazione del patrimonio consente di giungere ad un'offerta simbolica". Così Pacchi S., *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giustizia Civile*, 2015, 4, p. 796, la quale rileva anche che "talvolta tale operato può trovare l'avallo di una parte consistente dei creditori che hanno interesse più a chiudere la vicenda concordataria che a ottenere un trattamento soddisfacente dal concordato perché soddisfano il loro interesse da un'utilità successiva extra-concordato". La stessa ritiene che "in questo caso potrebbe ravvisarsi l'abuso nel concordato da parte del debitore con la collaborazione dei creditori" e che "questa situazione avrebbe potuto essere <<sanata>> da un corretto classamento dei creditori nella misura in cui esso consente a ciascun creditore, in primo luogo, di esprimere il voto all'interno di una comunità aggregata da un medesimo e comune interesse e, in secondo luogo, di promuovere, in caso di dissenso della sua classe, la valutazione di merito del tribunale".

⁵²⁴ S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 789 ss.

⁵²⁵ S. Pacchi, ult. cit., p. 811.

⁵²⁶ Cass., S.U., 10 febbraio 2015, n. 9935, in *Fallimenti e Società.it*.

In dottrina⁵²⁷ si è detto che “*negli ultimi anni post-riforma che nella materia concorsuale lentamente ha preso sempre più corpo lo spettro dell’abuso che, nell’applicazione giurisprudenziale ha assunto la funzione di grimaldello alcune volte per invocare l’utilizzabilità dell’art. 173 l. fall., altre volte per negare l’omologazione in assenza di opposizioni, altre volte per sanzionare la formazione delle classi*”.

La stessa dottrina rileva anche che l’adozione, da parte della giurisprudenza, del metro dell’abuso del diritto in materia fallimentare è stata sollecitata dall’estrema libertà concessa alle imprese, in particolare con riguardo al concordato preventivo, anche nella sua versione prenotativa.⁵²⁸

Dunque emerge un’esigenza di tutela del concordato preventivo, quale strumento pensato per risolvere la crisi dell’impresa attraverso la via della negoziazione tra debitore e creditori, per evitare che il primo possa approfittarsi dei secondi.

Tuttavia, la categoria dell’abuso del diritto potrebbe invocarsi soltanto per quelle fattispecie non regolate dalla legge concordataria (“*la cui contrarietà alla legge è ricavabile da altri principi dell’ordinamento*”)⁵²⁹, non per quelle che hanno già uno specifico rimedio.

⁵²⁷ S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 799.

⁵²⁸ È quanto rileva S. Pacchi, ult. cit., p. 802 ss.

⁵²⁹ S. Pacchi, *L’abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., p. 806.

CAPITOLO 6

MODIFICA E RINUNCIA ALLA DOMANDA DI CONCORDATO NEL CORSO DEL SUB-PROCEDIMENTO DI REVOCA *EX ART. 173 L. FALL.*

1. Premessa.

Fino alla riforma di agosto⁵³⁰, l'art. 175, comma 2, disponeva che le modifiche alla proposta di concordato non potevano più essere effettuate dopo l'inizio delle operazioni di voto.⁵³¹

Dunque, si consideravano inammissibili le variazioni⁵³² intervenute dopo che i creditori si erano già espressi sulla soluzione prospettata dall'imprenditore in crisi.⁵³³

La legge 132/2015 è intervenuta sull'art. 175, abrogando il comma 2: il nuovo art. 175⁵³⁴ non prevede alcuna disposizione che disciplini la possibilità di modificare la proposta di concordato.

⁵³⁰ D.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015.

⁵³¹ Cfr. l'art. 175 ante riforma, in particolare il comma 2.

Art. 175. Discussione della proposta di concordato.

“Nell'adunanza dei creditori il commissario giudiziale illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore.

La proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto.

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti.

Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti”.

⁵³² Neanche le modifiche *in melius* si consideravano ammissibili. Infatti, Trib. di Novara, 7 marzo 2013, in il caso.it, ha affermato che “ferma l'inammissibilità di proposte modificative successive alla votazione dei creditori in sede di adunanza, la società debitrice può adempiere, al di fuori della procedura concordataria, alle obbligazioni naturali identificabili nella corresponsione di una percentuale maggiore di quella offerta ai creditori, approvata e omologata, senza facoltà di ripetere (trattandosi, appunto, di obbligazioni naturali) quanto eventualmente a tale titolo corrisposto”.

⁵³³ Cfr. S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in il caso.it, secondo i quali “diversamente opinando, del resto, si rischierebbe di fondare il calcolo delle maggioranze sui voti espressi con riguardo a un piano diverso da quello destinato a essere davvero eseguito, con palese sovvertimento dei principi che governano l'approvazione del concordato (nonché, più in generale, la stipulazione di qualsiasi intesa negoziale, la quale notoriamente presuppone la piena coincidenza tra la proposta e l'accettazione)”.

⁵³⁴ Art. 175. Discussione della proposta di concordato.

“Nell'adunanza dei creditori il commissario giudiziale illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore e quelle eventualmente presentate dai creditori ai sensi dell'articolo 163, comma quarto.

(.....)

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti. Il debitore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o fattibili le eventuali proposte concorrenti.

Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti.

Sono sottoposte alla votazione dei creditori tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori, seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale del loro deposito”.

Attualmente, è l'art. 172, comma 2, a disciplinare la modifica della proposta: *“le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori”*.

Innanzitutto, sia le proposte concorrenti (introdotte dalla recente riforma all'art. 163, comma 4) che la proposta del debitore possono essere modificate.

La norma, poi, si trova inserita nell'art. 172, che è rubricato *“operazioni e relazioni del commissario”*, poiché è stato modificato e anticipato il termine entro cui è possibile modificare le proposte (fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori)⁵³⁵ e in più è stata prevista una relazione integrativa del commissario, *“qualora emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto”*⁵³⁶.

Per quanto riguarda, invece, la rinuncia alla domanda di concordato, non vi è mai stata una disposizione che sancisse espressamente la possibilità per il debitore di rinunciarvi.

Tuttavia, la maggior parte della dottrina⁵³⁷ ritiene che al debitore è pacificamente riconosciuto il diritto di rinunciare alla domanda, in qualsiasi momento della procedura: *“il ritiro della domanda può legittimamente collocarsi in qualsiasi momento della procedura; in particolare, non rileva che siano già iniziate le operazioni di voto, né che le stesse si siano concluse, indipendentemente dal relativo esito”*⁵³⁸.

⁵³⁵ L'abrogato art. 175, comma 2, prevedeva che le modifiche potessero intervenire fino all'inizio delle operazioni di voto, perciò anche durante l'adunanza dei creditori. Dopo la riforma, invece, si vuole che le modifiche intervengano al massimo 15 giorni prima dell'adunanza, affinché possano essere vagliate dal commissario, il quale redige una relazione integrativa, se ritiene che i creditori debbano ricevere ulteriori informazioni ai fini dell'espressione del voto, e i creditori arrivino già informati all'adunanza.

Cfr. G. M. Nonno, *La concorrenza nel concordato preventivo: proposte competitive*, 2015, in *Il Quotidiano Giuririco* Wolters Kluwer.

⁵³⁶ Art. 172, comma 2, l. fall.

⁵³⁷ M. Ferro, *sub art. 163*, in Ferro (diretto da), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, p. 1229 ss; G. M. Nonno, R. D'Amora, *Revoca della proposta*, in Ferro-Ruggero-Di Carlo, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009, p. 42 ss; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 122 ss; E. Norelli, *La proposta di concordato*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *“L'insolvenza dell'imprenditore e le procedure alternative al fallimento”* (Roma, 5/7 novembre 2008), in www3.unisi.it, 2008, 43; S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la rappresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.; R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 6, p. 645 ss.

⁵³⁸ Così S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la rappresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit., i quali ritengono che *“l'approvazione non esaurisce la procedura di concordato, ben essendo possibile che l'imprenditore rinunci a instare per l'omologazione; per l'altro, non può escludersi che, dinanzi al rifiuto dei creditori di aderire alla soluzione inizialmente prospettata, egli preferisca porre immediatamente fine all'iter concordatario (per l'appunto, rinunciandovi), al dichiarato scopo di presentare una nuova domanda, il che deve ritenersi ammissibile, fatti salvi i limiti imposti dal divieto di condotte abusive”*.

Secondo alcuni⁵³⁹, poi, quando sussiste un'istanza di fallimento formulata da un creditore, la rinuncia del debitore produce effetti solo se viene accettata dal creditore istante, *“considerato l'interesse del creditore alla prosecuzione del procedimento al fine di ottenere la dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato e la conseguente dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 162, secondo comma, R.D. n. 267/1942 (o anche, si potrebbe sostenere, ad ottenere che sia pronunciata la revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 173)”*⁵⁴⁰.

Questa tesi è avversata da chi ritiene che, in realtà, l'interesse dei creditori che hanno proposto istanza di fallimento è contrario alla prosecuzione della procedura di concordato.

541

In ogni caso, coloro che considerano necessaria l'accettazione della rinuncia, ritengono che quest'ultima sia sussumibile alla fattispecie della rinuncia agli atti di cui all'art. 306 c.p.c.⁵⁴² In particolare, si riporta la massima di una sentenza del Tribunale di Parma⁵⁴³ in cui si sostiene che *“al concordato preventivo si applica l'art. 306 c.p.c. con la conseguenza che la rinuncia alla procedura deve essere accettata dalle altre parti. La mancata accettazione da parte di un creditore istante impedisce l'estinzione del procedimento con conseguente inammissibilità della nuova domanda di concordato depositata dopo la rinuncia”*.

1.1. La modifica della proposta.

Si è detto che la proposta di concordato può essere modificata fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, ai sensi dell'art 172, comma 2: tale termine vale sia per la proposta del debitore che per le eventuali proposte concorrenti.

⁵³⁹ D. Galletti, *Una riflessione sulla revoca dell'ammissione del concordato: la rinuncia alla proposta con “nuova domanda” dopo l'atto in frode*, in il Fallimentarista; R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 651.

In giurisprudenza: Trib. di Torino, 27 novembre 2014, in Fall., 2016, 1, p. 33 ss; Trib. di Parma, 2 ottobre 2012, in il caso.it.

⁵⁴⁰ Così E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, in il caso.it, il quale, però, avversa tale orientamento, ritenendo che la rinuncia alla domanda non richiede un'accettazione, “non sussistendo un interesse delle altre parti alla prosecuzione del procedimento”.

⁵⁴¹ M. Vacchiano, *Modifica e rinuncia della proposta di concordato preventivo*, in Fall., 2016, 1, p. 38 ss; S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.

⁵⁴² Infatti, l'art. 306, comma 1, dispone: “il processo si estingue per rinuncia agli atti del giudizio quando questa è accettata dalle parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione [...]”.

⁵⁴³ Vedi M. Ranieli, *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a preconcordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti di frode – nota a Tribunale di Parma, 2 ottobre 2012*, in il Fallimentarista.

L'intervento normativo, sul punto, è stato visto con favore, poiché dirime le questioni sorte in ordine all'individuazione del momento in cui hanno inizio le operazioni di voto⁵⁴⁴ e, soprattutto, perché consente ai creditori uno spazio di tempo necessario per esaminare la proposta modificata prima di esprimere il voto in sede di adunanza⁵⁴⁵.

Nel vigore della disciplina *ante* riforma è intervenuta la Cassazione⁵⁴⁶, la quale ha chiarito che le modifiche della proposta intervenute dopo la scadenza del termine sono inammissibili, anche qualora dovessero essere "migliorative" e relative alle sole modalità di esecuzione del piano.

Secondo alcuni, invece, anche alla luce della riforma, la modifica migliorativa è sempre possibile, persino dopo l'inizio delle operazioni di voto.⁵⁴⁷

Tuttavia, si concorda con la Cassazione, la quale ritiene che il legislatore, nel riconoscere espressamente la facoltà di apportare modifiche alla proposta, "*ne ha rigorosamente limitato l'ambito temporale di esercizio alla fase anteriore all'inizio delle operazioni di voto, senza distinguere tra modifiche migliorative e peggiorative, e ciò essenzialmente al fine di evitare che il calcolo delle maggioranze si fondi su voti espressi in riferimento ad un piano diverso da quello destinato ad essere effettivamente eseguito*"⁵⁴⁸. Semmai, come prospettato dal Tribunale di Novara, "*ferma l'inammissibilità di proposte modificative successive alla votazione dei creditori in sede di adunanza, la società debitrice può adempiere, al di fuori della procedura concordataria, alle obbligazioni naturali identificabili nella corresponsione di una percentuale maggiore di quella offerta ai creditori, approvata e omologata, senza facoltà di ripetere (trattandosi, appunto, di obbligazioni naturali) quanto eventualmente a tale titolo corrisposto*"⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ Cfr. M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 246 (nt. 14): "secondo l'orientamento maggioritario, le modifiche della proposta erano ammissibili sino all'inizio delle operazioni di voto, con ciò intendendosi il momento in cui il giudice delegato dichiarava aperta la votazione in occasione dell'adunanza dei creditori (così E. Frascaroli Santi, *Limiti di modificabilità della proposta di concordato preventivo, variazione delle classi di creditori e soci finanziatori postergati*, in Fall., 2013, 7, p. 888). Secondo altro orientamento, le modifiche non erano più ammissibili se fossero intervenute manifestazioni di voto, anteriormente alla adunanza (cfr. A. Barzelloni, D. Colombini, *Il concordato preventivo; la predisposizione della proposta ex art.161 L.F.*, in P. G. Demarchi, C. Giacomazzi (a cura di), *Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 414).

⁵⁴⁵ Cfr. F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in il Fallimentarista.

⁵⁴⁶ Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 8575, in Fallimenti e Società.it.

⁵⁴⁷ R. Marinoni, N. Nisivoccia, C. Santoriello, *Decreto giustizia. Le novità in materia fallimentare*, Milano Assago, 2015, p. 20; D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 752.

⁵⁴⁸ Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 8575, in Fallimenti e Società.it.

⁵⁴⁹ Trib. di Novara, 7 marzo 2013, cit.

Dunque, alla luce del dato normativo e della giurisprudenza di legittimità, si ritiene che la modifica della proposta concordataria (sia essa del debitore che dei creditori) possa intervenire fino al termine previsto dalla legge (oggi la norma di riferimento è l'art. 172, comma 2).⁵⁵⁰

È tutt'ora controverso se l'art. 186-*bis*, ultimo comma, - il quale prevede la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato in continuità aziendale, qualora nel corso della procedura l'esercizio dell'impresa cessi o risulti manifestamente dannoso per i creditori - faccia eccezione al termine di cui all'art. 172, comma 2.⁵⁵¹

1.2. La rinuncia o la revoca della proposta di concordato.

La rinuncia al concordato preventivo si presta ad essere diversamente qualificata a seconda che si consideri il concordato preventivo un istituto dalla natura prevalentemente pubblicistica o privatistica⁵⁵²: nel primo caso la rinuncia alla domanda è qualificata come atto processuale riconducibile nell'alveo dell'art. 306 c.p.c. , tale che se il creditore, che ha chiesto precedentemente il fallimento del debitore, non l'accetti, la procedura non si estingue; nel secondo caso, invece, la rinuncia alla domanda è considerata equivalente alla revoca della proposta contrattuale, pertanto possibile fintanto che la stessa non sia stata accettata dai creditori.

⁵⁵⁰ Cfr. F. Lamanna, *La rinuncia alla domanda di concordato*, 2016, in il Fallimentarista.

In senso conforme, nel vigore dell'abrogato art. 175, comma 2, M. Vacchiano, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in Fall., 2011, 1, p. 77 ss.

⁵⁵¹ Cfr. in senso affermativo: A. Maffei Alberti, *Sub art. 186-bis*, in Commentario breve alla legge fallimentare, Padova, 2013, p. 1330, il quale ammette la modifica anche dopo lo scadere del termine previsto dalla legge, ma ritiene che la proposta modificata debba considerarsi una proposta.

Contra G. B. Nardecchia, R. Ranalli, *Sub. art 186-bis*, in Codice commentato del fallimento, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013, p. 2313 ss.

Invece, R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 647, rileva che "tale disposto non va visto tanto come derogatorio rispetto a quello dell'art. 175, comma 2, l.fall., ma come parallelo ad esso. Semplicemente si tratta dell'emergere, sul piano del testo normativo, di una regola per cui, seppure dopo l'approvazione del concordato, è data facoltà all'imprenditore di intervenire formulando una proposta, ed ovviamente un piano, alternativi ogni qual volta si verificano determinati presupposti che qui consistono, per volontà di legge, nella cessazione, per qualunque causa, dell'esercizio di azienda".

⁵⁵² Vedi F. S. Filocamo, *Sub art. 175*, in La legge fallimentare, a cura di M. Ferro, Padova, 2011, p. 1989 ss.

A voler essere rigorosi, si dovrebbe distinguere tra rinuncia alla domanda di concordato e revoca della proposta concordataria⁵⁵³, tuttavia non c'è un rigore terminologico nella disciplina concordataria, che anzi rivela “un'imprecisa scelta semantica”⁵⁵⁴.

In ogni caso, si ritiene che “qualora la proposta sia oggetto di revoca da parte del debitore, la domanda di concordato dovrebbe essere dichiarata improcedibile per impossibilità di conseguire il risultato utile dell'azione, posto che verrebbero a mancare i presupposti di cui ai commi primo e secondo dell'art. 160, R.D. n. 267/1942 per fatto successivo al deposito imputabile al debitore”⁵⁵⁵.

Nel vigore della disciplina *ante* riforma, la proposta non poteva essere revocata dal debitore (o il debitore non poteva rinunciare alla domanda), una volta che il concordato era stato approvato dai creditori, posto che l'approvazione equivarrebbe ad accettazione, come previsto dall'art. 1328, comma 1, c.c.⁵⁵⁶ e, come si è detto nel Capitolo 1, l'accordo concordatario, che scaturisce dalla proposta del debitore e dall'approvazione dei creditori⁵⁵⁷, sarebbe retto dalle norme contrattualistiche.

A seguito delle modifiche apportate dal d.l. 83/2015 convertito in l. 132/2015, il termine entro cui il debitore può rinunciare alla domanda di concordato è quello previsto dall'art. 172, comma 2, in merito alle modifiche⁵⁵⁸: “ciò sul rilievo che, quest'ultimo termine,

⁵⁵³ Cfr. E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit., il quale distingue tra rinuncia all'azione, rinuncia alla domanda e revoca della proposta.

⁵⁵⁴ M. Vacchiano, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, cit., p. 77 (nt. 31), il quale fa notare che l'art. 162, comma 2, stabilisce che il tribunale dichiara inammissibile, non già la domanda, ma la proposta; l'art. 173, comma 3, fa riferimento “all'ammissibilità del concordato”, e non all'ammissibilità della proposta.

⁵⁵⁵ E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit., il quale fa rilevare che “nell'elaborazione resa dalla dottrina l'inammissibilità attiene alla mancanza *ab origine* dei requisiti previsti dalla legge (ad esempio carenza di legittimazione determinata dall'assenza dei presupposti, carenza dei requisiti di forma o contenuto dell'atto processuale), mentre l'improcedibilità attiene all'omissione delle attività integranti atti di impulso successivi all'esercizio dell'azione”.

⁵⁵⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 8575, in *Fallimenti e Società.it*, secondo cui “in ogni caso, anche a voler valorizzare la natura contrattuale del concordato, attribuendo al provvedimento di omologazione la portata di una mera convalida dell'accordo intervenuto tra le parti, il momento della conclusione di tale accordo dovrebbe pur sempre essere individuato in quello dell'approvazione dei creditori, alla quale dovrebbe dunque ricollegarsi l'effetto di precludere la revoca della proposta da parte del debitore, ai sensi dell'art. 1328 cod. civ.”.

Contra E. Norelli, *La proposta di concordato*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema “L'insolvenza dell'imprenditore e le procedure alternative al fallimento” (Roma, 5/7 novembre 2008), cit., p. 43 ss., il quale ritiene che la rinuncia alla domanda di concordato possa avvenire fino alla chiusura della procedura con l'omologazione del concordato. In giurisprudenza: Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 8575, cit.

⁵⁵⁷ “[...] La circostanza che il debitore possa *proporre* il concordato ai creditori (art. 160) e che a questi, dunque, sia diretto l'atto che la legge definisce *proposta*, evoca indubbiamente suggestioni di stampo privatistico” Così E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit.

⁵⁵⁸ Cfr. F. Lamanna, *La rinuncia alla domanda di concordato*, 2016, cit.

Contra M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, 2015, in *il caso.it*, il quale ritiene che la domanda sia rinunciabile fino a quando non si sia perfezionato lo scambio dei consensi

*crystallizza la proposta o le proposte concorrenti su cui i creditori sono chiamati a decidere e che la presenza di più competitors esige la fissazione ed il rispetto di regole procedurali di misura cogente. Così che una volta spirato detto termine, senza che una rinuncia vi sia stata, la domanda di concordato diviene irrevocabile*⁵⁵⁹.

Oggi, dunque, si rende ancora più necessario un rigore terminologico, perché un conto è dire che il debitore può rinunciare alla domanda, così da chiudere la procedura di concordato ed abbandonare la soluzione negoziale della crisi (o quantomeno quella negoziazione, potendone poi avviare un'altra con una nuova domanda)⁵⁶⁰, altro è dire che il debitore può revocare la propria proposta, cosicché rimangono le proposte concorrenti che possono comunque essere approvate e giungere all'omologazione.⁵⁶¹

1.3. Le possibili conseguenze in caso di revoca ex art. 173 l. fall.

Quanto si è rilevato finora crea non pochi problemi interpretativi riguardo al sub-procedimento di revoca (su cui si tornerà nel par. successivo): si prospetta, infatti, il rischio di avallare condotte ostruzionistiche ed abusive del debitore, il quale, per evitare il

con l'approvazione dei creditori; S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, cit., il quale sostiene che il debitore possa rinunciare alla domanda fino all'omologazione del concordato; R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 650, il quale ritiene che il preponente abbia piena disponibilità della domanda fino all'omologazione; G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

⁵⁵⁹ M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 247, riporta questo orientamento richiamando F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, cit., il quale, infatti, ritiene che "la presenza di più competitors esige intatti la fissazione e il rispetto di regole procedurali di natura cogente, compresa quella che lasci perdurare gli effetti di una proposta non ritirata prima del termine di 15 gg. prima dell'adunanza. In altre parole questo termine, una volta spirato senza che una rinuncia vi sia stata, non può che rendere da quel momento in poi irrevocabile la domanda, o comunque inefficace la rinuncia al fine di caducare gli effetti del procedimento concordatario già avviato".

Cfr. G. M. Nonno, *La concorrenza nel concordato preventivo: proposte competitive*, 2015, cit., il quale ritiene che la soppressione dell'art. 175, comma 2, "si giustifica in quanto la modifica della proposta del debitore può ora intervenire entro 15 gg. dall'adunanza dei creditori. E, quanto meno nel caso in cui siano presentate proposte concorrenti, sembra difficile ipotizzare una rinuncia alla proposta concordataria da parte del debitore oltre il menzionato termine, presupponendo la struttura stessa del meccanismo competitivo l'irrevocabilità delle stesse. Inoltre, una volta che sia stata regolarmente presentata una proposta concorrente, la rinuncia (sia pure tempestiva) del debitore non potrà certo avere l'effetto di far venire meno detta proposta, sulla quale i creditori saranno dunque chiamati in ogni caso a pronunciarsi".

Cfr. F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, cit.

⁵⁶⁰ Sul punto si tornerà nel par. 5.

⁵⁶¹ "Il quadro muta radicalmente in presenza di proposte concorrenti. In tal caso appare evidente che sussiste un interesse di tutti i creditori che abbiano presentato le proposte concorrenti (e probabilmente un sopravvenuto interesse dei creditori che abbiano proposto istanza di fallimento) alla prosecuzione della procedura di concordato". Così E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit.

fallimento o di dover eseguire proposte altrui, potrebbe rinunciare alla domanda di concordato e magari subito dopo presentarne una nuova, per cercare comunque di ottenere l'esdebitazione, ma in un'altra procedura, in cui si riparte da zero, senza i rilievi che legittimerebbero la revoca, ed alle proprie condizioni.

Sicuramente, qualora il debitore dovesse cambiare idea, avrebbe il diritto di rinunciare al concordato⁵⁶², ma senza abusare delle prerogative concesse dalla legge.

A ciò si aggiunga che *“se sussistono proposte concorrenti formulate dai creditori, pare evidente che anche in seguito alla revoca della proposta principale la procedura di concordato resterebbe pur sempre pendente per effetto della domanda formulata dal debitore, che non potrà essere dichiarata improcedibile, proprio perché la domanda costituirà esercizio di un'azione il cui oggetto è definito dalle proposte concorrenti. Il consenso dei creditori, infatti, si formerà riguardo alle sole proposte concorrenti, nell'ambito del procedimento di concordato introdotto dalla domanda formulata dal debitore”*⁵⁶³.

⁵⁶² Dalla ricerca condotta dall'Osservatorio sulla crisi d'impresa è emerso che il 100% dei Tribunali intervistati ritengono revocabile la domanda di concordato, vedi M. Ferro, P. Bastia, G. M. Nonno, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano 2013, p. 329.

Cfr. S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.; M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 247: “oggi il diritto del debitore a rinunciare alla domanda di concordato sembra pacificamente riconosciuto, pur discutendosi ancora dei limiti temporali e delle modalità di esercizio di tale diritto nonché degli effetti che detta rinuncia determina nell'ambito del procedimento pendente”.

⁵⁶³ E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit. Cfr. G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., il quale approfondisce il tema della rinuncia alla domanda in presenza di proposte concorrenti. In particolare, “la proposta concorrente approvata dai creditori, e, a maggior ragione, ove anche omologata, non può essere bloccata dalla rinuncia del debitore principale perché i creditori hanno appunto già scelto la proposta del terzo rigettando quella del debitore. Ovviamente il mantenimento delle proposte concorrenti priva il debitore di qualsiasi difesa dal momento che, anche se questi ritira la domanda per cercare di risolvere la crisi in altro modo, rimane la possibilità di esproprio da parte dei creditori, ma la legge prefigura i rischi, e vantaggi, cui va incontro chi ricorre alla misura concordataria; del resto, la decadenza delle proposte concorrenti attribuirebbe al debitore la libertà di disporre della sorte delle altre domande vanificando lo scopo della norma, senza che sia prevista alcuna sanzione (se non vi sono domande, non può essere dichiarato il fallimento) né alcuna forma di risarcimento, non tanto per l'organizzazione giudiziaria inutilmente approntata (che è un costo pubblico che può rilevarsi superfluo in ogni caso. di rinuncia, anche in mancanza di proposte concorrenti e che probabilmente dovrebbe essere in qualche modo considerato), ma nei confronti di chi ha presentato proposte alternative, affrontando inevitabilmente delle spese. Di contro, ove sia stata approvata la proposta del debitore (o sia intervenuta l'omologa), la rinuncia dello stesso, o la revoca, dovrebbe far venir meno anche le altre essendosi i creditori già espressi e non essendo prevista una nuova votazione né un ripescaggio. La soluzione diventa molto più incerta quando la rinuncia del debitore (come la revoca della sua domanda) intervenga prima della votazione. A mio parere, anche in questo caso la rinuncia del debitore è ininfluenza sulle altre proposte, dato che la presenza di una proposta del debitore è condizione per la presentazione di altre alternative da parte dei creditori e non anche per la permanenza delle stesse perché queste, una volta che siano state legittimamente presentate, acquistano una loro autonomia e non possano essere sottratte alla valutazione dei creditori; assimilerei questa situazione a quella dei creditori che intervengono nel processo esecutivo muniti di titolo esecutivo, che consente loro di procedere anche nel caso che il primo pignorante receda”.

Dunque, anche se manca una norma espressa che disciplini la possibilità per il debitore di rinunciare al procedimento concordatario, è pacificamente riconosciuto che egli è titolare di un diritto alla rinuncia; tuttavia, nel silenzio delle norme, è compito del giudice valutare se l'esercizio di quel diritto diventi un abuso.

2. Modifica e rinuncia alla proposta di concordato nel corso del sub-procedimento di cui all'art. 173.

Al di là del diritto del debitore di modificare e rinunciare alla domanda di concordato durante l'intera procedura, bisogna soffermarsi sulla fase di revoca.

Anche in questo caso, in dottrina e giurisprudenza si sono fatti strada diversi orientamenti e tutt'ora non si è giunti ad un'interpretazione unanime, anche perché non vi è stata una presa di posizione del legislatore né la Cassazione ha dettato dei principi di diritto in materia.

L'analisi di questo tema, quindi, muove necessariamente dalla giurisprudenza di merito e dalle opinioni dottrinarie.

La Corte d'Appello di Milano⁵⁶⁴ ha affermato che *“l'inizio della procedura ex art. 173 l. fall. rende inoperante la procedura di concordato preventivo, e conseguentemente non possono essere introdotte modifiche a proposte che riguardano una procedura che non è in corso”*.

Si condivide in linea di massima questo orientamento e si ritiene che *a fortiori* vada esteso al caso della rinuncia.

Il Tribunale di Latina⁵⁶⁵, sulla falsariga della Corte d'Appello di Milano, ha qualificato il procedimento di revoca ex art. 173 come una *“fase procedimentale indisponibile”*.

Il Tribunale di Parma⁵⁶⁶ ha rilevato che *“la modifica della proposta concordataria sopravvenuta all'attivazione del giudizio ex art. 173 deve ritenersi ex se inammissibile, soprattutto ove detto procedimento, come nel caso di specie, si fondi sulla commissione di*

⁵⁶⁴ App. di Milano, 29 giugno 2011, in il caso.it.

⁵⁶⁵ Trib. di Latina, 30 luglio 2012, in il caso.it.

⁵⁶⁶ Trib. di Parma, 2 ottobre 2012, cit.

atti di frode, scoperti dal commissario giudiziale". E ha richiamato i due precedenti giurisprudenziali di cui si è detto.

Il Tribunale di Napoli⁵⁶⁷ (che a sua volta richiama i precedenti giurisprudenziali riportati) ritiene che *"una volta attivato il procedimento ex art. 173 l. fall., la procedura di concordato entra in una fase di "limbo">> durante la quale non possono essere invocate norme che quella procedura caratterizzano"*.

Da ultimo si segnala un interessante decreto del Tribunale di Rovigo⁵⁶⁸, che fa un ulteriore approfondimento sulla possibilità di modificare la proposta nel corso del procedimento di revoca e rileva che *"in senso contrario si è, infatti, espressa la giurisprudenza di merito edita (cfr. Trib. Napoli 4 dicembre 2012; Tribunale di Parma 2 ottobre 2012; Tribunale di Latina 30 luglio 2012; Corte di Appello di Milano 29 giugno 2011), rinvenendo nel procedimento de quo un'autonomia strutturale – rafforzata dal richiamo all'art. 15 l.f. – incompatibile con la possibilità di modifica della proposta, dato lo stato di limbo nel quale si trova il procedimento concordatario e la natura indisponibile della fase processuale di revoca. E' pur vero che la peculiare ipotesi di revoca per difetto originario delle condizioni di ammissibilità sembrerebbe lasciare spazi interpretativi maggiori di compatibilità tra la modifica elisiva dei limiti originanti la potenziale revoca ed il procedimento di cui all'art. 173 l.f., data la riconosciuta possibilità di modificazione fino al momento della votazione ex art. 175, II comma l.f., ma è altresì vero che le ragioni strutturali evidenziate dalla giurisprudenza richiamata non avrebbero nemmeno ragion d'essere nell'ambito del procedimento per condotte frodatorie, dato che la frode rimane di per sé a prescindere da una modifica della proposta concordataria – inidonea ad escludere, anche congiunta ad una rinuncia al concordato, l'illiceità della condotta -, mentre proprio nelle ipotesi non sanzionatorie di revoca per difetto originario o sopravvenuto dei requisiti oggettivi di ammissibilità, assumono un significato giustificante le asserite incompatibilità"*.

Dunque, quest'ultimo decreto sembra aprire alla possibilità di modificare la proposta di concordato, quando il procedimento di revoca sia stato instaurato ai sensi dell'art. 173, comma 3, cioè per mancanza delle condizioni di ammissibilità, purché ancora non ci sia

⁵⁶⁷ Trib. di Napoli, 4 dicembre 2012, in il caso.it.

⁵⁶⁸ Trib. di Rovigo, 8 luglio 2014, in unijuris.it.

stata la votazione dei creditori - dato che nel vigore della disciplina precedente, il termine ultimo per apportare modifiche alla proposta era proprio l'inizio delle operazioni di voto, ai sensi dell'art. 175, comma 2 (poi abrogato) -; invece, lo stesso decreto esclude che si possa ammettere la modifica della proposta, quando la revoca sia stata determinata da condotte frodatrici del debitore, poiché nemmeno la rinuncia al concordato è idonea ad escludere l'illiceità della condotta e quindi ad eliminare la frode.

Tuttavia, a conclusione del ragionamento, il Tribunale di Rovigo esclude che si possa ammettere la modifica e la rinuncia al concordato anche nell'ipotesi di cui all'art. 173, comma 3.

Come si è accennato, si condivide questo orientamento giurisprudenziale di merito, secondo il quale, in pendenza del procedimento di revoca, non sarebbero ammesse modifiche alla domanda di concordato preventivo; tuttavia, seguendo il ragionamento del Tribunale di Rovigo, si dovrebbe fare una distinzione tra procedimento di revoca per mancanza delle condizioni di ammissibilità e procedimento di revoca per atti di frode.

Si ritiene che se manchi una condizione di ammissibilità, non si possa non consentire al proponente di porvi rimedio e di emendare la proposta, così da ottenere la reiezione della revoca.⁵⁶⁹

Viceversa, se il procedimento di revoca scaturisce dalla commissione di atti di frode, evidentemente nessuna modifica della proposta potrebbe legittimare la prosecuzione della procedura, neppure una *disclosure* postuma.⁵⁷⁰

Quanto detto vale purché non sia ancora scaduto il termine di cui all'art. 172, comma 2; altrimenti, si deve escludere comunque che il debitore possa apportare delle modifiche alla proposta di concordato.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ Cfr. R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 645 ss; S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 947 ss; M. Ranieli, *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a preconcordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti di frode – nota a Tribunale di Parma, 2 ottobre 2012*, cit.

In giurisprudenza: Trib. di Parma, 2 ottobre 2012, cit.

⁵⁷⁰ Cfr. R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 645 ss; Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., p. 730 ss; S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.

⁵⁷¹ Cfr. P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, cit., il quale fa riferimento al termine dell'abrogato art. 175, comma 2.

Invece, R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 649, ritiene che “non potrà ammettersi la modifica, una volta iniziato il voto, se non qualora le ragioni che fondano il procedimento di revoca dell'ammissione siano sopravvenute rispetto a tale momento preclusivo”.

Parte della dottrina, contrasta questo orientamento giurisprudenziale, poiché ritiene che non vi siano riscontri nella disciplina positiva.⁵⁷²

In realtà, come si è detto in apertura di questo paragrafo, manca una presa di posizione da parte del legislatore.

Per quanto riguarda specificamente la rinuncia alla domanda - fermo restando che, come si è detto, a seguito della riforma, essa non è più ammissibile oltre il termine di cui all'art. 172, comma 2 -, nel caso in cui il tribunale instauri un procedimento di revoca prima che il suddetto termine sia scaduto, vale quanto si è detto per la modifica della proposta: quindi, la rinuncia è possibile se la revoca scaturisce dalla mancanza delle condizioni di ammissibilità, non se è la conseguenza della scoperta di atti di frode.

Altrimenti, verrebbe meno il carattere sanzionatorio che ancora oggi l'art. 173 conserva.

Diversa è, invece, la posizione della Corte d'Appello di Venezia⁵⁷³, la quale ha ammesso la possibilità che la società debitrice rinunciasse al concordato dopo che il commissario aveva depositato una "*relazione ex art. 173 nella quale segnalava di aver accertato possibili «atti di frode»*" (e il tribunale aveva fissato l'udienza per la discussione onde decidere l'eventuale revoca).

C'è chi ritiene che la rinuncia è possibile anche in sede di revoca (a prescindere dalle cause che la determinano), tuttavia l'uscita del debitore dal procedimento concordatario deve passare necessariamente per la consultazione dei creditori (e del p.m.) rispetto all'eventuale fallimento, dal momento che questi "*risultano titolari di una facoltà di insistere per la soluzione liquidatoria*".⁵⁷⁴

In realtà, l'art. 173 apre una fase indisponibile, in cui tutto è nelle mani del tribunale, il quale deve decidere soltanto sulla base delle proprie indagini (e tenendo conto della difesa del debitore) se revocare il concordato, ponendo fine alla soluzione negoziata della crisi.

⁵⁷² S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.; P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, cit.

⁵⁷³ App. di Venezia, 10 dicembre 2014, in il caso.it.

⁵⁷⁴ Cfr. R. Bellè, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, cit., p. 645 ss; D. Galletti, *Una riflessione sulla revoca dell'ammissione del concordato: la rinuncia alla proposta con "nuova domanda" dopo l'atto in frode*, cit.

La Cassazione, infatti, in una recente sentenza ha ribadito che i creditori non sono titolari di un diritto al fallimento del debitore o di un contrapposto diritto a non vederlo fallire.⁵⁷⁵

2.1. La rinuncia alla domanda di concordato nel corso del sub-procedimento di revoca ex art. 173 e le proposte concorrenti.

L'art. 173 prevede che il tribunale apra d'ufficio *“il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato”*, qualora si scopra che il debitore ha commesso atti in frode o atti lesivi delle ragioni creditorie, o qualora manchino le condizioni di ammissibilità.

Di nuovo, a voler essere rigorosi, la revoca non può riguardare l'ammissione al concordato, che costituisce un fatto storico, ma semmai il decreto di cui all'art. 163, comma 1, con cui il tribunale *“dichiara aperta la procedura di concordato preventivo”*.

Tuttavia, questo vuol dire che il decreto reso ai sensi dell'art. 173, comma 2, con cui si chiude il procedimento di revoca, si risolverebbe in una dichiarazione di improcedibilità della domanda di concordato.⁵⁷⁶

E così poteva essere fino all'ultima riforma.

Attualmente, però, la conseguenza sarebbe che *“all'improcedibilità della domanda debba necessariamente conseguire l'inefficacia delle proposte concorrenti, in quanto atti successivi che da quella dipendono”*⁵⁷⁷.

La legge non si è posta questo problema⁵⁷⁸, per cui spetta agli interpreti e ai tribunali individuare la soluzione più equa nell'ambito della nuova disciplina concordataria che, pur lasciando l'iniziativa al debitore - tutt'ora unico soggetto legittimato a fare domanda di

⁵⁷⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, cit.

⁵⁷⁶ Cfr. E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit.

⁵⁷⁷ E. M. Negro, *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, cit.

⁵⁷⁸ Contra M. Spadaro, *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, cit., p. 248, secondo il quale “il legislatore della riforma, cui parrebbe ormai ben nota la distinzione tra domanda di concordato (ricorso giudiziale con il quale il debitore chiede di potere regolare la sua crisi con le regole del concordato, v. art. 161), proposta (offerta negoziale che il debitore formula ai creditori, v. art. 160), e piano (strumento operativo per formulare e realizzare la proposta, v. art. 160), con la novella, ha consentito ai creditori di formulare solo la proposta di concordato alternativa, corredata dal relativo piano, e non anche di presentare una (nuova e diversa) domanda di concordato. Si è lasciato, così, unicamente in capo al debitore il potere di stabilire se continuare a regolare la propria crisi con il concorso concordatario (beneficiando della esdebitazione conseguente alla omologazione anche di una proposta concorrente) ovvero rinunciare alla domanda, determinando così l'arresto del procedimento ed anche la caducazione di eventuali proposte alternative, per accedere a soluzioni diverse, ivi compreso il fallimento. Deve escludersi, quindi, che le proposte concorrenti abbiano una propria autonomia perché queste presuppongono sempre la presentazione di una domanda da parte del debitore, il quale rimane libero di rinunziarvi fino al momento della omologazione del concordato o, quanto meno, fino a quando non si è perfezionato lo scambio dei consensi con l'approvazione da parte dei creditori.

concordato preventivo -, ha previsto la possibilità per i creditori di presentare proposte concorrenti che potrebbero anche risultare più convenienti e perciò essere preferite in sede di adunanza.

Si ritiene che qualora venga aperto un procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173, il tribunale possa limitarsi a revocare la proposta del debitore, lasciando sopravvivere le proposte concorrenti⁵⁷⁹, le quali non subiranno l'effetto caducatorio.

Tuttavia, questo ragionamento è valido finché la revoca *ex art. 173* è stata la conseguenza di atti di frode e degli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori.

Lo stesso non si può dire nel caso di revoca come conseguenza della mancanza delle condizioni di ammissibilità (art. 173, comma 3, ultima parte): in questo caso mancano i requisiti necessari per far proseguire la procedura concordataria. Non si tratta di vizi che attengono alla proposta del debitore, che è inficiata da atti illegittimi, ma di vizi che attengono alla procedura concordataria in sé.

Di conseguenza, non si può soltanto revocare la proposta del debitore, ma si deve arrestare la procedura.

In altre parole, non c'è possibilità di "salvare" le proposte concorrenti, se mancano o mancavano fin dall'inizio i presupposti di ammissibilità della procedura concordataria.

3. La presentazione di una nuova proposta (a seguito della rinuncia a quella precedente durante il procedimento *ex art. 173 l. fall.*).

In base a quanto si è sostenuto finora, sarebbe impensabile che l'imprenditore, dopo aver subito la revoca della proposta di concordato, possa rinunciarvi e presentarne una nuova: sarebbe come dire che c'è una norma, l'art. 173, che punisce le condotte frodatorie con l'arresto della procedura concordataria, ma il debitore può evitare questa sanzione rinunciando a quella proposta e presentandone un'altra.

⁵⁷⁹ Infatti, "la presenza di una proposta del debitore è condizione per la presentazione di altre alternative da parte dei creditori e non anche per la permanenza delle stesse perché queste, una volta che siano state legittimamente presentate, acquistano una loro autonomia e non possano essere sottratte alla valutazione dei creditori". Così Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit.

Cfr. D. Galletti, *Speciale Decreto n. 83/2015 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in il Fallimentarista.

La legge, certamente, non vieta la possibilità di rinunciare alla domanda di concordato iniziale e di presentarne una nuova, ma con dei limiti.

Oltre al limite di cui all'art. 161, comma 9, - che impedisce la presentazione di una domanda "con riserva" da parte dell'imprenditore, che, nei due anni precedenti, abbia depositato identico ricorso *ex art. 161, comma 6*, senza poi essere stato ammesso al concordato o, in alternativa, senza che poi vi sia stata l'omologazione di un accordo di ristrutturazione - bisogna tener conto (anche) del divieto di condotte abusive.

C'è chi ritiene che *"il deposito di una precedente domanda di concordato (se del caso "con riserva") non costituisce mai, di per sé solo, elemento ostativo alla presentazione di un nuovo ricorso accompagnato dal piano e dalla relazione (né di una istanza "in bianco", a meno che ricorra la peculiare ipotesi enucleata dalla norma), neppure allorché la prima procedura si sia chiusa prematuramente a causa della revoca dell'ammissione o del mancato raggiungimento della maggioranza prescritta dalla legge"*.⁵⁸⁰

Quindi l'unico limite legale alla libertà di rinuncia alla domanda sarebbe quello di cui all'art. 161, comma 9.

A tale divieto espresso, si aggiunge poi che devono essere rigettate *"quelle iniziative che si rivelino manifestamente abusive, per tali intendendosi quelle che mirino esclusivamente a procrastinare indefinitamente la protezione interinale dalle misure esecutive e cautelari di cui all'art. 168 l. fall., senza fornire una credibile ipotesi di soluzione alla crisi [...]"*. Tuttavia, *"[...] al cospetto del deposito della domanda di concordato che segua quella oggetto di rinuncia (o, comunque, non omologata), il tribunale non può limitarsi ad applicare una (inesistente) preclusione automatica (ad eccezione, si ripete, dell'ipotesi in cui ricorra la speciale fattispecie di cui all'art. 161, 9° comma, l. fall.), essendo invece chiamato alla valutazione, nel merito, della non abusività del ricorso [...]"*.⁵⁸¹

In realtà, in caso di revoca del concordato *ex art. 173 l. fall.* per atti di frode ci sarebbe poco da valutare: la situazione sarebbe quella che il debitore rinuncia alla proposta iniziale e ne presenta un'altra al solo scopo di eludere la legge ed evitare il fallimento.

⁵⁸⁰ S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.

⁵⁸¹ S. Ambrosini, M. Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit.

È vero che oggi il concordato preventivo non è più un beneficio per gli imprenditori “onesti ma sfortunati”, essendo venuti meno i requisiti soggettivi di meritevolezza (a seguito della riforma del 2005), ma rimane una procedura che “salva” il debitore dal fallimento a determinate condizioni previste dalla legge e il cui rispetto è garantito proprio dall’art. 173 e dalle altre norme pubblicistiche che tutelano la legalità della procedura e gli interessi dei creditori.

Pertanto, non si può rischiare di vanificare la portata sanzionatoria dell’art. 173, legittimando una pratica che consente di eluderla.⁵⁸²

⁵⁸² *Contra* A. Audino, *Sub art. 173*, in Commentario breve alla Legge Fallimentare, diretto da A. Maffei Alberti, Padova 2009, p. 998 ss, il quale ritiene ammissibile “una nuova proposta scevra di rappresentazioni infedeli o ingannatorie successivamente alla revoca della proposta precedente per atti in frode”.
Cfr. Cass. Civ. sez. I, 14 gennaio 2015, n. 495, in Fall., 2015, 4 p. 428 ss, la quale sembra ammettere, pur non occupandosene direttamente, che il debitore possa rinunciare alla proposta di concordato che rischia di essere revocata, ai sensi dell’art. 173, e presentarne una nuova.

CAPITOLO 7

IL REGIME IMPUGNATORIO DEL DECRETO DI REVOCA EX ART. 173 L. FALL.

1. Premessa.

L'art. 173, comma 2, dispone: *“all'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, 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 con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18”*.

Dunque, si prevede la reclamabilità della sentenza di fallimento contestuale al decreto di revoca, ma nulla è disposto per il caso in cui al decreto di revoca non segua una dichiarazione di fallimento, neppure l'eventuale ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7. Perciò in dottrina e in giurisprudenza si sono profilati diversi orientamenti e recentemente è intervenuta la Cassazione, dettando alcuni principi di diritto.

1.1. La Cassazione sul regime impugnatorio del decreto di revoca.

I giudici di legittimità⁵⁸³ hanno escluso che si possa impugnare il decreto di revoca sia con reclamo (*“in analogia con quanto previsto dalla L. Fall., art. 162, comma 2, e art. 179, comma 1, rispettivamente in caso di mancata ammissione alla procedura e di mancata approvazione del concordato da parte dei creditori”*), sia con ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111 Cost.

Infatti, in apertura della sentenza, la Cassazione⁵⁸⁴ ha chiarito che il decreto di revoca non può essere reclamato senza la sentenza dichiarativa di fallimento, stabilendo quindi che l'unico rimedio che si rende disponibile per contestare i vizi del decreto di revoca è il reclamo avverso la sentenza di fallimento ai sensi dell'art. 18 (come previsto dall'art. 173, comma 2).

⁵⁸³ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, in Giurisprudenza, Giuffrè.

⁵⁸⁴ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

Dopodiché la Suprema Corte è passata ad esaminare direttamente l'ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

Innanzitutto, *“il dominante orientamento della Corte di Cassazione subordina l'ammissibilità di ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost. alla sussistenza di due condizioni: a) il provvedimento impugnabile deve avere natura decisoria, cioè deve aver risolto controversie e conflitti su diritti soggettivi o status, come proprio della giurisdizione contenziosa; b) il provvedimento deve essere definitivo, vale a dire non essere soggetto ad altro mezzo di impugnazione, né diversamente modificabile o revocabile, cioè avere l'idoneità a pregiudicare quei diritti soggettivi e status tipica del giudicato [...]”*⁵⁸⁵

Dunque, per stabilire l'ammissibilità o meno di un ricorso straordinario ex art. 111 Cost. avverso un provvedimento giurisdizionale che non abbia la forma della sentenza, bisogna verificare se quel provvedimento presenta, nel contenuto e nella disciplina, i requisiti della decisorietà e della definitività. *“Tali caratteri, che devono coesistere, consistono, quanto alla decisorietà, nella risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o status e, quanto alla definitività, nella mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato, quegli status o quei diritti (e plurimis Cass. 18 gennaio 2013, n. 1240; Cass. s.u. ord. 7 dicembre 2006, n. 26181)”*⁵⁸⁶

Secondo l'orientamento della Corte, il decreto di revoca ha il carattere della definitività, poiché non è reclamabile.

I giudici di legittimità⁵⁸⁷ giungono a questa conclusione, dopo aver tenuto conto della prevalente dottrina che si è espressa per l'esperibilità del reclamo (dividendosi poi sulla norma di riferimento, art. 26 l. fall. o art. 739 c.p.c.)⁵⁸⁸ e dei dati offerti dalla legge fallimentare tutt'altro che univoci, perché da una parte è esclusa la reclamabilità del decreto di inammissibilità del concordato (art. 162, comma 2, e art. 179, comma 1), dall'altra il decreto che conclude il giudizio di omologazione è reclamabile ai sensi dell'art. 183.

⁵⁸⁵ R. Fava, *Nuovi orientamenti in tema di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo: i poteri del Commissario giudiziale e il regime di impugnazione del provvedimento*, cit., p. 220.

⁵⁸⁶ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

⁵⁸⁷ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

⁵⁸⁸ Sul punto si tornerà al par. 3.

La Corte, poi, rileva che il legislatore talvolta non ha escluso la reclamabilità di un provvedimento giurisdizionale, perché sarebbe più gravoso ricominciare la procedura daccapo.

Infatti, *“la scelta del legislatore, in situazioni nelle quali la riproponibilità del concordato non è necessariamente esclusa (se non viene dichiarato il fallimento), trova la sua spiegazione nel fatto che, giunti al termine della procedura, la riproposizione della domanda è stata ritenuta particolarmente gravosa in termini di celerità ed economia processuali, comportando il sacrificio delle rilevanti attività poste in essere sino a quel momento”*.⁵⁸⁹ Tuttavia, la Corte ritiene che *“non altrettanto può dirsi nel caso previsto dall'art. 173 che, almeno normalmente, trova applicazione in una fase intermedia tra l'ammissione del concordato e la votazione dei creditori”*.⁵⁹⁰

Dunque, il debitore che avesse subito la revoca del concordato, senza che questa poi sia stata seguita dalla dichiarazione di fallimento, potrebbe riproporre la domanda ai sensi dell'art. 160 e 161 e ricominciare la procedura daccapo.

Per quanto riguarda la decisorietà, la Corte ha richiamato una precedente sentenza a sezioni unite sull'art. 162, comma 2, la quale ha stabilito che *“la dichiarazione di inammissibilità ha carattere decisorio soltanto quando dipende da ragioni che escludono una consequenziale declaratoria di fallimento, quali, ad esempio, l'esclusione della qualità di imprenditore commerciale o l'assenza dello stato d'insolvenza (e, dopo la riforma l'assenza dello stato di crisi) o il difetto di giurisdizione, dovendosi invece negare l'ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost. quando il decreto è inscindibilmente connesso ad una successiva e consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento (anche non contestuale), giacché in tal caso i vizi del decreto debbono esser fatti valere mediante l'impugnazione della sentenza (Cass. s.u. 14 aprile 2008, n. 9743)”*. Ed ha poi chiarito che questo principio è stato ribadito anche dopo le riforme del 2005, 2006 e 2007, con riferimento al caso in cui l'ammissibilità della proposta di concordato era stata dichiarata in pendenza di una istanza di fallimento.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

⁵⁹⁰ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

⁵⁹¹ Cass. Civ., sez I, 25 settembre 2013, n. 21901, in Giurisprudenza, Giuffrè; Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

I giudici di legittimità, quindi, hanno ritenuto che i principi riguardanti il decreto di inammissibilità devono valere anche per il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo.

Pertanto, se il decreto di revoca presenta soltanto il carattere della definitività, ma non quello della decisorietà, perché si rende disponibile (in quanto vi ricorrono i presupposti) una successiva dichiarazione di fallimento, allora quel decreto non è ricorribile per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

In questo caso si può soltanto proporre il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, cui si possono allegare anche i motivi di contestazione del decreto di revoca.⁵⁹²

Se, invece, il decreto di revoca, oltre che definitivo, fosse anche decisorio, allora il debitore⁵⁹³ potrebbe ricorrere a norma dell'art. 111 Cost.: quindi, la ricorribilità per Cassazione dipende dai caratteri che presenta quel determinato decreto di revoca di cui si discute.

2. Reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento che segue il decreto di revoca.

Si è visto (par. 1 di questo Capitolo) che l'art. 173, comma 2, prevede la reclamabilità della sentenza di fallimento contestuale al decreto di revoca e per la disciplina rinvia all'art. 18.

Tale norma⁵⁹⁴ legittima il debitore e qualunque interessato⁵⁹⁵ a proporre reclamo⁵⁹⁶ avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, con ricorso da depositarsi presso la cancelleria della Corte d'Appello.

⁵⁹² Cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, 13817, con nota di S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 8, p. 933 ss; F. S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, cit., p. 2317 ss.

⁵⁹³ In un'altra sentenza la Corte ha escluso che il commissario giudiziale sia legittimato a proporre ricorso in Cassazione avverso il decreto di revoca, poiché non è una parte, bensì un organo della procedura. Cass. Civ., sez. I, 21 febbraio 2014, n. 4183, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

Tale sentenza rileva anche perché aveva riconosciuto la legittimazione del debitore ad impugnare il decreto di revoca con il reclamo ex art. 739 c.p.c. avanti alla Corte d'Appello. Questa conclusione interpretativa è stata poi sconfessata dalla successiva sentenza n. 9998 dell'8 maggio 2014, di cui si è ampiamente detto. Cfr. R. Fava, *Nuovi orientamenti in tema di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo: i poteri del Commissario giudiziale e il regime di impugnazione del provvedimento*, cit., p. 204 ss.

⁵⁹⁴ Art. 18. Reclamo

Contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto reclamo dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni.

Il ricorso deve contenere:

- 1) l'indicazione della corte d'appello competente;
- 2) le generalità dell'impugnante e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede la corte d'appello;

Il reclamo è un mezzo d'impugnazione che ha un effetto devolutivo pieno, quindi il giudice di secondo grado può conoscere tutto l'oggetto del giudizio di prima istanza, a prescindere da specifiche doglianze: questo vale anche per il giudizio di reclamo di cui all'art. 18.⁵⁹⁷

Quest'ultimo si ispira al modello processuale del reclamo *ex art. 26* (di cui si dirà a breve).⁵⁹⁸

Il provvedimento conclusivo ha la forma della sentenza⁵⁹⁹: la Corte d'Appello, valutata la sussistenza dei presupposti oggettivi o soggettivi sui quali era stata fondata la dichiarazione di fallimento, pronuncia, ai sensi dell'art. 18, o una sentenza di rigetto il reclamo, oppure una sentenza di revoca del fallimento.

3) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni;

4) l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Il reclamo non sospende gli effetti della sentenza impugnata, salvo quanto previsto dall'articolo 19, primo comma.

Il termine per il reclamo decorre per il debitore dalla data della notificazione della sentenza a norma dell'articolo 17 e per tutti gli altri interessati dalla data della iscrizione nel registro delle imprese ai sensi del medesimo articolo. In ogni caso, si applica la disposizione di cui all'articolo 327, primo comma, del codice di procedura civile.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, al curatore e alle altre parti entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto.

Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni. Le parti resistenti devono costituirsi almeno dieci giorni prima della udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede la corte d'appello.

La costituzione si effettua mediante il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti con le modalità per queste previste.

All'udienza, il collegio, sentite le parti, assume, anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari, eventualmente delegando un suo componente.

La corte provvede sul ricorso con sentenza.

La sentenza che revoca il fallimento e' notificata, a cura della cancelleria, al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore, se non reclamante, e deve essere pubblicata a norma dell'articolo 17.

La sentenza che rigetta il reclamo è notificata al reclamante a cura della cancelleria.

Il termine per proporre il ricorso per cassazione e' di trenta giorni dalla notificazione.

Se il fallimento e' revocato, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

Le spese della procedura ed il compenso al curatore sono liquidati dal tribunale, su relazione del giudice delegato, con decreto reclamabile ai sensi dell'articolo 26.

⁵⁹⁵ Cioè "tutti quei soggetti, diversi dal fallito, che variamente possono subire gli effetti pregiudizievoli degli artt. 51-83bis, conseguenti agli effetti *erga omnes* della sentenza dichiarativa di fallimento". G. Minutoli, *Sub art. 18*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 252.

⁵⁹⁶ Il mezzo d'impugnazione esperibile contro la sentenza di fallimento, originariamente costituito dall'opposizione, è stato sostituito prima con l'appello (d.lgs. n. 5/2006) e successivamente con il reclamo dal d.lgs. n. 169/2007. Le ragioni dell'introduzione del reclamo sono state illustrate nella Relazioni di accompagnamento al stesso d. lgs.: "la sostituzione dell'«appello» con il «reclamo» è, coerente con il rito camerale, adottato non solo per la decisione di primo grado, ma anche per la fase di gravame: il reclamo è, infatti, il mezzo tipico di impugnazione dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio, quale ne sia la forma. La modifica vale ad escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal codice di rito e ad assicurare l'effetto pienamente devolutivo dell'impugnazione, com'è necessario attesi il carattere indisponibile della materia controversa e gli effetti della sentenza di fallimento, che incide su tutto il patrimonio e sullo status di fallito".

⁵⁹⁷ Cfr. G. Minutoli, *Sub art. 18*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 247 ss.

⁵⁹⁸ G. Minutoli, *Sub art. 18*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 248, a cui si rimanda anche per una disamina della disciplina completa.

⁵⁹⁹ G. Minutoli, *Sub art. 18*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, cit., p. 259.

Dunque, con il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento si possono far valere anche i profili inerenti la revoca dell'ammissione al concordato preventivo.⁶⁰⁰

Se, invece, al decreto di revoca non segue la dichiarazione di fallimento, non è possibile proporre reclamo: come si è visto, la Corte di Cassazione⁶⁰¹ lo ha escluso.

3. Reclamabilità del decreto di revoca non accompagnato dalla sentenza di fallimento.

L'art. 173, comma 2, com'è evidente, nulla dispone in merito all'impugnazione del decreto di revoca non accompagnato dalla dichiarazione di fallimento.

In dottrina si è aperto un lungo dibattito e la giurisprudenza di merito è tutt'altro che unitaria.

Alcuni sostengono che il decreto di revoca non è reclamabile senza la contestuale sentenza di fallimento: esso sarebbe assimilabile al decreto di inammissibilità di cui all'art. 162, comma 2, in merito al quale è espressamente prevista la non reclamabilità. Tale approccio muove dalla considerazione che il disposto dell'art. 162 è destinato ad essere applicato ad ogni ipotesi di arresto della procedura concordataria: pertanto, il mancato richiamo dell'art. 162 nel testo dell'art. 173 costituisce un mero *lapsus calami*.⁶⁰²

Altri, invece, ritengono che il decreto di revoca possa essere impugnato anche se non accompagnato dalla sentenza di fallimento⁶⁰³, negando che il decreto in esame sia assimilabile al decreto previsto dall'art. 162⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 70 ss; F. S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, cit., p. 1955 ss.

⁶⁰¹ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

⁶⁰² Cfr. P. F. Censoni, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, cit. In giurisprudenza: App. di Venezia, 30 agosto 2011, in il caso.it, secondo cui, qualora il tribunale provveda alla revoca del concordato preventivo senza contestualmente dichiarare il fallimento, il decreto non sarà automaticamente reclamabile, ma impugnabile mediante ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost*; App. di Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, 3, p. 338 ss.

⁶⁰³ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2007, p. 78 ss; G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, cit., p. 1700 ss; M. Fabiani, G. B. Nardecchia, *Formulario commentato della legge fallimentare*, II ed., Milano, 2007, p. 1639 ss; P. G. Demarchi, *I provvedimenti immediati*, in S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M. Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 145 ss; A. Audino, *Sub art. 173*, in *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, cit., p. 998 ss; A. Penta, *La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo e la risoluzione del concordato.*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia, Piccininni e Severini, Milano, 2011, vol. 4, p. 581 e ss.

Questi ultimi, però, si dividono quando si tratta di stabilire la precisa figura di reclamo esperibile: in particolare, se si deve far riferimento a quella specificamente prevista dalla legge fallimentare all'art. 26 l. fall., oppure a quella generica che vale per i procedimenti in camera di consiglio ai sensi dell'art. 739 c.p.c.⁶⁰⁵

Il r.d. 267/1942 prevede la figura del reclamo all'art. 26, che è rubricato “*reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*” e riguarda principalmente la procedura fallimentare.

Com'è evidente, si tratta di uno strumento impugnatorio attivabile contro qualsiasi decreto del giudice delegato e del tribunale.

Legittimato a proporre il reclamo non è soltanto il fallito (debitore) o i creditori, ma chiunque vi abbia interesse.

La disciplina concordataria, quando dispone la reclamabilità di un provvedimento del tribunale, non prevede un'altra norma sul reclamo: perciò si ritiene che la norma applicabile sia l'art. 26 l. fall.⁶⁰⁶

In giurisprudenza: App. di Napoli, 11 giugno 2010, in www.osservatorio-oci.org; Trib. di Ancona, 14 ottobre 2013, in www.unijuris.it.

⁶⁰⁴ Cfr. M. Montanari, *Questioni in tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo – sul regime impugnatorio della revoca dell'ammissione al concordato preventivo non seguita da dichiarazione di fallimento.*, in Fall., 2011, 3, p. 338 ss, secondo cui “la mancata concessione di un rimedio impugnatorio *ad hoc* contro la pronuncia decretante l'inammissibilità del concordato può essere compensata dalla libera riproponibilità della domanda che ne è alla radice in quanto, e solamente in quanto, nessun effettivo pregiudizio ne può derivare alle invocate ragioni della celerità della procedura. Ed invero, trattandosi di provvedimento emesso in limine della medesima, a monte, anzi, della sua formale

apertura, nulla, sostanzialmente, cambierebbe a quei fini, ossia ai fini della più o meno tempestiva realizzazione dell'obbiettivo, perseguito dalla parte istante, della sistemazione in via convenzionale del suo stato di dissesto finanziario, laddove essa parte, anziché costretta a ricominciare tutto daccapo, fosse abilitata a dolersi degli errori che inficiano il provvedimento in questione per il tramite di un apposito strumento di gravame. Questo non è più a dirsi, però, spostando il discorso sul terreno della revoca dell'ammissione di cui all'art. 173 l.fall. Qui non abbiamo più a che fare con un provvedimento che viene necessariamente a collocarsi nelle battute d'avvio del procedimento di concordato, potendo esso sopravvenire, come recita la norma appena citata (terzo comma), «in qualunque momento», ergo [...] anche quando la procedura abbia visto ultimata la fase di approvazione della proposta da parte dei creditori e sia pervenuta al successivo snodo del giudizio di omologazione”.

⁶⁰⁵ Ritengono che il decreto di revoca sia reclamabile ai sensi dell'art. 26: M. Fabiani, G. B. Nardecchia, *Formulario commentato della legge fallimentare*, II ed., cit., p. 1639 ss; F. S. Filocamo, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, cit., p. 2317 ss.

Invece, i sostenitori del reclamo *ex art. 739 c.p.c.* sono: S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 70 ss; G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, cit., p. 1700 ss; P. G. Demarchi, *I provvedimenti immediati*, in S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M.Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, cit.; P. Brenca, *Osservazioni a margine dei poteri del Tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo.*, in D.F., 2011, 3-4, p. 259 ss; R. Fava, *Nuovi orientamenti in tema di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo: i poteri del Commissario giudiziale e il regime di impugnazione del provvedimento*, cit., p. 204 ss.

⁶⁰⁶ D'altronde, l'art. 164 rinvia all'art. 26 per quanto riguarda la reclamabilità dei decreti del giudice delegato.

Non ogni provvedimento emesso dal tribunale nel corso del procedimento di concordato preventivo è reclamabile:

- l'art. 162, comma 2, prevede che il decreto di inammissibilità del concordato preventivo non è soggetto a reclamo.
- lo stesso vale per l'art. 163, comma 1, in merito al decreto con cui il tribunale dichiara aperta la procedura;
- l'art. 179, comma 1, rinvia all'art. 162, comma 2: in caso di mancata approvazione del concordato, il tribunale emette un decreto di inammissibilità e quindi contro tale decreto non si può proporre reclamo.
- l'art. 183, invece, prevede la reclamabilità del decreto di omologa sia singolarmente che insieme alla *“sentenza dichiarativa di fallimento contestualmente emessa a norma dell'art. 180, settimo comma”*.

“Si deve concludere che la reclamabilità è prevista soltanto all'esito del giudizio di omologazione, e non nel caso in cui il procedimento si interrompa al suo inizio o nel suo corso”.⁶⁰⁷

Dunque neanche il decreto di revoca sarebbe reclamabile.

In ogni caso, la Suprema Corte⁶⁰⁸ ha fugato ogni dubbio interpretativo, stabilendo che il decreto di revoca non è reclamabile e gli eventuali vizi dello stesso possono farsi valere soltanto impugnando la contestuale sentenza di fallimento.

⁶⁰⁷ Così R. Fava, *Nuovi orientamenti in tema di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo: i poteri del Commissario giudiziale e il regime di impugnazione del provvedimento*, in D. F., 2015, 2, p. 215, nel commentare Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, ma si discosta dalla lettura della Cassazione, ritenendo che il decreto di revoca sia reclamabile a norma dell'art. 739 c.p.c.

⁶⁰⁸ Cass. Civ., sez I, 8 maggio 2014, n. 9998, cit.

CONCLUSIONE

Dovendo trarre delle conclusioni in merito al tema di cui si è trattato finora, non può non farsi riferimento anche allo Schema di disegno di legge delega della “Commissione Rordorf”, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta dello scorso 10 febbraio.

È stato detto che tale disegno di legge si pone nel solco dell'intervento riformista inaugurato con il d.l. n. 83 del 2015 al precipuo scopo di evitare che un'impresa in crisi possa trascinare con sé altre imprese: *“affrontare tempestivamente i casi di crisi aziendale consente di limitare le perdite del tessuto economico, sia nella dimensione strettamente imprenditoriale sia sul piano finanziario, o di risanare l'azienda, con benefici sul piano occupazione e più in generale tutelando il tessuto economico contiguo”*.

Tuttavia, *“con il disegno di legge delega, che consolida gli approdi dell'intervento del Governo dell'agosto 2015, la prospettiva riformatrice si evolve: si lascia la strada dell'intervento puntuale e urgente per delineare un disegno organico di riforma del diritto dell'insolvenza”*.⁶⁰⁹

Quindi l'obiettivo è quello di intervenire con una riforma che disciplini in maniera organica il diritto della crisi d'impresa.

Le novità sono molteplici: tra queste, balza immediatamente all'occhio l'introduzione della liquidazione giudiziale (dei beni) che andrà a sostituire la procedura fallimentare e anche il concordato preventivo liquidativo.

Volendosi soffermare su quanto interessa direttamente il tema in esame, si rileva che il concordato liquidatorio scompare quasi del tutto, ad eccezione del caso in cui la proposta preveda *“l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori”*⁶¹⁰.

Invece, il concordato in continuità aziendale (diretta o indiretta) continua ad essere connotato da quel *favor* già emerso dalla riforma dello scorso agosto, in un'ottica di conservazione del patrimonio aziendale e di ristrutturazione dell'attività d'impresa.

Infine, si segnala la possibilità per i terzi di presentare domanda di concordato preventivo, finora appannaggio del solo debitore.

⁶⁰⁹ È quanto si legge nel “Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n.103” dell'11 febbraio 2016.

⁶¹⁰ Si veda l'art. 6 dello Schema di disegno di legge delega recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia, con decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni).

Oltre a queste novità, altre integrazioni della disciplina concordataria deriveranno dai decreti legislativi di attuazione della legge di delega, che daranno un'idea più chiara di come si intende concepire oggi l'istituto concordatario (si veda l'art. 6 dello Schema di disegno di legge delega).

Quello che finora si intuisce è che il concordato preventivo viene visto come uno strumento funzionale alla prosecuzione dell'attività d'impresa, attraverso una continuità diretta o indiretta: si possono ammettere perciò soltanto concordati in continuità aziendale.

In alternativa, i creditori potrebbero soddisfarsi attraverso la liquidazione giudiziale (ex fallimento), che, a detta della "Commissione Rordorf", è in grado di garantire quanto un concordato preventivo liquidativo.

Inoltre, si dà ulteriore spazio alla concorrenza, prevedendo la possibilità che i terzi (non soltanto i creditori) possano presentare domanda di concordato preventivo: è già stato detto, come per le proposte concorrenti introdotte dalla l. 132/2015, che questo violerebbe l'art. 41 e l'art. 42 della Cost.

Detto ciò, l'art. 173, come si è visto, pone svariati problemi interpretativi che si è voluto risolvere proponendo una visione dell'istituto concordatario prevalentemente privatistica, ma che non perde di vista il fatto che il concordato preventivo è una procedura giudiziale.

A differenza dell'accordo di ristrutturazione, infatti, il concordato preventivo si apre con un ricorso al tribunale e in secondo momento prosegue con la ricerca dell'accordo con la maggioranza dei creditori ammessi al voto.

Si è anche visto che il debitore, ancora oggi, conserva un'autonomia piuttosto ampia nella predisposizione della proposta e del piano, sebbene con degli obblighi informativi più stringenti e l'obbligatoria prospettazione del pagamento almeno del 20% ai creditori chirografi in caso di concordato liquidatorio.

Quindi, ancora oggi, nel vigore del r.d. 267/1942, il concordato preventivo è un istituto prevalentemente gestito dall'autonomia privata, dal debitore che fa una proposta e dai creditori che possono scegliere di approvarla o anche di presentare proposte concorrenti.

Il tutto si svolge, però, sotto l'occhio vigile del tribunale e in particolare del commissario giudiziale, il cui ruolo esce rafforzato dalla riforma del d.l. 83/2015 convertito in l. 132/2015.

L'art. 173 è una norma-chiave di quel controllo che il tribunale esercita e deve esercitare su una procedura pubblica, la quale ha lo scopo di favorire il debitore, che in questo modo può “salvarsi” dal fallimento e ottenere l'esdebitazione, e di avvantaggiare i creditori, che possono essere soddisfatti in qualche misura e, se il concordato è in continuità, possono continuare a collaborare con l'imprenditore.

Come si diceva in apertura di questo lavoro di tesi, il concordato preventivo è visto ancora oggi come un “beneficio”, perciò le parti private, in particolare il debitore, devono dimostrare di meritarselo⁶¹¹.

La “meritevolezza” è intesa oggi come buona fede del debitore nelle “trattative” concordatarie e rispetto delle regole procedurali.

Perciò si è intitolato questo lavoro: “Art. 173 l. f.: la spia della legalità”.

Qualora dovessero verificarsi le condizioni previste dalla norma, il commissario giudiziale e il tribunale interverrebbero per bloccare quello che si tramuterebbe nell'abuso di uno strumento previsto dalla legge per dare una seconda possibilità all'imprenditore che si fosse venuto a trovare in difficoltà per le più svariate ragioni.

Non rileva più la condotta dell'imprenditore, il perché l'impresa sia arrivata al punto di rischiare il fallimento (questo semmai potrà incidere sul voto dei creditori): quel che conta è che il debitore accortosi di essere in crisi o anche di essere già insolvente, voglia davvero soddisfare i creditori, mettendo a loro disposizione tutto il suo patrimonio, o proponendo un accordo che gli consenta di salvare il complesso produttivo dell'azienda onde proseguire la sua attività di impresa, in collaborazione con i creditori medesimi.

Qualsiasi condotta che devii dall'obiettivo della risoluzione della crisi mediante il soddisfacimento dei creditori, cioè dalla causa concreta del concordato preventivo, è perseguibile ai sensi dell'art. 173 e determina l'arresto della procedura, con la conseguente possibilità di dichiarare il fallimento del debitore, qualora siano state presentate richieste in tal senso.

⁶¹¹ Cfr. A. Zuliani, *Appunti sulla revoca del concordato: meritevolezza e convenienza tra totem e tabù*, 2015, in *Fallimenti e società.it*, il quale parla di “nuova meritevolezza” nel concordato preventivo, i cui requisiti sono: “schiettezza (trasparenza nell'informare i creditori) e rigare diritto (rigoroso rispetto delle norme processuali che limitano l'autonomia negoziale dell'imprenditore che ha chiesto il concordato). Con la violazione di una di queste regole di comportamento viene meno la regolarità del procedimento che dovrebbe portare al perfezionamento dell'“accordo” tra debitore e creditori e, quindi, è normale che il giudice – garante di quella regolarità formale – debba bloccare il procedimento senza che giunga ad un “accordo viziato”.

Si ritiene che anche in futuro l'art. 173 continuerà a svolgere questa funzione di garanzia della legalità della procedura (compresa la tutela del “miglior interesse dei creditori”), anche soltanto nell'ambito del concordato in continuità, la cui disciplina, come si è visto, prevede anche un'ulteriore caso di revoca, quando l'attività d'impresa cessi o risulti manifestamente dannosa per i creditori (art. 186-*bis*, ultimo comma).

Tuttavia, come in parte auspicato anche dallo Schema di disegno di legge delega della “Commissione Rordorf”, bisogna intervenire per un “*riordino della disciplina della revoca [...]*”⁶¹². E prim'ancora il legislatore dovrebbe chiarire, sulla scia della giurisprudenza di legittimità, i poteri del tribunale con riguardo alla valutazione della fattibilità del piano⁶¹³, prendendo una decisione netta.

In questo modo, sarà più agevole in futuro risolvere quei profili di criticità dell'art. 173 che non possono essere superati per via interpretativa e che tutt'ora costituiscono la causa di sentenze di merito divergenti e talvolta addirittura contrastanti tra loro; infatti, “*rimane la netta sensazione di una altissima discrezionalità – non voluta, ma poco importa – nell'ambito della quale assume un peso preponderante l'opinione del giudice che ne valga o non ne valga la pena*”⁶¹⁴ proseguire la strada concordataria.

⁶¹² Art. 6, n.1, lett. l.

⁶¹³ Si veda l'art. 6, n. 1, lett. f, Schema di disegno di legge delega della “Commissione Rordorf”.

⁶¹⁴ Così A. Zuliani, *Appunti sulla revoca del concordato: meritevolezza e convenienza tra totem e tabù*, 2015, cit.

www.osservatorio-oci.org

BIBLIOGRAFIA

Dottrina:

Abete L., *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n.1521/2013 delle Sezioni Unite.*, in D.F., 2013, 6, p. 867 ss.

Aiello M.M., *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 Il Fallimentarista.

Alessi C., *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del Tribunale.*, in Giur. comm., 2014, 3, p. 443.

Amatore R., *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in D.F., 2012, 2, p. 104 ss.

Amatore R., *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, in Fall., 2014, 12, p. 1324 ss.

Amatore R., *Il contenuto del giudizio di omologazione*, in Giur. merito, 2013, 3, p. 614 ss.

Amatore R., *Giudizio di fattibilità giuridica e di fattibilità economica del piano dopo le Sezioni Unite*, in Il Fallimentarista, 2014.

Amatore R., *Il potere di controllo del Tribunale in sede di ammissione, revoca e omologazione della proposta di concordato preventivo.*, in L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali, di Amatore, Milano, 2015, p. 82.

Ambrosini S., Demarchi P.G., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005.

Ambrosini S., *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e la prerogativa del tribunale*, in La riforma della legge fallimentare, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006.

Ambrosini S., *Gli organi della procedura*, in Fall., 2006, 9.

Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2007.

Ambrosini S., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, Bologna 2008, p 536 ss.

Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino (diretto da), Trattato di diritto commerciale, Padova, 2008, p. 70 ss.

Ambrosini S., *Concordato preventivo, fattibilità del piano e atti di frode*, in Fall, 2011, 8, p. 933.

Ambrosini S., *Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall.*, in il caso.it.

Ambrosini S., *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in Fall. 2011, 8, p. 947 ss.

Ambrosini S., *Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutiva" degli atti in frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione*, in il caso.it.

Ambrosini S., Demarchi P., Vitiello M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009.

Ambrosini S., *La revoca dell'ammissione al concordato*, in Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 311 ss.

Ambrosini S., *L'omologazione del concordato*, in Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 354 ss.

Ambrosini S., Aiello M., *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in il caso.it.

Ambrosini S., *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in il caso.it.

Ambrosini S., *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in il caso.it.

Amedolagine V., *Il controllo del Tribunale sul piano di concordato preventivo: mero riscontro formale dei requisiti o fattibilità del medesimo?*, in Il Corriere del Merito, 2009, 11, p. 1091.

Apice U., *Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale*, in Dir. prat. soc., 2005, 22.

Arato M., *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, in D.F., 2006, 1.

Arlenghi M., *Atti in frode avvenuti prima della presentazione della domanda di concordato preventivo*, in il Fallimentarista, 2013.

Attanasio F., *La revoca del concordato preventivo con cessione dei beni in presenza di atti in frode ai creditori*, in D.F., 2013, 6, p. 20589.

Audino A., *Sub art. 173*, in Commentario breve alla Legge Fallimentare, diretto da A. Maffei Alberti, Padova 2009, p. 998 ss.

Becucci S., *Il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione tra adesione dei creditori e divisione in classi*, in D.F., 2011, 5, p. 468 ss.

Bellè R., *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, in Fall., 2012, 5, p. 511.

Bellè R., *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, in Fall., 2015, 6, p. 645 ss.

Bersani G., *Concordato preventivo: il controllo di “fattibilità giuridica” ed i rapporti con l’attestazione del professionista*, in Il fallimentarista, 2014.

Bersani G., *La valutazione di fattibilità giuridica del concordato preventivo nell’interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla verifica del contenuto dell’attestazione del professionista ex art. 161 l.f.*, in il caso.it.

Bersani G., *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell’ambito del sub procedimento previsto dall’art. 173 l.f.*, in D.F., 2015, 1, p. 41 ss.

Bertacchini E., *I creditori sono gli unici “giudici” della fattibilità della proposta... con il limite dell’abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede.*, in D.F., 2011, 6, p. 615 ss.

Bogoni R., *Commento sub art. 161*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 117 ss.

Bolaffio L., *La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, Verona, 1903.

Bonelli G., *Del fallimento*, I, Milano, 1923.

Bosticco P., *La “resurrezione giurisprudenziale” dell’art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in Fall., 2007, 12, p. 1441 ss.

Bosticco P., *La sottile distinzione tra falsità contabili e veridicità dei dati aziendali ai fini dell’art. 173 l. fall.*, in Il Fallimentarista, 2012.

Bosticco P., *Evoluzione del concordato dopo il decreto Sviluppo*, in Fall., 2014, 6.

Bottai L.A., *Se cessa il concordato preventivo, l’iniziativa passa ai creditori o al pubblico ministero?*, in Fall., 2008, 2.

Bottai L.A., *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua* –nota a Cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3586, e a Tribunale Biella (decr.), 10 febbraio 2011, in Fall., 2011, 7, p. 810 ss.

Bottai L.A., *Commento sub art. 160*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 97 ss.

Bove A., *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità della proposta di concordato preventivo.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 4, p. 509.

Bozza G., *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare.*, in *Fall.*, 2007, 6, p. 684 ss.

Bozza G., *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 2, p. 182 ss.

Bozza G., *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *Fallimenti e Società.it*.

Bozza G., *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *Fallimenti e Società.it*.

Brenca P., *Osservazioni a margine dei poteri del Tribunale in fase di omologa e del reclamo avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo.*, in *D.F.*, 2011, 3-4, p. 259 ss.

Bruno E., *È possibile trasformare il concordato preventivo in fallimento*, in *Diritto e Giustizia*, Giuffrè.

Calandra Buonauro V., *Enc. del diritto annali dal 2007*, voce "Concordato preventivo", Milano, 2008, p. 264 ss.

Calandra Buonauro V., *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato.*, in *Giur. comm.*, 2012, 1.

Canale G., *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma.*, in *Giur. comm.*, 2011, 3.

Carmellino G., *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite.*, in *Esecuzione forzata*, 2013, 2, p. 345 ss.

Casa F., *Natura della correlazione tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo.*, in *Fall.*, 2013, 6.

Casa F., *Gli "atti di frode" e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo. L'architettura dell'art. 173 l. fall. nella lettura della Corte di cassazione: fratture, ricomposizioni, rimedi*, in *Fall.*, 2015, 3.

Cassandro T.E., *I provvedimenti immediati*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, vol. III, Torino, 2011, p. 280 ss.

Cavallini C., *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte.*, in Riv. soc., 2013, 4.

Censoni P.F., *Il concordato preventivo*, a cura di Bonfatti-Censoni, La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, Padova, 2006.

Censoni P.F., *Gli effetti sostanziali del concordato preventivo dopo la riforma del diritto fallimentare.*, in Giur. comm., 2006, 5.

Censoni P.F., *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in A. Jorio – M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, p. 1010 ss.

Censoni P.F., *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in Fall., 2010, 8, p. 987 ss.

Censoni P.F., *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo.*, in Giur. comm., 2013, 3, p. 343 ss.

Censoni P.F., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in il caso.it.

Ciervo G., *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 l. fall. Secondo le Sezioni Unite (n.1521/2013)*, in Giur. comm., 2013, 2, p. 621 ss.

Ciervo G., *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano del concordato preventivo*, in Giur. comm., 2015, 1, p. 58 ss.

Cirrinzione Maria Luisa, *Ancora sui poteri del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in il Fallimentarista, 2012.

Cordopatri F., *Il processo di concordato preventivo.*, in Rivista di diritto processuale, 2014, 2, p. 344 ss.

Costa A., Fanelli A., Tafuro A., *Il ruolo degli organi societari nella procedura di concordato preventivo.*, in Riv. dottori comm., 2013, 2.

D'Alessandro F., *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali.*, in Giust. civ., 2006, 7-8.

D'Ambrosio A., *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli "altri atti di frode" ai sensi dell'art. 173 della legge fallim.*, in D.F., 2012, 2, p. 219 ss.

D'Attorre G., *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in Fall., 2015, 11, p. 1163 ss.

D’Orazio L., *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in La riforma della legge fallimentare a cura di Bonfatti e Falcone, in Quad. giur. com., Milano, 2005, p. 299 ss.

De Crescenzio U., *Il nuovo diritto fallimentare: Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani*, Bologna, 2007, *sub. art. 173*.

De Crescenzio U., *Revoca del concordato preventivo e altre questioni.*, in Fall., 2013, 6, p. 715,

De Leo G.E., *“Remissione in termini” del commissario giudiziale e revoca del concordato.*, in Giur. Ita., 2014, 8-9.

De Santis F., *Legittimazione ad agire del pubblico ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative.*, in Fall., 2010, 4.

De Santis F., *Causa <<in concreto>> della proposta di concordato preventivo e giudizio <<permanente>> di fattibilità del piano*, in Fall., 2013, 3, p. 279 ss.

De Santis F., *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice.*, in Fall., 2013, 9.

De Santis F., *I poteri del giudice nel processo di concordato preventivo.*, in Il processo esecutivo a cura di Capponi, Sassani, Storto, Tiscini, Milano, 2014, p. 1041 ss.

Demarchi P.G., *I provvedimenti immediati*, in S. Ambrosini - P.G. Demarchi - M.Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009.

Di Majo A., *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*, in Il Corriere giuridico, 2012, 2, p. 225 ss.

Di Majo A., *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in Fall., 2013, 3, p. 291 ss.

Di Martino M. C., *Alcune questioni in tema di limiti all’autonomia privata nella predisposizione del piano concordatario: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati.*, in Banca borsa tit. cred., 2012, 1.

Di Peio F., *Le ipotesi d’insuccesso dell’iniziativa concordataria e relative conseguenze*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, a cura di AA.VV. (A. Aglani, M. Cimetti, G. Fauta, et al.), Milano 2013, p. 657 ss.

Didone A., *Note minime sull’art. 173 l. fall.*, in Giust. civ., 2008, 9, p. 2035 ss.

Didone A., *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo.*, in D.F., 2013, 1, p. 1 ss.

Esposito A., *Il commissario giudiziale*, in Fauceglia-Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, p. 1666.

Esposito C., *Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*. Commento per articoli, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino 2014, p. 252 ss.

Fabiani M., Nardecchia G.B., *Formulario commentato della legge fallimentare*, II ed., Milano, 2007.

Fabiani M., *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 9, p. 1098 ss.

Fabiani M., *L'ennesima riforma della legge fallimentare.*, in *Fall.*, 2010, 8.

Fabiani M., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 2, p. 172 ss.

Fabiani M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 2, p. 156 ss.

Fabiani M., *Concordato preventivo*, in *Commentario al c.c. e codici allegati*, diretto da Scialoja e Brenca, II, Bologna, 2014.

Fabiani M., *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione.*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, 3.

Fabiani M., *Rapporti fra fallimento e concordato preventivo – Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato.*, in *Fall.*, 2014, 6.

Fabiani M., *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in *il caso.it*.

Fabiani M., *Dalla meritevolezza al rapporto dialogico fra frode e responsabilità nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 8-9, p. 953 ss.

Fabiani M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, 2015, in *il caso.it*.

Farina M., *Su alcune questioni in tema di concordato preventivo.*, in *Giust. civ.*, 2007, 5.

Fauceglia G., *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, vol. III, Torino, 2009, p. 1700 ss.

Fauceglia G., *Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo*, nota a App. Roma, 18 settembre 2010, in D.F., 2011, 1, p. 18 ss.

Fauceglia G., *La Cassazione e il concordato preventivo.*, in Giur. Ita., 2013, 12, p. 2538 ss.

Fava R., *Nuovi orientamenti in tema di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo: i poteri del Commissario giudiziale e il regime di impugnazione del provvedimento*, in D. F., 2015, 2, p. 204 ss.

Ferro M., *sub art. 163*, in Ferro (diretto da), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, p. 1229 ss.

Ferro M., *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, p. 1029 ss.

Ferro M., *Revoca dell'ammissione del concordato preventivo: fattibilità della cessio honorum e atti di frode.*, in Fall., 2011, 8.

Ferro M., *Revoca e atti in frode: necessario il dolo.*, in Fall., 2011, 10.

Ferro M., *Divieto di conversione d'ufficio in fallimento per gli atti di frode sin dal d.lgs. n. 5/2006.*, in Fall., 2012, 6.

Ferro M., *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva).*, in Fall., 2013, 9.

Ferro M., *Revoca dell'ammissione per atti di frode e atti rilevanti nella proposta ai creditori.*, in Fall., 2013, 12.

Ferro M., Bastia P., Nonno G. M., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano 2013.

Ferro M., *Revoca del concordato per atti di frode e dichiarazione di fallimento su domanda non ribadita dal creditore.*, in Fall., 2014, 6.

Ferro M., *Rigetto dell'omologazione del concordato e atti di frode.*, in Fall., 2014, 7.

Ferro M., *Revoca dell'ammissione al concordato preventivo per atti di frode e ammissibilità immediata dell'istanza di fallimento.*, in Fall., 2014, 11.

Filocamo F.S., *Dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 1296.

Filocamo F.S., *L'art. 173 primo comma l. fall. nel "sistema" del nuovo concordato preventivo*, in Fall. 2009, 12, p. 1467 ss.

Filocamo F.S., *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo.*, in *Fall.*, 2010, 12, p. 1452 ss.

Filocamo F.S., in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 173*, Padova, 2011, p. 1955 ss.

Filocamo F.S., *Sub art. 175*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, Padova, 2011, p. 1989 ss.

Filocamo F.S., in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, *sub art. 180*, Padova, 2011, p. 2041 ss.

Filocamo F.S., *L'esattezza della proposta di concordato preventivo.*, in *Fall.*, 2012, 11.

Frascaroli Santi E., *Limiti di modificabilità della proposta di concordato preventivo, variazione delle classi di creditori e soci finanziatori postergati*, in *Fall.*, 2013, 7, p. 887 ss.

Furno M., *Atto eccedente l'ordinaria amministrazione ed atto in frode nel concordato: spunti e riflessioni*, in *Il Fallimentarista*, 2014.

Gaboardi M., *sub art. 173*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, vol. III, Milano, 2010, p. 652 ss.

Galanti L., *Scritture contabili, dissimulazione dell'attivo e limiti al sindacato giudiziale nella revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo.*, in *D.F.*, 2014, 5, p. 20419.

Galletti D., *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, 6, p. 906 ss.

Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2009, 4, p. 730 ss.

Galletti D., *Una riflessione sulla revoca dell'ammissione del concordato: la rinuncia alla proposta con "nuova domanda" dopo l'atto in frode*, in *il Fallimentarista*.

Galletti D., *I poteri e le funzioni del Commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in *il Fallimentarista*.

Galletti D., *È ancora attuale dopo la riforma "d'urgenza" il Tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?*, in *il Fallimentarista*.

Galletti D., *Speciale Decreto n. 83/2015 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *il Fallimentarista*.

Giani S., *Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*.

Genoviva P., *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, in *Fall.*, 2008, 6, p. 682.

Genoviva P., *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 10, p. 1222 ss.

Giordano A., *"Giusto" processo fallimentare e garantismo processuale.*, in *D.F.*, 2013, 3-4.

Goretti P.S., *La valutazione di opportunità del Tribunale sull'ammissione al concordato preventivo in presenza di atti in frode ai creditori*, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 1.

Griffey M., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, p. 527.

Griffini D., *Atti di frode e parziale reintroduzione, in via pretoria, del giudizio di meritevolezza.*, in *Giurisprudenza italiana*, Gennaio 2015.

Grossi M., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005.

Guerrieri G., *Il controllo giudiziale sui piani attestati.*, in *Giur. comm.*, 2012, 3.

Guglielmucci L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005.

Iannello B., *Il nuovo diritto fallimentare. Guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006.

Ivone G., *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, *D.F.*, 2011, 2, p. 129 ss.

Jorio A., *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973.

Jorio A., *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole.*, in *Giur. comm.*, 2013, 4.

La Croce G., *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Fall.*, 2015, 3, p. 304 ss.

Lagonigro G., *Problematiche in merito alla fase di ammissione al concordato preventivo*, in *D.F.*, 2010, 1, p. 95.

Lamanna F., *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*.

Lamanna F., *L'indeterminismo creativo delle sezioni unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, in *il Fallimentarista*.

Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in *il Fallimentarista*.

Lamanna F., *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015.

Lamanna F., *La rinuncia alla domanda di concordato*, 2016, in *il Fallimentarista*.

Lazzara M.M., *La dichiarazione di fallimento «conseguente» a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, in *D.F.*, 2014, 2.

Leozappa A.M., *Concordato preventivo: fattibilità giuridica e modifiche organizzative*, in *Fall.*, 2015, 8-9, p. 881.

Liccardo P., *Commento all'art. 173 l. fall.*, in Nigro-Sandulli-Santoro, *La legge fallimentare dopo la riforma*, vol. III, Torino 2010, 2168 ss.

Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2011.

Lo Cascio G., *Il nuovo concordato preventivo e altri filoni giurisprudenziali.*, in *Fall.*, 2006, 5.

Lo Cascio G., *Il nuovo concordato preventivo: uno sguardo d'insieme.*, in *Fall.*, 2006, 9.

Lo Cascio G., *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi.*, in *Fall.*, 2012, 1.

Lo Cascio G., *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo.*, in *Fall.*, 2012, 8.

Lo Cascio G., *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, 5.

Lombardi G., Beltrami P.D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di una crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2011, 5.

Maffei Alberti A., *Sub art. 180*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 1030 ss.

Maffei Alberti A., *Sub art. 186-bis*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1330 ss.

Maioli Castriota Scanderbech M.L., *L'irrelevanza della natura giuridica del concordato preventivo in relazione al controllo dell'autorità giudiziaria.*, in *Giur. Comm.*, 2012, 5.

Majo A., *Fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*, in *Corriere Giuridico*, 2012, 2.

Mandrioli L., *Il concordato preventivo*, in *La legge organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti-L. Panzani, Milano 2008.

Marinoni R., Nisivoccia N, Santoriello C., *Decreto giustizia. Le novità in materia fallimentare*, Milano Assago, 2015.

Mascarello C., *L'omologazione del concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, p. 342-343.

Mazza P., *Concordato preventivo: le modifiche a tutela dei creditori.*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 2013, 28.

Miccio F., *Appunti in tema di poteri del tribunale nelle fasi di ammissione e di omologazione del concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e del fallimento*, a cura di F. Di Marzio, Torino. 2006, p. 367 ss.

Michelotti F., *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 8, p. 964.

Minutoli G., *Sub art. 18*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 247 ss.

Montanari M., *Questioni in tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo – sul regime impugnatorio della revoca dell'ammissione al concordato preventivo non seguita da dichiarazione di fallimento.*, in *Fall.*, 2011, 3, p. 338 ss.

Montanari M., *Concordato preventivo e istruttoria prefallimentare tra “pregiudizialità” e “coordinamento delle procedure”*: una trasformazione soltanto apparente., in *D.F.*, 2014, 2.

Morgante A., *Sulla reclamabilità dei provvedimenti tutori resi dal Tribunale nel concordato preventivo – Il commento.*, in *Le Società*, 2014, 10.

Munari A., *Ammissibilità dell'imprenditore al concordato preventivo e giudizio di meritevolezza.*, in *Giur. comm.*, 1998, 1.

Nardecchia G.B., *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo.*, in *Giur. comm.*, 2011, 1.

Nardecchia G.B., *L'art 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in *il caso.it*.

Nardecchia G.B., *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *D.F.*, 2013, 2, p. 185 ss.

Nardecchia G.B., Ranalli R., *Sub. art 186-bis*, in Codice commentato del fallimento, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013, p. 2313 ss.

Nardecchia G.B., *Le novità del decreto Destinazione Italia – Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo.*, in Fall., 2014, 4.

Nardecchia G.B., *Le modifiche alla proposta di concordato*, 2015, in il caso.it.

Negro E. M., *Le proposte concorrenti, rinuncia alla domanda e revoca della proposta di concordato preventivo*, in il caso.it.

Nieddu Arrica F., *Il sindacato del Tribunale in sede di revoca dell'ammissione a concordato preventivo*, in Giur. Comm, 2014, 4.

Nigro A., Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009.

Nisivoccia N., *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in Giur. comm., 2009, 2, p. 101 ss.

Nonno G. M., D'Amora R., *Revoca della proposta*, in Ferro-Ruggero-Di Carlo, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009, p. 42 ss.

Nonno G. M., *La concorrenza nel concordato preventivo: proposte competitive*, 2015, in Il Quotidiano Giuririco Wolters Kluwer.

Norelli E., *La proposta di concordato*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "L'insolvenza dell'imprenditore e le procedure alternative al fallimento" (Roma, 5/7 novembre 2008), in www3.unisi.it, 2008, p. 43 ss.

S. Pacchi Pesucci, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, p. 23 e ss.

Pacchi S., *Gli organi della procedura e l'omologazione. La risoluzione e l'annullamento. La chiusura del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, p. 147, 157 e 237.

Pacchi S., D'Orazio L., Coppola A., *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, vol. II, Torino, 2009.

Pacchi S., *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del Tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in D.F., 2011, 2, p. 95 ss.

Pacchi S., *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giustizia Civile*, 2015, 4, p. 789 ss.

Pacileo F., *“Consecutio” tra fallimento e concordato preventivo: dal giudice al legislatore.*, in D.F., 2013, 3-4.

Padellaro M., *Commento all’art. 173*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, vol. II, p. 1050 ss.

Pagni I., *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in Fall., 2013, 3, p. 286 ss.

Pagni I., *Del controllo del Tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 Gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, in *Il corriere giuridico*, 2013, 5.

Pagni I., *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell’istruttoria fallimentare.*, in Fall., 2013, 9.

Pagni I., *Autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale: la fattibilità del piano nell’omologazione del concordato preventivo*, in *Il diritto dell’impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, 2014, p. 181 ss.

Paluchowsky A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 857.

Panzani L., *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato.*, in *Le Società*, 2013, 5, p. 565 ss.

Passarelli G., *Questioni controverse in tema di reclamo ex art. 18 l.f.*, in *personaedanno.it*.

Patti A., *Il sindacato del tribunale in fase di ammissione al concordato preventivo*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d’impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 320 ss.

Patti A., *Il giudice nella crisi di impresa: le ragioni di una presenza*, in Fall., 2011, 3, p. 261.

Patti A., *Esclusione della sindacabilità dal Tribunale della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in Fall., 2012, 1, p. 36.

Pazzi. A., *L’infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali.*, in Fall., 2015, 1.

Pellegrinelli P., *Gli aspetti processuali degli atti autorizzabili dal Tribunale nel concordato preventivo.*, in D.F., 2014, 5.

Penta. A., *Il controllo del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell’attività d’impresa.*, in Fall, 2008, 1.

Penta A., *La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo e la risoluzione del concordato.*, in Trattato delle procedure concorsuali, a cura di Ghia, Piccininni e Severini, Milano, 2011, vol. 4, p. 581 e ss.

Penta A., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in Fall, 2010, 7, p. 857 ss.

Penta A., *La revoca del concordato preventivo.*, in Fall., 2011, 6.

Penta A., *La sottile linea di demarcazione tra le valutazioni di convenienza del ceto creditorio ed il giudizio di fattibilità del tribunale*, in Fall., 2013, 4, p. 452 ss.

Penta A., *L'abuso dello strumento concordatario*, in D.F., 2014, 1.

Penta A., *I poteri del tribunale in sede di omologazione – alla ricerca del punto di equilibrio tra la tutela dei creditori e la salvaguardia del debitore fallito.*, in Fall., 2014, 7.

Penta A., *Le condotte distrattive poste in essere prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato*, in Fall., 2014, 12, p. 1264 ss.

Penta A., *I rapporti tra il concordato ammesso e l'istruttoria prefallimentare: molto rumore per nulla.*, in D.F., 2015, 1.

Perrino M., in codice commentato del fallimento, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, *sub art. 173*, p. 1533 ss.

Pezzano A., *Commento sub art. 185*, in La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015, Torino, 2015, p. 319 ss.

Piccinini V., *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, in D.F., 2008, 6, p. 551 ss.

Pirani P., *Una nuova pronuncia della Suprema Corte in materia di fattibilità economica del piano concordatario: tra certezze e profili problematici.*, in D.F., 2014, 3-4.

Pirozzi A., Ruggiero V., *Relazioni dei commissari giudiziari ex art. 173 l.f.*, in ugdcsa.it.

Quattraro B., *Riforma del fallimento – Il concordato preventivo*, in Guida al diritto, 2006, p. 103 ss.

Racugno G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano.*, in Giur. comm., 2009, 5.

Ranieli M., *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a preconcordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti di frode – nota a Tribunale di Parma, 2 ottobre 2012*, in il Fallimentarista.

Ratti M., *Commento sub art. 165*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 185 ss.

Ricciardiello R., *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*, 2014.

Romualdi L., *La revoca all'ammissione al concordato preventivo per il compimento di atti di straordinaria amministrazione non autorizzati nelle more della domanda prenotativa.*, in *D.F.*, 2014, 6, p. 20670.

Ronco S., *Condizioni di ammissibilità del concordato preventivo e sindacato del giudice*, in *Il Fallimentarista*, 2012.

Ronco S., *Il giudizio di meritevolezza nella revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*, 2013.

Roppo V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *D.F.*, 2008, 1, p. 364 ss.

Rossi A., *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *il caso.it*.

Russo M.A., *Atti in frode, rilevanza ai fini della revoca del concordato nella visione "orientata" della Cassazione*, commento a Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, in *Il Fallimentarista*.

Salvato L., *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario.*, in *D.F.*, 2012, 4.

Santoni G., *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 5.

Schiano di Pepe G., *E' possibile "rifondare" l'art. 173 legge fallimentare?*, in *D.F.*, 2008, 5, p. 451 ss.

Schiano di Pepe G., *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo.*, in *D.F.*, 2010, 3-4, p. 304 ss.

Spadaro M., *Sequenza di proposte di concordato preventivo del debitore e diritto al contraddittorio nel procedimento di ammissione*, in *Fall*, 2015, 4.

Spadaro M., *Commento sub art. 172*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*, Torino, 2015, p. 239 ss.

Tedoldi A., *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 3, p. 647 ss.

Tedoldi A., *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano ex art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: ovvero, la Cassazione e il Cigno Nero*, in il caso.it.

Terenghi M., *Effetti delle modifiche della proposta concordataria sull'attestazione e sul sindacato giurisdizionale di ammissibilità*, in Il Fallimentarista, 2012.

Travaglino G., *La "fattibilità" del concordato preventivo.*, in Il Corriere del Merito, 2013, 4, p. 403 ss.

Traversa P.G., *"Pivatizzazione dell'interesse e ruolo dell'autorità giudiziaria"*, in Giur. Merito, 2009, 1.

Trentini C., *Concordato preventivo, incarico professionale ed autorizzazione.*, in Fall., 2012, 3.

Trentini C., *Fattibilità economica del piano e controllo del tribunale dopo l'approvazione: la Cassazione ribadisce che il controllo spetta ai creditori*, in Fall, 2015, 2, p. 167.

Vacchiano M., *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in Fall., 2011, 1, p. 70 ss.

Vacchiano M., *Modifica e rinuncia della proposta di concordato preventivo*, in Fall., 2016, 1, p. 38 ss.

Varotti L., *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare- terza parte -*, in il caso.it.

Vecchione L., *Sull'indagine del carattere doloso degli "altri atti in frode" nel procedimento di revoca dell'ammissione al concordato preventivo ex art. 173 legge fallim.*, in D.F., 2012, 3/4.

Vecchione L., *La causa concreta nel concordato preventivo – nota a Tribunale di Arezzo, 12 novembre 2013*, in D.F., 2015, 1, p. 159 ss.

Vecchione L., *La veridicità dei dati aziendali come presupposto informativo per le valutazioni riservate ai creditori*, in D.F., 2015, 3-4, p. 20408.

Vella P., *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, in www.osservatorio-oci.org, 2012.

Vella P., *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la l. 134/12)*, in il caso.it.

Vella P., *La giurisprudenza della Cassazione sul controllo di fattibilità del concordato preventivo dopo le Sezioni Unite del 2013*, in il caso.it.

Vella P., *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezioni unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Fall.*, 2015, 4, p. 438 ss.

Visaggio G., *Sugli atti di frode ex art. 173 l. fall., ovvero: tra autonomia privata ed eterotutela degli interessi dei creditori nel concordato preventivo.*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. II, Bari, Carucci Editore, 2011.

Vitiello M., *Il problema dei limiti del controllo del tribunale sulla fattibilità del piano come risolto dalle Sezioni Unite*, in *Il Fallimentarista*.

Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, Torino, 2010.

Zanichelli V., *Sindacato del Tribunale sui tempi di esecuzione del concordato preventivo.*, in *Fall.*, 2015, 7.

Zanichelli V., *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, 2015, in *il caso.it*.

Zuliani A., *Appunti sulla revoca del concordato: meritevolezza e convenienza tra totem e tabù*, 2015, in *Fallimenti e società.it*.

Giurisprudenza:

Di legittimità:

Cass. Civ., 18 dicembre 1952, n. 3243, in *D.F.*, 1953, 2, p. 131.

Cass. Civ., sez. un., 7 dicembre 2006, n. 26181, in *Foro it.*, 2007, 4, p. 1172 ss.

Cass. Civ., sez. I, 12 agosto 2009, n. 18236, in *ipsoa.it*

Cass. Civ., sez. I, 14 ottobre 2009, 21834, in *il caso.it*.

Cass. Civ., sez. I, 28 maggio 2010, n. 13086, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 6 agosto 2010, n. 18437, in *il caso.it*.

Cass. Civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274, in *il caso.it*.

Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13817, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, 13817, con nota di S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in Fall., 2011, 8, p. 933 ss.

Cass. Civ., sez. I, 23 giugno 2011, n. 13818, in il caso.it.

Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2011, n. 17038, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864, in il Fallimentarista.

Cass. Civ., sez. I, 16 settembre 2011, n. 18987, in il caso.it.

Cass. Civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 9 maggio 2013, n. 11014, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 25 settembre 2013, n. 21901, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970, in il caso.it.

Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2014, n. 3543, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 21 febbraio 2014, n. 4183, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 18 aprile 2014, n. 9050, in il caso.it.

Cass. Civ., sez. I, 30 aprile 2014, n. 9541, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 8 maggio 2014, n. 9998, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2014, n. 10778, in il caso.it.

Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 2014, n. 11423, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 23 maggio 2014, n. 11497, in il caso.it.

Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 2014, n. 12533, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 2014, n. 12549, in il caso.it

Cass. Civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, in Fallimenti e Società.it.

Cass. Civ., sez. I, 4 luglio 2014, n. 15345, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., 29 luglio 2014, n. 17191, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 17 ottobre 2014, n. 22045, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 14 gennaio 2015, n. 495, in Fall., 2015, 4 p. 428 ss.

Cass. Civ., sezioni unite, 15 maggio 2015, n. 9935, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass. Civ., sez. I, 29 gennaio 2015, n. 1726, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Cass., S.U., 10 febbraio 2015, n. 9935, in Fallimenti e Società.it.

Cass. Civ., Sez. I, 13 marzo 2015, n. 5107, in il caso.it.

Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 8575, in Fallimenti e Società.it.

Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, in il caso.it.

Di merito:

Trib. di Ancona, 14 ottobre 2013, in www.unijuris.it.

Trib. di Arezzo, 2 dicembre 2014, con nota di L. Campione, in *il Fallimentarista*.

Trib. di Arezzo, 19 dicembre 2014, n. 2260, in il caso.it.

Trib. di Bari, 7 aprile 2010, in Giurisprudenza, Giuffrè.

Trib. di Bari, 9 giugno 2010, in *Fall*, 2010, p. 1216.

Trib. di Bergamo, 9 ottobre 2014, in il caso.it.

Trib. di Bolzano, 30 aprile 2015, in Fallimenti e Società.it.

Trib. di Catania, 18 marzo 2013, in il caso.it

Trib. di Forlì, 13 maggio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, p. 766 ss.

Trib. di Latina, 10 dicembre 2009, in il caso.it.

Trib. di Latina, 30 luglio 2012, in il caso.it.

Trib. di Locri, 18 dicembre 2013, in il caso.it

Trib. di Mantova, 22 giugno 2011, in il caso.it.

Trib. di Mantova, 12 luglio 2012, in il caso.it.

Trib. di Mantova, 7 marzo 2013, in il caso.it.

Trib. di Marsala, 30 luglio 2013, in il caso.it.

Trib. di Messina, 30 gennaio 2013, in *il Fallimentarista*.

Trib. di Milano, 24 aprile 2007, in *Fall.*, 2007, p. 1441.

Trib. di Milano, 20 luglio 2007, in D.F, 2008, p. 451.

Trib. di Milano, 19 luglio 2007, in il caso.it.

Trib. di Milano, 25 ottobre 2007, n. 1067, in il caso.it.

Trib. di Milano 28 aprile 2008, in il caso.it.

Trib. di Milano, 28 aprile 2011, in il caso.it.

Trib. di Milano, 24 novembre 2011, in Fall., 2012, p 236.

Trib. di Milano, 24 ottobre 2012, in il Fallimentarista.

Trib. di Modena, 14 ottobre 2005, in www.ipsoa.it

Trib. di Modena, 20 ottobre 2006, in www.fondazioneforense.it (in Fall., 2007, p. 220).

Trib. di Mondovì, 17 dicembre 2008, in il caso.it.

Trib. di Monza, 16 ottobre 2005, in Fall., 2006, p. 62.

Trib. di Monza, 2 novembre 2011, in il caso.it.

Trib. di Monza, 25 novembre 2011, in il caso.it.

Trib. di Napoli, 4 dicembre 2012, in il caso.it.

Trib. di Novara, 7 marzo 2013, in il caso.it.

Trib. di Padova, 30 maggio 2013, in il caso.it.

Trib. di Parma, 2 ottobre 2012, in il caso.it.

Trib. di Piacenza, 4 dicembre 2008, in il caso.it.

Trib. di Pordenone, 30 ottobre 2015, in il caso.it.

Trib. di Prato, 6 ottobre 2010, in Fall., 2011, 2, p. 120.

Trib. di Reggio Emilia, 9 agosto 2013, in il caso.it.

Trib. di Rovigo, 8 luglio 2014, in unijuris.it.

Trib. di Siracusa, 20 dicembre 2012, in il caso.it.

Trib. di Sulmona, 19 gennaio 2006, in D.F., 2006, p. 608.

Trib. di Torino, 6 marzo 2006, in Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, p. 1700 ss.

Trib. di Torino, 12 dicembre 2006, in Fall., 2007, p. 685.

Trib. di Torino, 27 novembre 2014, in *Fall.*, 2016, 1, p. 33 ss.

Trib. di Trani, 23 ottobre 2006, in www.ipsoa.it.

App. L'Aquila, 10 ottobre 2012, in *Giurisprudenza*, Giuffrè.

App. di Ancona, 3 marzo 2009, inedito, richiamato in G. Ivone, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, D.F., 2011, 2, p. 129 ss.

App. di Bari, 6 marzo 2007, in www.ipsoa.it.

App. di Bologna, 25 giugno 2013, in il caso.it.

App. di Bologna, 13 ottobre 2015, in il caso.it.

App. di Firenze, 19 marzo 2009, con commento adesivo di G. Ivone, in D.F., 2011, 2, p. 129 ss.

App. di Milano, 10 gennaio 2014, in *Fall.*, 2015, 3, p. 302-303.

App. di Milano, 29 giugno 2011, in il caso.it.

App. di Milano, 21 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2013, 4, p. 469 ss.

App. di Napoli, 21 luglio 2009, in il caso.it.

App. di Napoli, 11 giugno 2010, in www.osservatorio-oci.org.

App. di Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, 3, p. 338 ss.

App. di Torino, 11 giugno 2007, in www.ipsoa.it.

App. di Torino, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 248.

App. di Torino, 21 maggio 2013, in il caso.it.

App. di Venezia, 30 agosto 2011, in il caso.it.

App. di Venezia, 24 novembre 2011, in il caso.it.

App. di Venezia, 6 marzo 2014, in *Fall.*, 2014, 12, p. 1322 ss.

App. di Venezia, 10 dicembre 2014, in il caso.it.

App. di Catania, 3 aprile 2012, in www.osservatorio-oci.org.

App. di Bologna, sez. III, 11 aprile 2014, n. 1049, in *il Fallimentarista*.

www.osservatorio-oci.org